



Berne, 20 mars 2023

**Recommandation  
selon l'art. 14 de la loi sur la transparence**

**concernant la procédure de médiation entre**

**D., représentée par B.  
(demanderesse selon l'art. 13 al. 1 let. b LTrans)**

**et**

**Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières OFDF**

**et**

**X.  
(demandeur d'accès selon l'art. 10 LTrans)**

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

1. Après avoir adressé à l'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières (OFDF), le 7 avril 2021, une demande d'accès conformément à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans ; RS 152.3), le demandeur d'accès (représentant d'intérêts) a précisé cette dernière par courriel du 24 septembre 2021. La demande d'accès porte sur les documents suivants :
  - [...] ;
  - PV<sup>1</sup> de la séance C./A./D./DGD/OFAG du 8 mars 2018 ;
  - PV de la séance C./A./D./DGD/OFAG du 15 novembre 2018 ;
  - PV de la séance C./A./D./DGD/OFAG du 25 mars 2019 ;
  - PV de la séance C./A./D./DGD/OFAG du 22 novembre 2019.
2. Suite à la précision par le demandeur d'accès de sa demande (cf. chiffre 1), l'OFDF a débuté, le 1<sup>er</sup> octobre 2021, la consultation des tiers concernés, dont D. L'autorité lui a donné la possibilité de prendre position jusqu'au 8 octobre 2021 et lui a remis une copie des documents demandés ainsi qu'une proposition de caviardage. Le représentant de D. a demandé une prolongation de délai. L'OFDF lui a accordé jusqu'au 29 octobre 2021 pour se déterminer.

---

<sup>1</sup> Procès-verbal (ci-après : PV)

3. Par courriel du 26 octobre 2021, le représentant de D. a demandé une nouvelle prolongation de délai jusqu'au 8 novembre 2021. L'OFDF a accordé cette prolongation.
4. Le 8 novembre 2021, le représentant de D. a remis sa prise de position à l'OFDF. Il a débuté en demandant que l'accès soit complètement refusé et subsidiairement que les documents soient anonymisés au moyen de caviardage conformément à la proposition de caviardage remise en annexe. Celle-ci doit valoir comme modèle pour l'ensemble des documents concernés. Il a ensuite relevé que l'accès ne pouvait pas être accordé car les documents demandés n'étaient pas des documents officiels au sens de l'art. 5 LTrans, puisque la A. ne rend pas de décision au sens de l'art. 5 de la loi sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) et que les documents demandés ne concernent pas l'accomplissement d'une tâche publique. D'après le représentant, le simple fait que les documents soient en possession de l'OFDF ne leur confèrent pas la qualité de documents officiels. Ces documents n'ont pas de lien avec les tâches publiques de l'OFDF telles qu'elles sont décrites dans l'ordonnance sur l'imposition du tabac (OITab ; RS 641.311). Le contrôle effectué par l'OFDF se limiterait au fonds de financement, de ce fait, le représentant du tiers a considéré que toutes les informations détenues par l'OFDF qui n'entretiennent pas de lien avec le fonds ne concernent pas l'accomplissement d'une tâche publique. Si les documents demandés devaient tout de même être publiés, le représentant du tiers a requis d'une part, qu'en application de l'art. 9 al. 1 LTrans, les données personnelles (à savoir tous les noms des personnes physiques, toutes les désignations de personnes morales et toutes les indications permettant d'identifier une personne) soient anonymisées et, d'autre part, que les données relatives aux secrets d'affaires (à savoir les indications relatives au prix, aux surfaces cultivées et aux mélanges et aux dosages des différentes sortes de tabac) soient caviardées. Le représentant a joint à la prise de position un des PV demandés avec une proposition de caviardage.
5. Par courrier du 31 mars 2022, l'OFDF a remis à D. sa prise de position et l'a informé que malgré son opposition, il entendait accorder l'accès aux informations demandées avec un caviardage des données personnelles pouvant et devant être anonymisées. En résumé, contrairement à l'avis du représentant de D., l'OFDF est de l'avis que les documents demandés sont des documents officiels au sens de l'art. 5 LTrans, car ils avaient tous été transmis à l'OFDF dans le cadre de l'accomplissement de sa tâche de surveillance. L'autorité a souligné qu'elle ne voit pas pour quelles autres raisons le tiers concerné lui auraient sinon remis ces documents et qu'en outre elle avait elle-même pris part aux réunions des 5 partenaires dont les PV sont requis. Concernant la qualité de documents officiels, elle a finalement précisé qu'un caviardage de passages d'un document sur la base de l'art. 5 al. 1 let. c LTrans n'était pas possible car il s'agit d'une condition permettant de déterminer la qualité d'un document et non d'une disposition d'exception au sens de l'art. 7 LTrans. L'OFDF a ensuite contesté le fait que les informations désignées par le représentant du tiers concerné soient des secrets d'affaires notamment car, la culture du tabac indigène étant très réglementée, ces informations sont pour la plupart connues. Selon l'OFDF, les quatre conditions relatives à la protection du secret d'affaires ne sont pas remplies et le représentant du tiers n'a pas amené d'éléments permettant d'arriver à une autre conclusion. L'autorité a conclu sa prise de position par la question des données personnelles. Après avoir rappelé les bases légales pertinentes ainsi que les éléments à prendre en compte lors d'une pesée des intérêts, elle a considéré que les données personnelles ne pouvant être anonymisées conformément à l'art. 9 al. 2 LTrans devaient être rendues accessibles car les intérêts privés de D. n'étaient pas menacés. Toutefois, l'OFDF ayant identifié des données personnelles supplémentaires pouvant être anonymisées, il a procédé à de nouveaux caviardages et les a remis au représentant de D.
6. Le 25 avril 2022, le représentant de D. (ci-après : la demanderesse) a déposé une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé).
7. Le Préposé a accusé réception, le 3 mai 2022, de la demande en médiation. Le même jour, il a informé l'OFDF du dépôt de la demande en médiation et lui a imparti un délai de 15 jours pour lui transmettre les documents concernés ainsi qu'une prise de position complémentaire.
8. Le 19 mai 2022, l'OFDF a transmis au Préposé les documents concernés par la procédure sans remettre de prise de position complémentaire.

9. Par courriers des 19 et 22 août 2022, le Préposé a invité l'OFDF et le représentant de la demanderesse à une séance de médiation qui aurait lieu le 27 septembre 2022. Il a accordé un délai de 10 jours au représentant de la demanderesse pour confirmer sa participation à la séance de médiation.
10. Le 2 septembre 2022, le représentant de la demanderesse a requis une prolongation du délai de 10 jours complémentaires.
11. Le 14 septembre 2022, le représentant de la demanderesse a indiqué au Préposé que la participation de la demanderesse à la séance du 27 septembre 2022 n'était pas possible et que ses disponibilités étaient limitées avant la mi-octobre 2022.
12. Par courriel du 22 septembre 2022, le Préposé a communiqué à l'OFDF et au représentant de la demanderesse qu'il reportait la séance de médiation du 27 septembre 2022 au 25 octobre 2022.
13. Le 24 octobre 2022, l'OFDF a informé le Préposé qu'il ne pourrait pas être présent lors de la séance de médiation du 25 octobre 2022 et a fourni des justes motifs pour son absence. Le même jour, le Préposé a averti par téléphone le représentant de la demanderesse de l'annulation de la séance. Après consultation des participants, le Préposé a reporté la séance de médiation au 29 novembre 2022.
14. Le 29 novembre 2022, une séance de médiation a eu lieu, mais celle-ci n'a toutefois pas permis aux parties de trouver un accord.
15. Le 28 décembre 2022, l'OFDF a contacté le demandeur d'accès afin de lui demander si sa demande d'accès portait également sur les annexes. L'OFDF lui a précisé que si sa demande s'étendait aux annexes, de nouvelles consultations seraient nécessaires afin de respecter le droit d'être entendu des tiers concernés.
16. Le 23 janvier 2023, le demandeur d'accès, dans un esprit constructif et afin de faciliter la procédure, a indiqué qu'il renonçait aux annexes des documents concernés par sa demande d'accès.
17. Les allégations de la demanderesse et de l'OFDF 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**

18. La demanderesse a été consultée conformément à l'art. 11 al. 1 LTrans. En qualité de tiers concerné, la demanderesse 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).
19. 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>2</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**

20. 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.<sup>3</sup>

<sup>2</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.

<sup>3</sup> GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (eds.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008 (cité: Handkommentar zum BGÖ), n°8 ad art. 13.

21. La demanderesse, via son représentant, ayant été consultée en lien avec l'accès aux PV des cinq partenaires (cf. chiffre 1), l'objet de la procédure de médiation porte sur ces derniers, sans leurs annexes (cf. chiffre 16).
22. Le représentant de la demanderesse a contesté, dans sa prise de position remise à l'OFDF lors de la consultation, la qualité de documents officiels de l'ensemble des documents demandés. Il convient par conséquent de débiter par l'examen de cet argument afin de vérifier si la loi sur la transparence est applicable.
23. Le représentant de la demanderesse a premièrement relevé que sa mandante ne rendait pas de décision au sens de l'art. 5 PA. Il a ensuite indiqué que les documents demandés n'étaient pas des documents officiels car ils ne concernaient pas l'accomplissement d'une tâche publique. Il ne suffit pas d'après lui que ces documents soient en possession de l'OFDF. La tâche de surveillance de l'OFDF est limitée selon l'art. 28 al. 3 de la loi fédérale sur l'imposition du tabac (LTab ; RS 641.31) au fonds de financement A. Toutes les informations détenues par l'OFDF qui ne seraient pas en lien avec cette tâche ne concernent donc pas l'accomplissement d'une tâche publique. Le représentant de la demanderesse ajoute qu'en raison de la mention suivante à l'art. 35 OITab : « à l'issue de l'année de récolte », seuls sont concernés par la tâche de l'OFDF les résultats finaux. Les résultats intermédiaires ne seraient ainsi pas reliés à l'accomplissement d'une tâche publique. Il conclut que pour ces motifs, l'accès ne doit être donné à aucun des documents demandés.
24. Contrairement à la position défendue par le représentant de la demanderesse, l'OFDF a relevé dans sa prise de position, adressée à celui-ci, que ses tâches de surveillance « ne se limitent pas au fonds de financement du tabac indigène, mais s'étendent également à la surveillance des organismes auxquels il est fait appel en matière de tabac indigène, conformément à l'art. 29 LTab et à l'art. 37 al. 1 OITab. Il est d'ailleurs précisé à l'art. 37 al. 2 OITab, que les statuts et les règlements de gestion des organismes doivent être approuvés par l'OFDF et par l'Office fédéral de l'agriculture. En outre, conformément à l'art. 28 al. 1 LTab, l'OITab statue sur le transfert du tabac indigène aux fabricants de tabacs manufacturés. Dans ce contexte, l'art. 35 al. 2 OITab dispose que "les organisations des planteurs de tabac et des fabricants de tabacs manufacturés contenant du tabac indigène ainsi que les entreprises de fermentation sont tenues, en tout temps, de permettre à la Direction générale des douanes de consulter leurs livres, les pièces justificatives et autres documents, de donner des renseignements complets et d'autoriser l'accès à tous les locaux commerciaux, de même qu'aux locaux servant à la prise en charge, à l'entreposage ou à la fermentation du tabac."» L'OFDF ajoute à juste titre que les documents concernés par la demande d'accès lui ont selon toute vraisemblance été transmis en raison de ses tâches publiques et qu'il ne s'agit à l'évidence pas « d'une erreur de destinataire ». L'autorité mentionne en outre qu'elle a elle-même pris part aux réunions dont les PV sont requis.
25. 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), 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). D'après le Message relatif à la loi sur la transparence « la notion d'information qui "se rattache à l'accomplissement d'une tâche publique" au sens de l'art. 5, al. 1, let. c, peut aussi comprendre des informations de nature privée. [...] Un document privé détenu par l'administration entre dans le champ d'application du projet s'il est utilisé pour exercer une tâche publique, par exemple [...] des documents transmis par un particulier à l'autorité dans le cadre d'un rapport de surveillance. »<sup>4</sup>
26. Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral<sup>5</sup>, il est clair que les informations remises par des privés à l'administration fédérale, qui remplissent les conditions de l'art. 5 LTrans, sont à qualifier de documents officiels et entrent dans le champ d'application de la loi sur la transparence. Au cas contraire, le législateur n'aurait pas eu à prévoir de dispositions d'exception protégeant les intérêts privés.

<sup>4</sup> Message du 12 février 2003 relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration, FF 2003 1807, p. 1837.

<sup>5</sup> Arrêt du TAF A-2434/2013 du 9 décembre 2013, consid. 5.2.5 et 5.2.6.

27. En l'espèce, les deux premières conditions de l'art. 5 al. 1 n'ont pas été contestées par le représentant de la demanderesse. Concernant la condition de la let. c, le Tribunal administratif fédéral a estimé<sup>6</sup>, dans un cas relevant également de la surveillance, que les informations des privés qui se trouvent en possession de l'autorité, que cette dernière a utilisé dans l'accomplissement de ses tâches publiques, plus précisément de surveillance, sont des documents officiels. Dans sa prise de position adressée au représentant de la demanderesse, l'OFDF a démontré de manière détaillée et vraisemblable qu'il était en possession des documents demandés et qu'il les avait utilisés pour l'accomplissement de ses tâches de surveillance (cf. chiffre 24). Le représentant de la demanderesse n'a en revanche pas su justifier pour quelles raisons sa mandante aurait livré des documents à l'autorité pour un autre motif que celui de l'accomplissement de ses tâches publiques. En tenant compte de ces éléments, le Préposé rejoint l'avis de l'OFDF et constate donc que les documents demandés sont des documents officiels au sens de l'art. 5 LTrans.
28. L'OFDF a également envisagé le fait que le représentant de la demanderesse ait suggéré par son argumentaire que certaines parties des documents devaient être caviardées en application de l'art. 5 al. 1 let. c LTrans. L'autorité soutient que « le caviardage de passages d'un document officiel ne peut pas se faire sur la base de l'art. 5 al. 1 let. c LTrans. L'art. 5 al. 1 let. c LTrans est l'une des conditions cumulatives permettant de déterminer si un document doit être qualifié de document officiel. Il ne s'agit pas d'une clause d'exclusion permettant la limitation de l'accès au document<sup>7</sup>, comme l'art. 7 LTrans. Par conséquent, le caviardage d'informations contenues dans un document officiel au motif que ces dernières ne concernaient pas l'accomplissement d'une tâche publique n'est pas possible ». Le Préposé partage la position de l'OFDF. Il souhaite néanmoins ajouter que la systématique de la loi sur la transparence permet de déduire que la section 1 regroupe les dispositions générales relatives au champ d'application et que la section 2 comprend les dispositions relatives au droit d'accès et donc les exceptions en découlant. Vu la position de l'art. 5 dans la loi, ce dernier se rapporte à la section 1 et ne peut partant pas être utilisé comme exception au droit d'accès.
29. Etant admis que les documents demandés remplissent les conditions de l'art. 5 al. 1 LTrans et que ces documents ne sont pas commercialisés par une autorité ; qu'ils ont atteint leur stade définitif d'élaboration et qu'ils ne sont pas destinés à l'usage personnel, ils sont donc considérés comme des documents officiels (art. 5 al. 3 LTrans a contrario). Il convient donc de passer à l'examen des motifs d'exception soulevés par le représentant de la demanderesse, à savoir que les documents demandés contiennent des secrets d'affaires (art. 7 al. 1 let. g LTrans) ainsi que des données personnelles (art. 7 al. 2 LTrans).
30. Conformément à la présomption énoncée à l'art. 6 al. 1 LTrans, tout document officiel est accessible. Si l'autorité décide de refuser l'accès à celui-ci, elle doit prouver que les conditions des art. 7-9 LTrans - instituant des exceptions au principe de la transparence – sont réalisées. L'autorité qui soulève une des exceptions de l'art. 7 al. 1 LTrans doit prouver que la publication du document causera une atteinte d'une certaine intensité, cela signifie que des conséquences mineures ou désagréables ne suffisent pas, et qu'il existe un risque sérieux que cette atteinte se produise.<sup>8</sup> Si elle n'y parvient pas, elle supporte alors les conséquences du défaut de preuve.<sup>9</sup> De plus, selon la jurisprudence<sup>10</sup>, l'autorité doit respecter le principe de la proportionnalité en ce sens que l'accès à des informations ne peut être restreint que dans la mesure où cela s'avère nécessaire pour protéger des informations devant rester secrètes. Autrement dit, l'accès à un document ne peut pas simplement être entièrement refusé lorsqu'il contient des informations qui ne sont pas accessibles selon les exceptions de la loi sur la transparence. En pareil cas, un accès partiel doit être accordé à tous les passages du texte qui ne justifient d'aucun intérêt digne de protection au maintien du secret au sens des exceptions de la loi sur la transparence.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> Arrêt du TAF A-2434/2013 du 9 décembre 2013, consid. 5.3.

<sup>7</sup> Empfehlung des EDÖB vom 12. März 2020: EDA/ E-Mail-Verkehr, ch. 15.

<sup>8</sup> ATF 142 II 340, consid. 2.2 ; arrêt TAF A-6745/2017 du 6 août 2018, consid. 3.2.3.

<sup>9</sup> Arrêt du TF 1C\_14/2016 du 23 juin 2016, consid. 3.4.

<sup>10</sup> ATF 133 II 206, consid. 2.3.3 et arrêt du TAF A-1432/2016 du 5 avril 2017, consid. 5.6.1.

<sup>11</sup> Arrêt du TAF A-746/2016 du 27 août 2016, consid. 4.5.

31. Le représentant de la demanderesse considère que l'accès aux documents demandés doit être refusé car ils contiennent des secrets d'affaires (art. 7 al. 1 let. g LTrans), notamment des informations relatives aux surfaces cultivées et donc aux volumes de récolte et aux prix. D'après lui, ces informations ne sont pas accessibles à tous. Il s'agit, selon le représentant de la demanderesse, d'informations susceptibles de profiter à la concurrence et de fournir des connaissances avantageuses aux concurrents des producteurs ainsi qu'à d'autres fournisseurs et acheteurs du marché.
32. L'OFDF, dans sa prise de position du 31 mars 2022, souligne premièrement que le PV avec les propositions de caviardage remis à titre de modèle par le représentant de la demanderesse ne lui permet pas, faute d'explications suffisantes, de comprendre concrètement et précisément quelles informations doivent être caviardées dans les autres documents sur la base de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans et donc quelles informations sont considérées par le représentant de la demanderesse comme étant des secrets d'affaires. L'OFDF précise ensuite que « [...] chaque balle est ensuite étiquetée et enregistrée conformément à l'art. 34 OITab avant d'être envoyée chez D., [...] pour le conditionnement. D. est l'unique entreprise en Suisse de première transformation du tabac<sup>12</sup>. L'art. 2 de l'ordonnance sur les prix fixe le supplément de prix pour la fermentation. Il s'élève à 1.81 par kilogramme de tabac sec et est également financé par le fonds de financement. Les tabacs sont mélangés selon les directives des utilisateurs et sont acheminés vers les installations de conditionnement<sup>13</sup>. Une fois le conditionnement terminé, les produits sont stockés avant d'être vendus par la A. aux différents fabricants suisses de tabacs manufacturés<sup>14</sup> (ci-après les fabricants). L'art. 3 de l'ordonnance sur les prix fixe les prix aux fabricants. Pour le tabac Burley, ils s'élèvent à 4.20 fr. pour une qualité de classe I, 3.40 fr. pour une qualité de classe II et 1 fr. pour une qualité de classe III. Pour le tabac Virginie, ils s'élèvent à 4.50 fr. pour une qualité de classe I, 3.70 fr. pour une qualité de classe II et 1 fr. pour une qualité de classe III. Les classes de qualité sont celles dans lesquelles les tabacs avaient été classés par les commissions régionales de taxation. Les recettes issues de la vente du tabac fermenté aux fabricants reviennent au fonds de financement. [...] ». D'après l'OFDF, compte tenu de l'organisation actuelle du marché du tabac indigène, les informations relatives aux surfaces cultivées, aux volumes des récoltes, aux modalités de livraison, aux prix ainsi que les informations relatives aux mélanges et à la vente des différentes variétés de tabac ou toutes les autres informations contenues dans les documents concernés ne lui semblent pas constituer un secret professionnel, d'affaires ou de fabrication. Finalement, l'autorité relève que « la taille des surfaces cultivées pour les années 2000 à 2019, le volume des récoltes pour les années 2000 à 2019 en particulier, chaque prix moyen pour les années 2015 à 2019 ainsi que les prix totaux versés au producteur pour les années 2018 à 2019 par exemple sont des informations qui ont été publiées sur internet notamment et donc rendues facilement accessibles.<sup>15</sup> Sont également facilement accessibles les prix par kg étant donné qu'ils sont tous fixés dans l'ordonnance sur les prix en fr. par kg, de l'achat des tabacs aux planteurs (producteurs) à leur vente aux fabricants, en passant par le prix de fermentation. » Vu les éléments susmentionnés et compte tenu du fait que le représentant de la demanderesse n'a pas démontré que la divulgation des informations concernées risquait d'entraîner une distorsion de la concurrence, l'OFDF arrive à la conclusion que les informations contenues dans les documents demandés ne sauraient être considérées comme des secrets d'affaires ou de fabrication.
33. D'après 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'affaires » n'est défini ni dans la loi sur la transparence, ni dans son message. D'après la jurisprudence, la notion de secret doit être comprise dans un sens large, puisqu'il s'agit de toute information qu'une entreprise est légitimée à vouloir conserver secrète, soit plus concrètement les données susceptibles d'influer sur la marche de ses affaires ou d'entraîner une distorsion de concurrence, au cas où des entreprises concurrentes en prendraient connaissance. L'existence

<sup>12</sup> SwissTabac, [la culture du tabac en Suisse](#), p. 6.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> SwissTabac, [la culture du tabac en Suisse](#), p.6 ; Secrétariat d'Etat à l'économie SECO, Rapport 9 – Importance économique de l'industrie du tabac pour la Suisse du 23 juillet 2019, p. 5.

<sup>15</sup> Swissinfo.ch. [Le tabac suisse. culture en éternel sursis](#) ; SwissTabac, Rapport annuel 2019-2020, p. 3, p. 5, p. 19 et p. 20.

d'un secret d'affaires protégé dépend de la réalisation de quatre conditions cumulatives : (1) il doit exister un lien entre l'information et l'entreprise ; (2) l'information doit être relativement inconnue, c'est-à-dire ni notoire ni facilement accessible ; (3) le détenteur du secret ne veut pas révéler l'information (intérêt subjectif), et (4) il existe un intérêt fondé au maintien du secret (intérêt objectif).<sup>16</sup>

34. Le Préposé, sur la base des informations en sa possession et après examen de celles-ci, approuve la position de l'OFDF qui a su démontrer de manière complète et convaincante les raisons pour lesquelles les documents demandés ne contiennent pas des secrets d'affaires. En effet, les informations identifiées par le représentant de la demanderesse comme étant des secrets d'affaires sont généralement connues et, vu le marché peu concurrentiel et très réglementé en matière de tabac indigène, une distorsion de la concurrence semble peu probable. Par ailleurs, le représentant de la demanderesse n'est pas parvenu à prouver avec le degré de motivation suffisant requis par la jurisprudence le fait que les quatre conditions relatives à l'art. 7 al. 1 let. g LTrans étaient remplies. Par conséquent, cette exception ne peut être retenue.
35. Le représentant de la demanderesse fait enfin valoir que les documents demandés contiennent des données personnelles au sens de l'art. 3 de la loi fédérale sur la protection des données (LPD ; RS 235.1) qui devraient être anonymisées, notamment les noms des personnes physiques, les désignations de personnes morales et toutes les indications ainsi que les déclarations des personnes physiques permettant de tirer des conclusions à leur égard.
36. L'OFDF a caviardé les données personnelles pouvant, selon lui, être anonymisées en application de l'art. 7 al. 2 LTrans en lien avec l'art. 9 al. 1 LTrans et a consulté le tiers concerné pour les données restantes. Il a indiqué dans ses prises de position datées du 31 mars 2022, que certaines données se référant à la demanderesse ne pouvaient pas être anonymisées. D'après l'autorité, une anonymisation complète est impossible car, la demanderesse est nommée dans la demande d'accès et qu'une anonymisation sans possibilité de réidentification n'est possible qu'au moyen d'un caviardage très étendu qui rendrait les documents demandés illisibles. De ce fait, l'OFDF a caviardé une partie des données et a procédé à une pesée des intérêts pour l'autre partie. Il est parvenu à la conclusion que la divulgation des documents ne risquait pas de porter atteinte à la sphère privée de la demanderesse et que par ailleurs, celle-ci n'avait pas fait valoir d'intérêt privé justifiant le refus d'accès. Une partie des informations est déjà connue puisqu'elle découle de la loi ou a été publiée. De plus, ces informations ne constituent pas des données sensibles au sens de l'art. 3 let. c LPD. Les données de la demanderesse ne pouvant être anonymisées peuvent être rendues accessibles.
37. D'après 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 avec la loi sur la protection des données. Conformément à l'art. 9 al. 1 LTrans, les documents officiels contenant des données personnelles doivent être si possible rendus anonymes avant d'être consultés. Si ce n'est pas possible (art. 9 al. 2 LTrans), soit parce que l'anonymisation est techniquement impossible, soit parce qu'elle exige un travail disproportionné, soit enfin parce qu'elle n'est pas envisageable ou ne l'est que de manière insuffisante<sup>17</sup>, la question de la communication des données doit être réglée par l'art. 19 LPD, en particulier l'art. 19 al. 1bis LPD<sup>18</sup>. 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). En raison de la définition légale donnée au document officiel (art. 5 LTrans), la première condition est remplie par la simple présence de tels documents. La deuxième condition implique pour

<sup>16</sup> Arrêt du TF 1C\_59/2020 du 20 novembre 2020, consid. 4ss et références citées.

<sup>17</sup> FLÜCKIGER, La transparence des données personnelles au service de l'intégrité de l'administration publique. Droit public de l'organisation – responsabilité des collectivités publiques – fonction publique, 2020, vol. 2019/2020, p.84 ; FF 2003 1858.

<sup>18</sup> Arrêt du TF 1C\_533/2018 du 26 juin 2019, consid. 3.1.

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. L'intérêt public est défini par l'art. 1 LTrans<sup>19</sup> et l'art. 6 al. 2 OTrans. La pondération des intérêts privés tient en particulier compte de la nature des données en question, de la fonction et de la position de la personne concernée ainsi que des possibles conséquences<sup>20</sup> entraînées par la divulgation. En outre, les données personnelles osent uniquement être dévoilées si cela n'entraîne pas un désavantage conséquent pour les tiers concernés.<sup>21</sup> A noter que le besoin de protection des données personnelles est moins important s'agissant des personnes morales que des personnes physiques.<sup>22</sup> Si l'autorité conclut que l'intérêt public n'est pas prépondérant, l'accès doit être refusé, limité ou différé. Toutefois, l'autorité doit respecter le principe de la proportionnalité en ce sens que l'accès ne peut être restreint que dans la mesure où cela s'avère nécessaire pour protéger des informations devant rester secrètes.<sup>23</sup>

38. En l'espèce, les documents concernés contiennent des données personnelles, à savoir des noms de personnes morales et de personnes physiques. Le demandeur d'accès ayant expressément fait mention du nom de la demanderesse dans sa demande, le Préposé estime que la demande d'accès vise précisément à divulguer les données personnelles des personnes morales mentionnées. Par conséquent, contrairement à l'avis de l'OFDF, le Préposé considère que toutes les données se rapportant aux personnes morales mentionnées ne peuvent être anonymisées (art. 9 al. 2 LTrans)<sup>24</sup>. Pour le surplus, le Préposé, après avoir pris en considération les différents éléments du cas d'espèce, parvient à la même conclusion que l'OFDF quant à la pesée des intérêts effectués. Toutefois, il considère que les conclusions de la pesée des intérêts s'étendent à toutes les informations ne pouvant pas être anonymisées, à savoir les données personnelles des personnes morales désignées dans la demande d'accès. En effet, la nature des quelques données complémentaires ne pouvant pas être anonymisées, identifiées par le Préposé, est similaire à celle ayant fait l'objet de la pesée des intérêts de l'OFDF. Partant, comme ces informations sont déjà en partie connues, ne sont pas de données sensibles, appartiennent à des personnes morales qui ont un besoin de protection inférieur aux personnes physiques, qu'il n'existe pas de risque sérieux d'atteinte à la sphère privée, et, en tenant compte du fait que l'art. 1 LTrans est déjà en soi un intérêt public important, elles doivent être rendues accessibles. En outre, le représentant de la demanderesse n'a pas fait valoir d'autres intérêts privés qui justifieraient une anonymisation. Les données personnelles des personnes physiques et morales n'ayant pas été explicitement requises peuvent être anonymisées en application de l'art. 9 al. 1 LTrans.
39. Vu ce qui précède, le Préposé constate que les documents demandés doivent tous être considérés comme des documents officiels au sens de l'art. 5 al. 1 LTrans. La demanderesse, par l'intermédiaire de son représentant, n'étant pas parvenue à démontrer avec le degré de motivation suffisant exigé par la jurisprudence l'existence d'un secret d'affaires ou un risque d'atteinte sérieux à sa sphère privée, l'accès aux documents demandés doit être accordé par l'OFDF sous réserve des données personnelles des personnes physiques et morales n'ayant pas été explicitement demandées et qui peuvent donc être anonymisées.

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

40. L'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières accorde l'accès aux documents demandés après avoir anonymisé les données personnelles des personnes physiques et morales n'ayant pas été explicitement requises.

<sup>19</sup> ATF 142 II 340, consid. 4.5 ; Arrêt du TAF A-6/2015 du 26 juillet 2017, consid. 4.1.

<sup>20</sup> Arrêt du TF 1C\_14/2016 du 23 juin 2016, consid. 3.4.

<sup>21</sup> Arrêt du TAF A-7405/2014 du 23 novembre 2015, consid. 6.5.4.

<sup>22</sup> Arrêt du TAF A-1751/2017 du 1<sup>er</sup> mai 2020, consid. 9.6.3.

<sup>23</sup> Arrêt du TAF A-746/2016 du 25 août 2016, consid. 4.2.

<sup>24</sup> Arrêt du TF 1C\_50/2015 du 2 décembre 2015, consid. 5.2.2.



41. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, la demanderesse et le demandeur d'accès peuvent requérir que l'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières rende une décision selon l'art. 5 PA s'ils ne sont pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).
42. L'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières rend une décision selon l'art. 5 PA s'il refuse d'octroyer l'accès conformément à la recommandation du Préposé (art. 15 al. 2 LTrans).
43. L'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières 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).
44. La présente recommandation est publiée. Afin de protéger les données relatives aux participants à la procédure de médiation, le nom de la demanderesse et du demandeur d'accès sont anonymisés (art. 13 al. 3 OTrans).
45. La recommandation est notifiée à :
  - Recommandé (R) avec avis de réception  
D., par l'intermédiaire de son représentant B.
  - Recommandé (R) avec avis de réception  
Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières  
Taubenstrasse 16  
3003 Berne
  - Recommandé (R) avec avis de réception  
X.

Reto Ammann  
Chef

Mélissa Beutler  
Juriste