



Berne, 6 septembre 2023

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

concernant la procédure de médiation entre

**X., représentée par Z.
(demanderesse selon l'art. 13 al. 1 let. c LTrans)**

et

la Commission fédérale de la poste PostCom

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

1. Le 6 octobre 2022, la Commission fédérale de la poste (PostCom) a rendu une décision, publiée sur son site web¹, en l'affaire X. SA concernant l'obligation d'annoncer selon l'art. 4 de la loi sur la poste (LPO ; RS 783.0). Cette obligation d'annonce s'applique à quiconque propose en son nom propre et à titre professionnel des services postaux à des clients. Par communiqué de presse du 3 novembre 2022², la PostCom a informé la population qu'à « la suite d'un examen approfondi du modèle d'affaires et sur la base d'un rapport d'expertise, la PostCom a considéré que la société X. SA n'est pas soumise à l'obligation d'annoncer. Elle qualifie les contrats liant X. à ses fournisseurs de contrats de vente par lesquels X. acquiert des marchandises qu'elle revend ensuite à ses clients. Ce modèle ne remplit pas la condition de la fourniture de services postaux à des tiers. » Elle a également fait part dans ce communiqué des conclusions de l'expert.
2. Conformément à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans, RS 152.3), une première demande d'accès a été adressée à la PostCom, le 1^{er} décembre 2022, afin d'obtenir le rapport d'expertise daté 20 mai 2022 relatif à l'activité de X. SA et à l'obligation d'annoncer (ci-après : le rapport d'expertise).
3. Le 12 décembre 2022, la PostCom a informé X. SA, en application de l'art. 11 al. 1 LTrans, que ses données étaient concernées par une demande d'accès et lui a soumis le rapport d'expertise avec une proposition de caviardage préétablie afin que l'entreprise se détermine sur l'accès à

¹ https://www.postcom.admin.ch/inhalte/PDF/Verfuegungen/VFG_18_2022_PostCom_Obligationdannoncer_Smood_20221006.pdf

² <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-91149.html>

accorder dans un délai de 10 jours. La PostCom a précisé à X. SA que si elle souhaitait étendre les caviardages, elle devait en motiver les raisons.

4. Par courriel du 20 décembre 2022, le représentant de X. SA a pris position et s'est opposé à l'accès en s'appuyant sur l'art. 7 al. 1 let. a, let. g et 7 al. 2 LTrans. Le représentant a notamment fait valoir que le rapport d'expertise décortique point par point le fonctionnement opérationnel et juridique de sa cliente qui est la seule à utiliser ce modèle d'affaires, ce qui constitue un secret d'affaires. En outre, le représentant a relevé que sa cliente s'était déjà plainte auprès de la PostCom de la divulgation, dans le communiqué de presse, d'aspects très précis de son fonctionnement tirés du rapport d'expertise, sans qu'il ne soit tenu compte de ses remarques. Il a ajouté que la décision publiée et le communiqué de presse étaient dans tous les cas suffisants pour satisfaire à un éventuel besoin d'information du public. Il a également fait part de ses craintes quant à l'utilisation du rapport d'expertise par le demandeur d'accès devant des instances judiciaires afin d'influencer leur processus de libre formation de l'opinion. Pour conclure, le représentant s'est opposé à l'accès puisque « caviarder le rapport serait inadéquat car (1) il contient nombreuses références à des pièces de la procédure qui ne font pas l'objet de la requête et qui doivent être caviardées, (2) il décrit de nombreux éléments ressortant du secret d'affaires de X. SA, qui doivent être caviardés, (3) il contient une analyse juridique détaillée fondée sur lesdits éléments ressortant du secret d'affaires, qui doit également être caviardée. Au final, le rapport ne contiendrait pas plus d'éléments que les résumés déjà rendus publics. »
5. Le 22 décembre 2022, la PostCom a informé le représentant de X. SA de sa prise de position sur la demande d'accès. En substance, après un rappel des faits, la PostCom a admis le caviardage de passages complémentaires car leur divulgation représenterait un avantage concurrentiel pour les concurrents, comme ces derniers pourraient reprendre la formulation des contrats de X. SA et s'économiser ainsi une charge de travail. De surcroît, la PostCom a caviardé les passages relatifs au modèle d'affaires de X. SA afin d'éviter d'engendrer un éventuel avantage concurrentiel via la reprise de ce dernier par les concurrents sans qu'ils n'aient à fournir leur propre contribution. L'autorité a transmis à X. SA la nouvelle proposition de caviardage. Pour les autres informations contenues dans le rapport d'expertise, la PostCom a considéré que celles-ci ne constituent pas des secrets d'affaires, car déjà connues du public, et qu'elles ne peuvent donc pas être noircies. Concernant l'argument du représentant de X. SA relatif au fait que le demandeur d'accès ait initié diverses procédures à son encontre et qu'il est à craindre qu'il cherche à influencer la décision des autorités grâce au rapport d'expertise, l'autorité a souligné que le rapport d'expertise avait été élaboré pour une procédure spécifique qui est désormais close et qu'elle ne voit pas comment ce rapport pourrait influencer d'autres procédures car il aurait tout au plus qu'une portée informative. De plus, la PostCom a relevé que les instances judiciaires qui devraient éventuellement rendre une décision seraient libres de prendre en compte ou non ce rapport, elle a par conséquent estimé qu'il n'existe pas d'exception au sens de l'art. 7 al. 1 let. a LTrans. L'autorité a conclu en se positionnant en faveur de l'accès partiel.
6. Le même jour, la PostCom a informé le premier demandeur d'accès de l'état de la procédure et de son intention d'accorder un accès partiel au document demandé ainsi que de l'opposition de l'entreprise consultée.
7. Par courrier du 22 décembre 2022, une seconde demande d'accès a été déposée auprès de la PostCom en vue d'obtenir le rapport d'expertise. Le même jour, la PostCom a consulté X. SA, lui a transmis un projet caviardé et l'a invité à se positionner d'ici au 3 janvier 2023.
8. Le 1er janvier 2023, le représentant de X. SA s'est opposé à la divulgation du rapport et, après avoir réitéré ses arguments (cf. ch. 4), a encore relevé qu'à « titre d'exemple, l'existence même des droits, obligations ou modalités de collaboration spécifiques dans les contrats partenaires relève du secret d'affaires, car celles-ci composent le modèle d'affaires globalement objet du secret d'affaires. Il est inutile, dans ce contexte, de caviarder uniquement les faits (mineure) ou un aspect factuel, sans caviarder le raisonnement juridique (majeure) ou la conclusion, puisque ces derniers révèlent également le mécanisme dont il est question. Ainsi, le caviardage paraît impraticable en raison de la nature du document sollicité, lequel forme nécessairement un tout vu son but. » Le représentant a ensuite mentionné le fait que le rapport d'expertise contient des données personnelles qui n'ont pas à être dévoilées, l'intérêt du public ayant déjà suffisamment été pris

en considération. De surcroît, il a ajouté que les informations demandées risquaient de servir à initier des actions judiciaires contre sa mandante et à « [...] influencer le sort d'autres procédures devant d'autres autorités cantonales, fédérales ou par-devant des instances judiciaires (art. 7 al. 1 let. a LTrans) ». Finalement, le représentant de X. SA a considéré que les informations déjà rendues publiques satisfont au besoin d'information du public et qu'« il n'existe aucun intérêt public résiduel à la transparence qui serait prépondérant », raisons pour lesquelles il s'est opposé, au nom de sa mandante, à l'accès.

9. Par courrier du 9 janvier 2023, la PostCom a adressé sa prise de position relative à la seconde consultation à X. SA. Elle a pour l'essentiel répété le contenu de sa première prise de position et a conclu comme suit : « Il est certes compréhensible que X. SA soit dérangée par l'octroi de l'accès à l'expertise, qui analyse ses activités point par point. Toutefois, on ne voit pas quelles conséquences ou quels inconvénients risquent réellement de toucher X. SA si l'accès à l'expertise est octroyé. En effet, la décision 18/2022 du 6 octobre 2022 est publiée, et elle contient aussi bien les considérants juridiques de la PostCom que les conclusions de l'expertise. Quant à l'expertise, elle ne contient pas d'informations essentiellement nouvelles, d'autant plus que les secrets d'affaires ont été caviardés. Elle semble simplement plus détaillée que la décision. Comme indiqué plus haut, les secrets d'affaires de X. SA sont suffisamment protégés par le caviardage des passages correspondants de l'expertise. Le refus total d'accès à l'expertise n'est pas nécessaire pour protéger les secrets d'affaires de X. SA. »
10. Par courrier du 9 janvier 2023, la PostCom a informé le second demandeur d'accès du fait qu'elle se positionnait en faveur d'un accès partiel mais que X. SA s'y opposait et que l'entreprise consultée avait la possibilité de déposer une demande en médiation.
11. En réaction à la prise de position de la PostCom du 22 décembre 2022 concernant la première demande d'accès, X. SA (entreprise, ci-après : demanderesse), par l'intermédiaire de son représentant, a déposé, le 12 janvier 2023, une première demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé).
12. Par courrier du 13 janvier 2023, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation et, le même jour, a informé la PostCom du dépôt de la demande en médiation. Il lui a imparti un délai de 10 jours pour lui transmettre les documents concernés ainsi qu'une prise de position complémentaire.
13. En réaction à la prise de position de la PostCom du 9 janvier 2023 concernant la seconde demande d'accès, la demanderesse, par l'intermédiaire de son représentant, a déposé, le 20 janvier 2023, une seconde demande en médiation auprès du Préposé.
14. Le 24 janvier 2023, la PostCom a remis au Préposé les documents demandés ainsi qu'une prise de position complémentaire. Il ressort en substance de cette dernière que l'autorité a considéré avoir publié la décision concernant X. SA en conformité avec l'art. 4 al. 1 en relation avec l'art. 22 al. 2 let. a LPO et l'art. 6 al. 2 et 11 du règlement interne de la PostCom du 11 octobre 2012 (RS ; 783.024). Elle a également indiqué que l'accès, outre les caviardages effectués en application de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans, devait être accordé en vertu du principe de proportionnalité au vu des informations déjà rendues publiques. L'autorité est ensuite revenue sur l'argument de la demanderesse concernant les références aux pièces non caviardées remises à l'expert et a estimé qu'outre le fait que certaines de ces références renvoyaient à des documents déjà publiés, les pièces référencées ne sont pas jointes à l'expertise et ne sont donc pas concernées par la demande d'accès. Les pièces référencées en elles-mêmes ne remplissent, de l'avis de la PostCom, pas les conditions du secret d'affaires. Finalement, l'autorité a détaillé sa position quant aux données personnelles de X. SA et a conclu qu'il est « certes compréhensible que X. SA soit dérangée par l'octroi de l'accès à l'expertise, qui analyse ses activités point par point. Toutefois, on ne voit pas quelles conséquences ou quels inconvénients menacent réellement X. SA si l'accès à l'expertise est octroyé. En effet, la décision 18/2022 du 6 octobre 2022 est publiée et elle contient aussi bien les considérants juridiques de la PostCom que les conclusions de l'expertise. Quant à l'expertise, elle ne contient pas d'informations essentiellement nouvelles, d'autant plus que les secrets d'affaires ont été caviardés. Elle semble simplement plus détaillée que la décision. »

15. Par courrier du 25 janvier 2023, le Préposé a accusé réception de la seconde demande en médiation et a invité la demanderesse à une séance de médiation fixée le 16 février 2023 qui aurait pour objet les deux demandes en médiation. Le même jour, il a informé la PostCom du dépôt de la demande et l'a également invité à la séance de médiation. Le Préposé a imparti un délai au 3 février 2023 à l'autorité pour lui transmettre les documents concernés par la seconde demande ainsi qu'une éventuelle prise de position complémentaire.
16. Le même jour, la PostCom a transmis au Préposé les documents concernés par la seconde demande en médiation ainsi qu'une prise de position qui reprend pour l'essentiel celle du 24 janvier 2023.
17. Par courrier du 3 février 2023, le représentant de la demanderesse a demandé un report de la séance de médiation prévue le 16 février 2023. Le Préposé a exceptionnellement accepté et a reporté la séance au 2 mars 2023.
18. Le 2 mars 2023, une séance de médiation a eu lieu, durant laquelle les participants sont parvenus à l'accord de suspension suivant :
 - « X. SA transmet à la PostCom dans les deux semaines suivant la séance de médiation, une proposition de caviardage ainsi que les justifications des caviardages.
 - La PostCom transmet la proposition de caviardage ainsi que les justifications des caviardages remises par X. SA aux deux demandeurs d'accès.
 - D'ici au plus tard le 3 avril 2023, la PostCom informe le PFPDT de la position des deux demandeurs d'accès.
 - Les deux procédures de médiation sont suspendues jusqu'au 3 avril 2023.
19. Par courrier du 16 mars 2023, le représentant de la demanderesse a fait parvenir à la PostCom le rapport d'expertise avec une proposition de caviardage, bien plus étendue que la proposition faite par la PostCom, ainsi qu'une justification des caviardages. Pour l'essentiel, le représentant de la demanderesse a expliqué avoir caviardé, en application de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans, les passages qui portent sur des données non publiées dans la décision 18/2022 du 6 octobre 2022 de la PostCom ou dans son communiqué de presse du 3 novembre 2022 afin d'empêcher la divulgation du modèle d'affaires de sa cliente. Il a ensuite motivé les caviardages entrepris de manière détaillée page par page. Dans l'ensemble, les éléments de la prise de position de la PostCom ont été repris, à savoir : a) que le rapport d'expertise contient des informations qui fourniraient un avantage concurrentiel à ses concurrents, notamment des informations sur l'organisation, les partenaires commerciaux, les fournisseurs, le plan commercial et le calcul des prix , b) que le rapport d'expertise reprend textuellement des passages des contrats et qu'il existe un risque que les concurrents les reprennent à leur compte en s'économisant ainsi une charge de travail et c), qu'il s'agit d'indications sur l'organisation du modèle d'affaires qui pourraient fournir un avantage concurrentiel à des concurrents qui pourraient le reprendre sans fournir de prestation propre. Au surplus, le représentant de la demanderesse a estimé que l'organisation contractuelle de X. SA et les résultats de la procédure d'instruction relèvent des données personnelles de l'entreprise (art. 7 al. 2 LTrans). Pour ces raisons, le représentant est de l'avis que « les caviardages précités sont propres à éviter la divulgation de secrets d'affaires de X. SA, ce qui aurait objectivement un impact négatif sur la compétitivité de X. SA et rendrait publique une solution clés en mains pour des concurrents actuels ou futurs. »
20. Le 17 mars 2023, la PostCom, conformément à l'accord du 2 mars 2023, a transmis aux deux demandeurs d'accès la proposition de caviardage faite par la demanderesse ainsi que la justification l'accompagnant. Elle a également joint un courrier explicatif sur le déroulement de la procédure et fait part de sa position quant à l'accès au rapport d'expertise. Elle a en particulier relevé que les caviardages effectués sont de son point de vue légitimes sous l'angle de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans car il s'agit d'informations qui procuraient, entre autres, un « avantage concurrentiel : si les concurrents connaissent les conditions contractuelles qui ont été convenues entre X. SA et ses fournisseurs (restaurants), ils peuvent en tirer parti pour leurs propres offres aux mêmes restaurants, par exemple en leur soumettant des offres plus avantageuses que celles de X. SA. Cela pourrait même fausser le jeu de la concurrence au détriment des restaurants. Même si les concurrents de X. SA n'adoptaient pas le modèle d'affaires de X. SA, les informations caviardées dans l'expertise leur permettraient de calculer approximativement le revenu réalisé

par les restaurants avec les repas qu'ils vendent à X. SA. Grâce à cette information, les concurrents issus du même secteur pourraient déterminer s'ils peuvent, le cas échéant, augmenter leurs frais de livraison vis-à-vis des restaurants. » La PostCom a ensuite indiqué qu'elle considérait « comme appropriée l'anonymisation des noms ou raisons sociales des tiers dans la liste des documents qui ont été mis à la disposition de l'expert pour son expertise », en application de l'art. 9 al. 1 LTrans. Finalement l'autorité a donné aux demandeurs d'accès un délai au 30 mars 2023 pour se déterminer sur la proposition de caviardage reçue.

21. Par courriel du 30 mars 2023, un des deux demandeurs d'accès a pris position quant à la proposition de caviardage faite par la demanderesse et a estimé que les caviardages étaient trop étendus pour permettre de comprendre le contenu de l'expertise.
22. Par courrier du 30 mars 2023, l'autre demandeur d'accès s'est aussi exprimé en relation avec la proposition de caviardage. Il a entre autres indiqué que l'étendue parfois importante des passages caviardés laissait penser que X. SA a une interprétation extensive de la notion de secret d'affaires et que certaines informations caviardées n'étaient, de ce fait, certainement pas couvertes par celui-ci. Il a évoqué, à titre d'exemple, les passages des contrats qui avaient été caviardés de manière générale et a relevé ne pas percevoir comment la divulgation de chacun d'eux pourrait avoir des répercussions négatives sur la compétitivité et occasionner un dommage sérieux. De l'avis du demandeur, chaque passage devrait être examiné au cas par cas. En outre, il a rappelé que le modèle d'affaires de X. SA étant désormais connu, il n'était plus nécessaire de caviarder les passages en lien avec celui-ci. Il a en revanche reconnu un intérêt au secret pour les accords concrets sur les prix avec des partenaires. Cependant, cet intérêt ne s'applique pas, selon le demandeur d'accès, aux noms des partenaires qui sont visibles lors de l'utilisation du site web de X. SA. Le demandeur d'accès doute par ailleurs du fait que les informations contenues dans le rapport d'expertise puissent réellement procurer un avantage concurrentiel à des concurrents. Finalement, concernant l'anonymisation, le demandeur d'accès a estimé que les noms des partenaires (restaurants) actuels figuraient déjà sur le site web et qu'il n'y avait plus d'intérêt à ne pas les dévoiler.
23. Les allégations de la demanderesse 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

24. 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).
25. 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 modalités³. 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.
26. Les deux demandes en médiation ont été déposées par la même demanderesse suite à deux demandes déposées par deux demandeurs d'accès distincts en vue d'obtenir l'accès au même rapport d'expertise. Les demandes en médiation ayant le même objet, il se justifie, pour des raisons d'économie de procédure, de joindre les deux procédures de médiation et de les classer au moyen d'une recommandation commune.

³ 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.

B Considérants matériels

27. 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.⁴
28. Les deux demandeurs d'accès ont requis auprès de la PostCom le même rapport d'expertise qui contient des données de X. SA. L'entreprise, consultée par la PostCom, s'est opposée à un accès complet au rapport d'expertise et a déposé une demande en médiation suite à la réception de la prise de position de l'autorité qui s'exprimait en faveur d'un accès partiel. L'objet de la procédure porte donc sur le rapport d'expertise. A titre de précision, il sied de relever que la PostCom a de surcroît indiqué que le rapport d'expertise comprenait des mentions à des documents (pièces) mis à disposition de l'expert pour l'élaboration de l'expertise mais que ces derniers ne constituaient pas des annexes au rapport. Ces pièces n'ont pas été réclamées par les demandeurs d'accès suite à la réception de la proposition de caviardage faite par la demanderesse. Le Préposé considère qu'elles ne font par conséquent pas partie de la présente procédure.
29. 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.⁵ Si elle n'y parvient pas, elle supporte alors les conséquences du défaut de preuve.⁶ De plus, selon la jurisprudence⁷, 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.⁸
30. La demanderesse, par l'intermédiaire de son représentant, s'oppose à l'accès notamment car son modèle d'affaires, son fonctionnement et les aspects spécifiques de ceux-ci relèvent d'un secret d'affaires. Selon elle, son modèle d'affaires « a fait l'objet d'une longue étude et de nombreux ajustements au fil des années. Leur connaissance par des tiers, en particulier des concurrents, engendrerait une distorsion de concurrence déjà importante. » Pour ces raisons, elle s'est opposée à la divulgation en s'appuyant sur l'art. 7 al. 1 let. g LTrans.
31. Selon la PostCom, le rapport d'expertise contient des secrets d'affaires, notamment a) des informations sur l'organisation, la durée des contrats, les partenaires commerciaux, les fournisseurs, le plan commercial et le calcul des prix, ces informations donneraient un avantage concurrentiel aux concurrents lors de négociation avec les partenaires de X. SA ; b) des passages des contrats repris mot pour mot pour lesquels existe un risque que les concurrents les reprennent à leur compte et s'économisent ainsi une charge de travail et c), des indications sur l'organisation du modèle d'affaires qui pourraient fournir un avantage concurrentiel à des concurrents qui auraient la possibilité de le reprendre sans fournir de prestation propre. En revanche, elle considère que les références aux pièces transmises à l'expert dans le cadre de son mandat ne constituent pas des secrets d'affaires car le fait que ces références entraînent de nouvelles demandes d'accès au sens de l'art. 10 LTrans n'est pas constitutif de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans. De plus, la PostCom est de l'avis que les considérations juridiques présentées dans l'expertise et les conclusions de l'expert ont déjà été publiées dans sa décision et dans son communiqué de presse et ne peuvent donc pas être considérées comme des secrets d'affaires. L'autorité estime qu'un caviardage

⁴ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (eds.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008 (cité: Handkommentar BGÖ), n°8 ad art. 13.

⁵ ATF 142 II 340, consid. 2.2 ; arrêt TAF A-6745/2017 du 6 août 2018, consid. 3.2.3.

⁶ Arrêt du TF 1C_14/2016 du 23 juin 2016, consid. 3.4.

⁷ ATF 133 II 206, consid. 2.3.3 et arrêt du TAF A-1432/2016 du 5 avril 2017, consid. 5.6.1.

⁸ Arrêt du TAF A-746/2016 du 27 août 2016, consid. 4.5.

des informations identifiées comme étant des secrets d'affaires est proportionnel et que l'accès partiel peut être accordé au rapport d'expertise.

32. Un des demandeurs d'accès a remis en question le fait que les informations caviardées, au regard de leur nombre et leur étendue, soient réellement toutes constitutives de secrets d'affaires. Il doute en particulier du fait que la divulgation de passages des contrats puisse avoir un impact négatif sur la compétitivité. En outre, il affirme que les caviardages en lien avec le modèle d'affaires n'ont pas lieu d'être puisque ce dernier est désormais connu, tout comme les noms des partenaires qui figurent sur le site internet de X. SA et sont donc librement consultables.
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, l'état de fait doit remplir les quatre conditions cumulatives suivantes pour satisfaire aux critères du secret d'affaires : (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).⁹
34. Cependant, toutes les informations commerciales ne sont pas couvertes par la notion de secret, mais uniquement les données essentielles dont la connaissance par la concurrence entraînerait des distorsions du marché et conduirait à ce qu'un avantage concurrentiel soit retiré à l'entreprise concernée ou à un désavantage concurrentiel et donc un dommage lui soit causé. L'objet du secret d'affaires doit concerner des informations commerciales pertinentes. Il peut s'agir, en particulier, d'informations relatives aux sources d'achat et d'approvisionnement, à l'organisation de l'entreprise, au calcul des prix, aux stratégies commerciales, aux business plans et aux listes des clients et des relations en découlant, et qui ont un caractère commercial ou d'exploitation. Le critère décisif est de déterminer si cette information pourrait avoir des effets sur le résultat d'exploitation ou, en d'autres termes, si cette information aura un impact sur la compétitivité de l'entreprise, si elle est rendue accessible à des tiers. Une mise en danger abstraite est insuffisante.¹⁰ La violation du secret d'affaires par la publication des documents concernés doit présenter une certaine vraisemblance, une menace qui serait seulement envisageable ou possible ne suffit pas. Une conséquence mineure ou simplement désagréable engendrée par l'accès aux documents officiels ne saurait constituer une atteinte, comme par exemple du travail supplémentaire ou une attention particulière du public. La menace d'atteinte doit être grave et sérieuse.¹¹ On ne peut pas parler d'un intérêt légitime au maintien du secret lorsque les intérêts privés sont en contradiction avec l'ordre juridique.¹²
35. Le secret d'affaires étant un intérêt privé, le détenteur du secret doit toujours indiquer concrètement et en détail à l'autorité, pourquoi il s'agit d'informations qui doivent être couvertes par le secret. L'autorité compétente pour le traitement de la demande d'accès doit vérifier dans chaque cas concret, si les secrets mentionnés par le détenteur du secret existent, un simple renvoi général au secret d'affaires par l'entreprise ne suffisant pas. L'autorité ne peut pas non plus se contenter de reprendre la position de l'entreprise, au contraire, elle doit évaluer de manière indépendante s'il existe un intérêt légitime à la protection des informations commerciales.¹³
36. En l'espèce, le Préposé constate qu'une partie des informations caviardées ne répond pas à la définition d'informations commerciales. Les hypothèses ainsi que les conclusions juridiques de l'expert ou les références à des textes légaux, des commentaires ou de la jurisprudence ne peuvent pas être considérées comme des informations commerciales. Il en va de même pour les éléments constitutifs d'un contrat de vente et de livraison ou la liste des pièces mises à disposition de l'expert. En outre, comme le souligne le représentant de la demanderesse et la PostCom, de

⁹ Arrêt du TF 1C_59/2020 du 20 novembre 2020, consid. 4ss et références citées.

¹⁰ Arrêt du TF 1C_665/2017 du 16 janvier 2019, consid. 3.3 ; Arrêt du TAF A-336/2017 du 3 avril 2018, consid. 7.4.

¹¹ Arrêt du TAF A-199/2018 du 18 avril 2019, consid. 3.2.2.

¹² SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2016, § 6 N96ss.

¹³ Arrêt du TAF A-6/2015 du 26 juillet 2017, consid. 4.5.1.2.

nombreuses informations concernant le modèle d'affaires ont déjà été publiées dans le communiqué de presse du 3 novembre 2022 et dans la décision 18/2022 du 6 octobre 2022, elles ne peuvent donc plus constituer des secrets d'affaires puisqu'elles ne sont pas relativement inconnues. Le Préposé admet que certaines informations peuvent être de nature commerciale. Il convient partant de vérifier si ces informations remplissent les autres conditions constitutives du secret d'affaires, en particulier celle de l'intérêt objectif. En tenant compte des nombreuses informations déjà connues et du fait que les contrats avec les prestataires et les clients se basent sur des obligations typiques d'un contrat de vente et de livraison, le Préposé ne voit pas de quelle manière la divulgation du rapport d'expertise risque de fournir un avantage concurrentiel à des concurrents et d'engendrer une distorsion de la concurrence. A noter encore que selon la jurisprudence, la menace ne saurait pas être seulement envisageable et les conséquences engendrées par la divulgation mineures.¹⁴ La PostCom et la demanderesse n'ont pas fourni au Préposé d'autres éléments permettant de conclure à l'existence d'un intérêt objectif au maintien du secret. L'art. 7 al. 1 let. g LTrans n'est donc pas donné.

37. Le représentant de la demanderesse a également fait valoir que l'accès au rapport d'expertise doit être refusé car il contient des données personnelles de sa cliente et qu'il n'existe plus d'éventuel besoin d'information du public, puisque la décision ainsi que le communiqué de presse de la PostCom ont déjà suffisamment informé la population. « Il n'existe dès lors plus un quelconque intérêt public prépondérant et résiduel à obtenir la divulgation d'éléments spécifiques et supplémentaires relevant du secret d'affaires de X. (art. 7 al. 2 LTrans) ».
38. La PostCom souhaite anonymiser les données personnelles qui peuvent, à son avis, être anonymisées en application de l'art. 9 al. 1 LTrans, à savoir les noms et les raisons sociales des partenaires de X. SA, car la divulgation du nom des tiers ou des restaurants n'est pas nécessaire pour comprendre l'expertise et n'a aucune influence sur les réflexions juridiques de l'expert ni sur les conclusions de l'expertise. Cependant, les données personnelles relatives à X. SA ne peuvent pas, selon l'autorité, être anonymisées vu qu'elles sont déjà connues car publiées dans la décision et dans le communiqué de presse.
39. Un des demandeurs d'accès relève pour sa part que les noms des partenaires (restaurants) actuels figurent déjà sur le site web de la demanderesse et qu'il n'y a plus d'intérêt à ne pas les dévoiler.
40. 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 de l'ancienne loi fédérale sur la protection des données (aLPD ; RS 235.1). 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 insuffisante¹⁵, la question de la communication des données doit être réglée par l'art. 19 aLPD, en particulier l'art. 19 al. 1bis aLPD.¹⁶ 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 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.

¹⁴ Arrêt du TAF A-199/2018 du 18 avril 2019, consid. 3.2.2.

¹⁵ 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.

¹⁶ Arrêt du TF 1C_533/2018 du 26 juin 2019, consid. 3.1.

1 LTrans¹⁷ et l'art. 6 al. 2 OTrans. La transparence de l'activité de l'administration revêt déjà en soi un intérêt public important. Elle sert en effet à promouvoir la confiance de la population dans les institutions étatiques et leur fonctionnement. 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 conséquences¹⁸ 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.¹⁹ A noter que le besoin de protection des données personnelles est moins important s'agissant des personnes morales que des personnes physiques.²⁰ 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.²¹

41. Dans le cas présent, un des demandeurs d'accès conteste les anonymisations des noms des entreprises figurant actuellement sur le site web de la demanderesse. Il sied par conséquent de conclure que le demandeur d'accès souhaite obtenir l'accès à ces noms et qu'une anonymisation est donc impossible. Une pesée des intérêts doit être entreprise.
42. Il convient de noter que l'intérêt à la transparence est déjà en soi un intérêt public important qui doit être pris en considération. Concernant l'intérêt privé, la jurisprudence²² indique que le besoin de protection des données personnelles est naturellement moins important pour les personnes morales que pour les personnes physiques. En outre, ni la demanderesse ni la PostCom n'ont amené d'éléments permettant de conclure à l'existence d'un risque d'atteinte sérieux à la sphère privée ou d'un intérêt privé important. Vu ce qui précède et compte tenu du fait que les partenaires commerciaux de la demanderesse figurent tous sur le site web de celle-ci, le Préposé constate que les noms et les raisons sociales ne peuvent être anonymisés en raison d'un intérêt public prépondérant. Afin d'être complet, le Préposé souhaite encore relever que l'art. 6 LTrans prévoit le principe de la transparence et consacre un droit d'accès, sauf exception, à toute personne sans qu'un intérêt ne doive être justifié afin de garantir l'information collective. Il n'appartient partant pas à l'entreprise consultée ou à l'autorité d'évaluer l'intérêt ou non du public ou l'opportunité de l'accès à accorder. Un accès peut uniquement être limité, restreint ou différé si une exception prévue par la loi sur la transparence ou une loi spéciale est réalisée.
43. Finalement, le représentant de la demanderesse craint que les informations contenues dans le rapport d'expertise servent à influencer le sort de procédures administratives et judiciaires en cours et demande de ce fait que l'accès soit refusé en application de l'art. 7 al. 1 let. a LTrans.
44. La PostCom, dans sa prise de position du 22 décembre 2022 adressée au représentant de la demanderesse, indique que la procédure pour laquelle le rapport d'expertise a été réalisé a pris fin avec l'entrée en force de la décision 18/2022. Elle ajoute qu'elle doute que l'expertise ait la même pertinence dans une autre procédure et qu'elle aurait davantage une valeur informative semblable à une publication scientifique. Partant, l'autorité considère qu'il n'existe pas de risque d'entraver la libre formation de l'opinion et que l'art. 7 al. 1 let. a LTrans n'est pas donné.
45. L'art. 7 al. 1 let. a LTrans permet de limiter, différer ou de refuser l'accès à un document lorsque sa divulgation est susceptible de porter notablement atteinte au processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité soumise à la loi sur la transparence, d'un autre organe législatif ou administratif, ou d'une instance judiciaire. Selon le message relatif à la loi sur la transparence²³, la protection de la libre formation de l'opinion et de la volonté vise à empêcher que

¹⁷ ATF 142 II 340, consid. 4.5 ; Arrêt du TAF A-6/2015 du 26 juillet 2017, consid. 4.1.

¹⁸ Arrêt du TF 1C_14/2016 du 23 juin 2016, consid. 3.4.

¹⁹ Arrêt du TAF A-7405/2014 du 23 novembre 2015, consid. 6.5.4.

²⁰ Arrêt du TAF A-1751/2017 du 1er mai 2020, consid. 9.6.3.

²¹ Arrêt du TAF A-746/2016 du 25 août 2016, consid. 4.2.

²² Arrêt du TAF A-7874/2015 du 15 juin 2016, consid. 9.6.2.

²³ FF 2003 1849.

l'administration ne soit soumise à une trop forte pression du public par une divulgation prématurée d'informations pendant un processus de décision, ce qui pourrait l'empêcher de se forger une opinion et une volonté propres en toute sérénité. L'accès doit porter notablement atteinte à la libre formation de l'opinion et de la volonté. La simple possibilité que la publication puisse déclencher un débat public nourri et controversé n'est pas suffisante.²⁴ En outre, le seuil de gravité de l'atteinte est plus élevé à l'art. 7 al. 1 let. a LTrans que pour les autres dispositions d'exception et exige une atteinte essentielle pour justifier une restriction d'accès.²⁵

46. Le Préposé relève, comme l'a indiqué à juste titre la PostCom, que la procédure pour laquelle le rapport d'expertise a été élaboré est close et que la décision en découlant est entrée en force de chose jugée. Par ailleurs, le représentant de la demanderesse n'est pas parvenu à démontrer avec le degré de motivation exigé par la jurisprudence l'existence d'un risque d'atteinte notable de la libre formation de l'opinion. Par conséquent et en tenant compte du fait qu'une grande partie des informations est déjà connue du public, le Préposé considère que la divulgation du rapport d'expertise ne risque pas d'entraver la libre formation de l'opinion et de la volonté.
47. La PostCom et la demanderesse n'étant pas parvenues à démontrer la réalisation des exceptions soulevées, à savoir l'art. 7 al. 1 let. a et g et l'art. 7 al. 2 LTrans, et donc à renverser la présomption en faveur de l'accès de l'art. 6 al. 1 LTrans, le Préposé recommande un accès complet au rapport d'expertise.

Dispositif sur la page suivante

²⁴ Arrêt du TAF A-2352/2017 du 11 décembre 2019, consid. 4.5.1; ATF 133 II 209, consid. 4.2.

²⁵ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 7, N15.

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

48. La Commission fédérale de la poste accorde l'accès complet au rapport d'expertise.
49. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, la demanderesse et les demandeurs d'accès 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).
50. La Commission fédérale de la poste rend une décision selon l'art. 5 PA si elle refuse d'octroyer l'accès conformément à la recommandation (art. 15 al. 2 LTrans).
51. 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 de décision (art. 15 al. 3 LTrans).
52. La présente recommandation est publiée. Afin de protéger les données relatives aux participants à la procédure de médiation, les noms de la demanderesse et des demandeurs d'accès sont anonymisés (art. 13 al. 3 OTrans).
53. La recommandation est notifiée à :
 - Recommandé (R) avec avis de réception
X. [Demanderesse]
 - Recommandé (R) avec avis de réception
Commission fédérale de la poste PostCom
 - Recommandé (R) avec avis de réception
A. [Demandeur d'accès]
 - Recommandé (R) avec avis de réception
B. [Demandeur d'accès]

Adrian Lobsiger
Préposé fédéral à la protection
des données et à la transparence

Mélissa Beutler
Juriste Domaine de direction
Principe de la transparence