Décision n° 29/2023

du 07.12.2023

de la Commission fédérale de la Poste PostCom

en l'affaire

X **Personne entendue et demanderesse au sens de l'art. 15, al. 1, LTrans**
représentée par … (ci-après **personne entendue**)

contre

Demandeur d'accès

Y

concernant

demande d'une décision au sens de l'art. 15, al. 1, de la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans) au sujet de l'accès à des documents officiels.

Commission fédérale de la Poste PostCom
Monbijoustrasse 51A, 3003 Berne
Tél. +41 58 462 50 94
info@postcom.admin.ch
www.postcom.admin.ch

I. Situation

1. La PostCom devait décider, dans le cadre d'une procédure administrative, si la personne entendue est soumise à l'obligation d'annoncer au sens de l'art. 4, al. 1, de la loi sur la poste (LPO). Sur le fond, cette procédure portait principalement sur la question de savoir si la personne entendue propose des services postaux en son nom propre. Afin de clarifier la situation, la PostCom a mandaté le Professeur Sylvain Marchand pour qu'il établisse une expertise. Par sa décision 18/2022 du 6 octobre 2022, la PostCom a constaté que la personne entendue ne propose pas de services postaux soumis à l'obligation d'annoncer. Cette décision reposait pour l'essentiel sur les conclusions de l'expertise qu'elle avait mandatée (« Rapport d'expertise du 20 mai 2022 concernant l'activité de X et l'obligation d'annoncer », ci-après « expertise »). La PostCom a publié sa décision 18/2022 du 6 octobre 2022 sur son site Internet. L'expertise a également été mentionnée dans le communiqué de presse du 3 novembre 2022. L'entreprise concernée (la personne entendue) a été nommément désignée tant dans la décision que dans le communiqué de presse.
2. Le 10 novembre 2022, le demandeur d'accès (une personne privée) se renseignait quant à la possibilité de consulter l'expertise ou d'en recevoir une copie. On lui a indiqué la possibilité de déposer une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans. Comme l'accès aux documents décisifs dans le cadre d'une procédure administrative de première instance doit normalement être différé jusqu'à l'entrée en vigueur de la décision correspondante (ISABELLE HÄNER, dans : Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3e éd. 2014, N. 8 ad art. 8 LTrans avec des références), il a été convenu avec le demandeur d'accès qu'il attendrait l'expiration du délai de recours concernant la décision 18/2022 du 6 octobre 2022 avant de déposer une demande d'accès. En date du 28 novembre 2022, la PostCom informait le demandeur d'accès par courriel que le délai de recours avait expiré sans avoir été utilisé et que la décision 18/2022 du 6 octobre 2022 était donc entrée en force. La possibilité de soumettre une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans a alors été rappelée.
3. Le 22 décembre 2022, le demandeur d'accès envoyait par courriel une demande d'accès à l'expertise.
4. Le 22 décembre 2022, la PostCom consultait la personne entendue conformément à l'art. 11, al. 1, LTrans sur la demande d'accès qui lui était parvenue le jour même. À cette fin, elle lui adressait une copie de l'expertise dans laquelle elle avait caviardé selon son appréciation les secrets d'affaires de la personne entendue et les données de tiers (proposition de caviardage de l'expertise par la PostCom en date du 22 décembre 2022).
5. Le 22 décembre 2022, la personne entendue demandait confirmation de ce que le délai de dix jours prévu à l'art. 11, al. 1, LTrans ne courrait pas du 18 décembre 2022 au 2 janvier 2023, par analogie aux art. 22 ss de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA). La PostCom lui répondait le 23 décembre 2022 que tel n'était pas le cas, selon les renseignements pris chez le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT).
6. Dans le cadre de la procédure de consultation, la personne entendue se renseignait par courriel, le 22 décembre 2022, sur l'identité du demandeur d'accès, qui acceptait le 23 décembre 2022, sur demande de la PostCom du même jour, que son identité soit communiquée à la personne entendue. L'identité du demandeur d'accès a été transmise à la personne entendue le 23 décembre 2022.
7. En date du 1er janvier 2023, la personne entendue invoquait divers arguments pour s'opposer foncièrement à l'octroi de l'accès à l'expertise. Elle justifiait d'abord sa position en arguant que le caviardage de passages isolés ne permettrait pas de protéger les secrets d'affaires. L'expertise révélerait systématiquement par le détail le fonctionnement opérationnel et juridique de son modèle d'affaires, l'entreprise de la personne entendue étant la seule de la branche à opérer selon ce modèle. Ce modèle d'affaires, son fonctionnement et ses aspects spécifiques, que l'expertise décrit en détail, sont l'aboutissement d'un long développement. De nombreux ajustements sont survenus au fil des années. Aux yeux de la personne entendue, la connaissance de ces informations par des tiers, notamment les concurrents, induirait une distorsion considérable de la concurrence. En outre, la personne entendue a objecté que le communiqué de presse publié le 3 novembre 2022 et la décision 18/2022 du 6 octobre 2022, également publiée, contenaient déjà diverses indications relatives à son modèle d'affaires et que les éventuels besoins d'information du public sont déjà couverts de ce fait (art. 6, al. 2, de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration, OTrans). De plus, il n'existe pas d'intérêt public à publier encore des éléments spécifiques supplémentaires qui relèveraient du secret d'affaires de la personne entendue (art. 7, al. 2, LTrans). Enfin, la personne entendue a invoqué le risque que l'expertise puisse alimenter des procédures menées à son encontre parce que le principe « accès pour un, accès pour tous » (« access to one, access to all ») s'appliquerait en vertu de

la législation (art. 2 OTrans). Il y aurait donc lieu de craindre que la libre formation de l'opinion et la volonté des autorités chargées de décider soient influencées (art. 7, al. 1, let. a, LTrans). Selon la personne entendue, seul le refus de l'accès au document permettrait de protéger suffisamment ses secrets d'affaires. Elle a donc demandé une prise de position motivée, comprenant une pesée des intérêts au sens de l'art. 12 LTrans au cas où la PostCom ne suivrait pas cette proposition. L'accès à l'expertise doit être différé tant que la situation juridique n'est pas clarifiée.

8. Le 9 janvier 2023, la PostCom remettait à la personne entendue la prise de position souhaitée et l'expertise caviardée (proposition de caviardage de la PostCom du 22 décembre 2022). Dans cette prise de position, la PostCom s'est prononcée pour l'octroi de l'accès à une version caviardée sur la base d'une première évaluation des secrets d'affaires de la personne entendue figurant dans l'expertise. Pour l'essentiel, la PostCom a justifié sa position en argumentant qu'un caviardage permettrait de protéger suffisamment les secrets d'affaires de la personne entendue. De ce fait, une interdiction générale d'accès au document serait disproportionnée. En outre, une part considérable des informations contenues dans l'expertise relative à la personne entendue se trouvaient déjà dans la décision 18/2022 du 6 octobre 2022 qui a été publiée. La possibilité que l'expertise puisse alimenter d'autres procédures civiles ou administratives n'a pas été retenue comme une atteinte au processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté des autorités, des autres organes législatifs ou administratifs ou des instances judiciaires au sens de l'art. 7, al. 1, let. a, LTrans, ne serait-ce que parce que ces autorités, notamment les tribunaux, pourraient librement apprécier les informations contenues dans l'expertise, pour autant que ces informations aient une quelconque pertinence pour la procédure dont elles seraient chargées. En outre, dans sa prise de position, la PostCom justifie sommairement le caviardage des secrets d'affaires à ses yeux compris dans l'expertise.
9. En date du 9 janvier 2023, la PostCom informait le demandeur d'accès de la prolongation du délai (art. 12, al. 4, LTrans). L'accès à l'expertise a été différé jusqu'à droit connu (art. 12, al. 3, LTrans).
10. Le 20 janvier 2023, la personne entendue a déposé auprès du PFPDT une demande en médiation au sens de l'art. 13 LTrans concernant la prise de position de la PostCom du 9 janvier 2023.
11. Le 20 janvier 2023 également, la personne entendue faisait parvenir à la PostCom une copie de sa demande en médiation du même jour adressée au PFPDT.
12. Le 25 janvier 2023, le PFPDT informait la PostCom de l'ouverture de la procédure de médiation correspondante.
13. La PostCom a saisi cette occasion pour compléter sa prise de position du 9 janvier 2023 par courrier du 25 janvier 2023 et elle a transmis le dossier au PFPDT.
14. Le demandeur d'accès a été informé le 7 février 2023 par courriel qu'une procédure de médiation était en cours auprès du PFPDT.
15. Le PFPDT a joint cette procédure à une deuxième procédure de demande d'accès au même document survenue quelque 20 jours auparavant. Le 2 mars 2023, le PFPDT tenait pour les deux procédures une audience de médiation avec la personne entendue et la PostCom. Les demandeurs d'accès n'étaient pas invités à cette audience.
16. Lors de l'audience de médiation du 2 mars 2023, dans le but de parvenir à une solution amiable entre toutes les parties impliquées, la PostCom et la personne entendue se sont mises d'accord, sur proposition du PFPDT, pour que la personne entendue soumette aux deux demandeurs d'accès une proposition motivée de caviardage de l'expertise nécessaire à ses yeux. Afin de rechercher une solution amiable entre toutes les parties impliquées, le PFPDT a suspendu la procédure jusqu'au 3 avril 2023.
17. Le 16 mars 2023, la personne entendue remettait à la PostCom une proposition de caviardage de l'expertise. Dans sa lettre d'accompagnement, elle expliquait pourquoi les passages caviardés par ses soins représentaient des secrets d'affaires de son entreprise.
18. La PostCom a transmis cette proposition en date du 17 mars 2023 aux deux demandeurs d'accès en leur fixant le délai du 30 mars 2023 pour qu'ils prennent position. Dans sa lettre d'accompagnement du 17 mars 2023, la PostCom a expliqué aux demandeurs d'accès les caviardages qu'elle avait proposés (proposition de caviardage de l'expertise soumise par la PostCom en date du 22 décembre 2022). Elle y a en outre précisé dans quelle mesure ces caviardages correspondaient à ses yeux à des secrets d'affaires de la personne entendue ou s'il s'agissait d'anonymiser des données personnelles.
19. Le 30 mars 2023, le demandeur d'accès informait par courriel adressé à la PostCom qu'il ne pouvait pas vérifier si les passages caviardés correspondaient effectivement à des secrets d'affaires comme la personne entendue le prétendait, le caviardage limitant la compréhension de l'expertise. Cependant, il faisait totalement confiance à la PostCom et au PFPDF, qui étaient selon lui les mieux placés pour constater si le caviardage était correct. Il s'en remettait donc à la décision de ces deux autorités.

20. La PostCom transmettait les prises de position des demandeurs d'accès en date du 3 avril 2023 au PFPDT. Le même jour, elle confirmait aux demandeurs d'accès la réception de leurs prises de position et les informait de la suite de la procédure.
21. Comme aucune solution amiable n'était trouvée pour régler l'accès à l'expertise, le PFPDT a rendu une recommandation en date du 6 septembre 2023. Dans celle-ci, il a recommandé à la PostCom d'accorder l'accès complet à l'expertise. Pour l'essentiel, le PFPDT a justifié sa recommandation en constatant que l'expertise ne contenait ni secrets d'affaires de la personne entendue, ni données personnelles à anonymiser au sens de l'art. 9 LTrans. Il a en outre considéré que l'octroi de l'accès à l'expertise ne risquerait pas d'entraver la libre formation de l'opinion et la volonté d'une autorité soumise à la LTrans, d'un autre organe législatif ou administratif ou d'une instance judiciaire (art. 7, al. 1, let. a, LTrans), d'autant qu'une large part des informations avaient déjà été rendues publiques.
22. Par courrier du 18 septembre 2023, la personne entendue demandait à la PostCom, sans motiver davantage sa demande, qu'elle édicte une décision formelle.
23. Dès son ouverture, la procédure d'édiction d'une décision est régie par la PA (RS 172.021), contrairement à la procédure de médiation auprès du PFPDT. Les art. 1 à 43 PA, en particulier l'art. 6 PA (Parties) et les art. 26 ss PA, qui règlent le droit d'être entendu des parties (arrêt du TAF du 28.02.2013, A-4307/2010, consid. 5.3.1) sont donc applicables. Comme les parties n'avaient pas pu consulter le dossier jusque-là (conformément à la LTrans), le droit de consulter le dossier conformément aux art. 26 ss PA leur a été accordé de manière qu'elles puissent exercer leur droit d'être entendu. Le droit de consulter l'expertise n'a pas été accordé au demandeur d'accès (art. 12, al. 3, LTrans). Certaines parties d'un document ont dû être caviardées, parce qu'elles reprenaient des passages de l'expertise qui n'avaient pas encore été publiés dans la proposition de caviardage de l'expertise soumise par la personne entendue et datée du 16 mars 2023.
24. Le 25 septembre 2023, la PostCom a accordé au demandeur d'accès et à la personne entendue le droit d'être entendu jusqu'au 16 octobre 2023, conformément à l'art. 30, al. 1, PA. Le demandeur d'accès a communiqué par courriel en date du 16 octobre 2023 qu'il renonçait à prendre position. La personne entendue a quant à elle pris position le 16 octobre 2023. Elle a maintenu ses propositions de caviardages transmises dans sa demande du 16 mars 2023 et a expliqué pourquoi elle n'était pas d'accord avec la recommandation du PFPDT. Nous y revenons ci-après dans la mesure du nécessaire. L'objet de la controverse est de savoir, d'une part, si les passages que la personne entendue demande de caviarder doivent être qualifiés de secrets d'affaires de l'entreprise de sorte que l'accès à ces informations devrait être refusé en vertu de l'art. 7, al. 1, let. g, LTrans et, d'autre part, si l'expertise contient des données personnelles à anonymiser conformément à l'art. 9, al. 1, LTrans.
25. Le 17 octobre 2023, le demandeur d'accès a reçu la possibilité de s'exprimer jusqu'au 3 novembre 2023 sur cette prise de position de la personne entendue. Le 1er novembre 2023, le demandeur d'accès faisait savoir par courriel qu'il renonçait à prendre position. Par courrier du 9 novembre 2023, la PostCom a communiqué à la personne entendue (avec copie au demandeur d'accès) qu'elle considérait l'affaire en état d'être jugée.

II. Considérants

Compétence de la PostCom

26. La LTrans s'applique à l'administration fédérale (art. 2, al. 1, LTrans). La PostCom étant une commission décisionnelle au sens de l'art. 8*a* OLOGA, elle fait partie de l'administration fédérale. La PostCom est donc soumise à la LTrans.
27. Un document officiel au sens de l'art. 5, al. 1, LTrans est toute information (a) qui a été enregistrée sur un quelconque support ; (b) qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a été communiquée, et (c) qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique. La PostCom a fait réaliser l'expertise en exécution de ses tâches visées à l'art. 4, al. 1, en relation avec l'art. 22, al. 2, let. a, LPO en vue d'édicter la décision 18/2022 du 6 octobre 2022 concernant l'obligation d'annoncer de la personne entendue. L'expertise doit être qualifiée de document officiel au sens de l'art. 5, al. 1, LTrans.
28. En vertu de l'art. 6, al. 1, LTrans, toute personne a le droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités.
29. La PostCom, la personne entendue et le demandeur d'accès ont reçu en l'affaire visée la recommandation du PFPDT datée du 6 septembre 2023.
30. Selon l'art. 15, al. 1, LTrans, le demandeur d'accès ou la personne entendue peuvent, dans les dix jours qui suivent la réception de la recommandation du PFPDT, demander qu'une décision au sens de l'art. 5 PA soit rendue. Au surplus, l'autorité rend une décision si, en dérogation à la recommandation (a) elle entend limiter, différer ou refuser le droit d'accès ; (b) elle entend accorder l'accès

à un document officiel dont la consultation est susceptible de porter atteinte à la sphère privée de tiers (art. 15, al. 2, LTrans).

31. Au ch. 49 de la recommandation du 6 septembre 2023, le PFPDT note que, 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 s'ils ne sont pas d'accord avec la recommandation. D'après deux arrêts du Tribunal administratif fédéral A-173/2015 du 8 juin 2015, ch. 6.1.2 *in fine*, et A-4175/2013 du 13 décembre 2013, consid. E. 4.3 (confirmé par l'ATF du 22 mars 2015 2C_118/2014), les tâches de la PostCom sont exhaustivement énumérées à l'art. 22, al. 2, LPO. Mais en vertu de l'art. 10, al. 1, LTrans, la PostCom est compétente pour traiter la requête du demandeur d'accès et pour statuer en la matière. En sa qualité de commission décisionnelle, la PostCom est dotée d'un pouvoir de décision, conformément à l'art. 8a OLOGA. Elle est donc aussi compétente pour auditionner les personnes visées à l'art. 11 LTrans et pour rendre une décision à la demande de la personne entendue, conformément à l'art. 15, al. 1, LTrans.

Légitimation de la personne entendue à demander qu'une décision soit rendue

32. La personne entendue a été consultée le 22 décembre 2022 au sujet de la requête du demandeur d'accès, conformément à l'art. 11, al. 1, LTrans. Elle a déposé le 20 janvier 2023, auprès du PFPDT, une demande en médiation au sens de l'art. 13 LTrans concernant la prise de position de la PostCom du 9 janvier 2023. La procédure de médiation ayant échoué, le PFPDT a transmis sa recommandation du 6 septembre 2023, notamment à la personne entendue. Celle-ci est donc légitimée à demander qu'une décision au sens de l'art. 15 LTrans soit rendue.
33. Le PFPDT a transmis sa recommandation du 6 septembre 2023 en date du 8 septembre 2023. Par courrier du 18 septembre 2023, dans les dix jours suivant la réception de la recommandation du PFPDT, la personne entendue a demandé à la PostCom qu'elle rende une décision. Ainsi, le délai de dix jours requis à l'art. 15, al. 1, LTrans a été respecté.

Qualité de partie du demandeur d'accès

34. Le demandeur d'accès a reçu la recommandation du PFPDT en date du 6 septembre 2023.
35. Contrairement à la procédure de médiation auprès du PFPDT, la procédure d'édiction d'une décision au sens de l'art. 15 LTrans est régie par les art. 1 à 15 PA (Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, 3e édition, 2014; Julia Bhend/Jürg Schneider, art. 15, N 12, avec référence au message relatif à la LTrans, 2025). L'art. 6 PA, qui concerne la qualité de partie, et les art. 26 ss PA, qui règlent le droit des parties à être entendues, s'appliquent particulièrement (arrêt du TAF du 28.2.2013, A-4307/2010, consid. 5.3.1).
36. La présente décision règle l'étendue de l'accès au document public (expertise) que le demandeur d'accès a requis le 22 décembre 2022. Le demandeur d'accès n'a renoncé à participer à la procédure ni dans la procédure régie par la LTrans, ni dans la procédure d'édiction de la présente décision auprès de la PostCom. Il a seulement renoncé à prendre position. De ce fait, dans la présente procédure, le demandeur d'accès a qualité de partie au sens de l'art. 6 PA.

Renonciation à joindre les procédures

37. Deux demandes différentes d'accès à l'expertise ont été déposées. Ces deux demandes concernent le même document officiel. C'est pourquoi, joignant les procédures, le PFPDT n'a fourni qu'une seule recommandation. L'accès accordé à une personne doit être accordé dans la même mesure à tout autre demandeur (art. 2 OTrans). La demande d'une décision soumise par la personne entendue se rapporte à cette recommandation du PFPDT qui couvre les deux procédures. Le fait que les deux demandes d'accès aient été reçues indépendamment l'une de l'autre plaide toutefois contre la réunion des procédures devant la PostCom. L'échange d'écritures aurait été nettement entravé si les procédures étaient jointes. L'une des demandes a été déposée en français tandis que l'autre l'était en allemand. La PostCom décide donc de ne pas joindre les deux procédures.

Langue de la procédure

38. Conformément à l'art. 33*a* PA, la procédure est conduite dans l'une des quatre langues officielles ; en règle générale, il s'agit de la langue dans laquelle les parties ont déposé ou déposeraient leurs conclusions Le demandeur d'accès et la personne entendue ont rédigé leurs demandes en français. Le français est donc choisi comme langue de la procédure.

Octroi du droit d'être entendu / consultation du dossier

39. La procédure visant l'édiction d'une décision visée à l'art. 15 LTrans se conforme aux art. 1 à 43 PA (Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, 3e édition, 2014; Julia Bhend/Jürg Schneider, art. 15, N 12, avec référence au message relatif à la LTrans, 2025). L'art. 6 PA concernant la qualité de partie et l'art. 30 PA relatif à l'octroi du droit d'être entendu s'appliquent donc en particulier.

Selon l'art. 30, al. 1, PA, l'autorité entend les parties avant de prendre une décision. L'al. 2 précise qu'elle n'est pas tenue d'entendre les parties avant de prendre :
a. des décisions incidentes qui ne sont pas séparément susceptibles de recours ;
b. des décisions susceptibles d'être frappées d'opposition;
c. des décisions dans lesquelles elle fait entièrement droit aux conclusions des parties;
d. des mesures d'exécution;
e. d'autres décisions dans une procédure de première instance lorsqu'il y a péril en la demeure,
que le recours est ouvert aux parties et qu'aucune disposition du droit fédéral ne leur accorde le droit d'être entendues préalablement.

Conformément à l'art. 21, al. 1, LPO, le secrétariat technique de la PostCom prépare les dossiers de la PostCom et lui soumet des propositions. Comme les demandes formulées par la personne entendue dans son courrier du 16 mars 2023 pourraient ne pas être toutes satisfaites, le droit d'être entendue lui a été accordé en vue de rendre la décision (art. 30 PA). Le demandeur d'accès a lui aussi reçu le droit d'être entendu.

40. Les parties n'ayant pas eu le droit de consulter le dossier dans le cadre de la procédure soumise à la LTrans, elles ont reçu cette possibilité en vertu de l'art. 26 PA dans la perspective de la décision à rendre.

Conformément à l'art. 12, al. 3, LTrans, l'accès au document faisant l'objet de la demande d'accès est différé jusqu'à droit connu. La consultation du dossier ne doit donc pas s'étendre à ce document (Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, 3e édition, 2014 ; Julia Bhend/Jürg Schneider, art. 15, N 14). C'est pourquoi le demandeur d'accès n'a pas reçu le droit de consulter les versions de l'expertise moins fortement caviardées que la proposition de la personne entendue du 16 mars 2023. En outre, plusieurs passages au ch. I. 6 de la prise de position de la PostCom du 9 janvier 2023 ont été caviardés parce qu'ils citaient mot pour mot des passages de l'expertise que la personne entendue avait caviardés dans sa proposition du 16 mars 2023.

Une pièce dont la consultation a été refusée à la partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves (art. 28 PA). Le demandeur d'accès dispose de la version de l'expertise du 16 mars 2023 caviardée par la personne entendue. Il a en outre accès à la décision 18/2022 de la PostCom datée du 6 octobre 2022 (publiée sous : https://www.postcom.admin.ch/fr/documentation/decisions). L'essentiel du contenu de l'expertise s'y trouve résumé. Si l'on y ajoute les documents de la procédure soumise à la LTrans que le demandeur d'accès a pu consulter, celui-ci connaît suffisamment l'essentiel du contenu de l'expertise pour pouvoir formuler ses propositions dans le cadre de la présente procédure. Du reste, le demandeur d'accès n'a pas demandé de pouvoir consulter des documents supplémentaires. Quant à la limitation du droit de consulter le dossier, la PostCom se base sur l'art. 12, al. 3, LTrans et sur l'art. 27, al. 1, let. b, PA. Comme la présente décision satisfait complètement à la proposition du demandeur d'accès, aucune pièce inconnue de lui n'a été utilisée à son désavantage.

41. Selon l'art. 15, al. 3, LTrans, une décision est rendue dans un délai de 20 jours à compter de la date de réception de la recommandation ou de la requête en décision au sens de l'al. 1. Au ch. 51 de sa recommandation du 6 septembre 2023, se référant à l'art. 15, al. 3, LTrans, le PFPDT écrit lui aussi que la PostCom rend la décision dans les 20 jours à compter de la réception de la recommandation ou de la requête de décision. Une fois reçues les prises de position des parties en dates des 16 et 17 octobre 2023, la possibilité a été donnée au demandeur d'accès de s'exprimer jusqu'au 3 novembre 2023 sur les arguments et les propositions de la personne entendue (TAF, 28.2.2013, A-4307/2010, consid. 5.3.1 et 5.3.2, et Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, 3e édition, 2014 ; Julia Bhend/Jürg Schneider, art. 15, N 14). Comme le demandeur d'accès a renoncé à prendre position, il n'a pas fallu ménager la possibilité de formuler des remarques finales. Mais en raison des échanges d'écritures survenus et des nécessaires travaux de traduction, le délai de 20 jours prévu à l'art. 15, al. 3, LTrans ou au ch. 51 de la recommandation du 6 septembre 2023 n'a pas été respecté.

Objet de la présente procédure

42. Le 22 décembre 2023, le demandeur d'accès requérait par courriel l'accès à l'expertise, sans toutefois vouloir accéder aux documents qui avaient été mis à la disposition de l'expert pour qu'il établisse son rapport. La proposition de caviardage de l'expertise soumise le 16 mars 2023 par la personne entendue et transmise au demandeur d'accès a fait apparaître que divers documents avaient été mis à la disposition de l'expert pour qu'il établisse son rapport. Le demandeur d'accès n'a pas soumis de requête pendant la suite de la procédure pour accéder à ces documents. De ce fait, le seul et unique objet de la présente procédure est la question de l'accès à l'expertise.

Sur le fond

43. Le principe de transparence ancré dans l'art. 6, al. 1, LTrans fonde une présomption légale réfragable en faveur du libre accès aux documents officiels (ATF 142 II 340, consid. 2.2). L'autorité

doit rendre le document officiel accessible à moins qu'elle ne puisse prouver que l'une des conditions énumérées à l'art. 7, al. 1, LTrans est réalisée, qu'un cas particulier au sens de l'art. 8 LTrans se présente ou que la sphère privée ou des données personnelles doivent être protégées (art. 7, al. 2, en relation avec l'art. 9 LTrans). En outre, s'agissant de la présomption en faveur du libre accès aux documents officiels visé à l'art. 6, al. 1, LTrans, les dispositions légales spéciales relatives au maintien du secret demeurent réservées (art. 4 LTrans).

Le fardeau objectif de la preuve visant à réfuter le libre accès au document officiel incombe à l'autorité compétente ou à la tierce personne entendue (arrêt du TAF A-199/2018 du 18 avril 2019, consid. 3.2.2.). En principe, si une telle preuve n'est pas fournie, l'accès au document doit être accordé (arrêt du TAF A-6003/2019 du 18 novembre 2020, consid. 2.1 avec renvois). *«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 [ATF142 II 340, consid. 2.2 ; arrêt TAF A-6745/2017 du 6 août 2018, consid. 3.2.3]. Si elle n'y parvient pas, elle supporte alors les conséquences du défaut de preuve [arrêt du TF 1C_14 /2016 du 23 juin 2016, consid. 3.4.]. De plus, selon la jurisprudence [ATF 133 II 206, consid. 2.3.3 et arrêt du TAF A-1432/2016 du 5 avril 2017, consid. 5.6.1], 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 [arrêt du TAF A-746/2016, 27 août 2016, 4.5.]».*[1]

Protection des secrets d'affaires (art. 7, al. 1, let. g, LTrans)

44. Conformément à l'art. 7, al. 1, let. g, LTrans, le droit d'accès aux documents officiels est limité, différé ou refusé lorsque son octroi peut révéler des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication. Selon l'art. 9, al. 1, LTrans, les documents officiels contenant des données personnelles doivent être si possible rendus anonymes avant qu'ils soient consultés. En vertu de l'art. 27 LPO, la PostCom est tenue au secret professionnel et au secret d'affaires. La protection des secrets d'affaires selon l'art. 27 LPO correspondant à la réglementation prévue à l'art. 7, al. 1, LTrans, la question du rapport entre la loi spéciale que constitue la LPO et la LTrans ne se pose pas.
45. La notion de secret d'affaires n'est pas définie dans la loi. Le message relatif à la LTrans ne la définit pas non plus. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF), il s'agit d'informations commerciales qui ne sont pas de notoriété publique, qui ne sont pas facilement accessibles (relativement inconnues) et que leur détenteur veut garder secrètes (volonté de maintenir le secret) *« und an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein objektiv berechtigtes Geheimhaltungsinteresse bzw. "un intérêt légitime" bzw. "un interesse legittimo" (objektives Geheimhaltungsinteresse) hat (vgl. BGE 142 II 268 E. 5.2.2.1 S. 276 mit Hinweisen). Der Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses muss geschäftlich relevante Informationen betreffen. Darunter fallen insbesondere Informationen, die Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulation, Geschäftsstrategien, Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen etc. betreffen und einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen. Entscheidend ist, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können, oder mit anderen Worten, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben (vgl. zum Ganzen: BGE 142 II 340 E. 3.2 S. 345; 142 II 268 E. 5.2.3 f. S. 279; je mit Hinweisen; ANDREAS DONATSCH, in: Orell Füssli Kommentar, StGB/JStG, 20. Aufl. 2018, N. 3 zu Art. 162 StGB, COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Stämpflis Handkommentar, BGÖ, 2008, N. 41 f. zu Art. 7 BGÖ; ISABELLE HÄNER, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, N. 36 f. zu Art. 7 BGÖ; MARKUS R. FRICK, in: Basler Kommentar, UWG, 2013, N. 17 zu Art. 6 UWG; NIGGLI/HAGENSTEIN, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl. 2013, N. 19 zu Art. 162 StGB). Insofern wird der Geheimnisbegriff im Zusammenhang mit Geschäftsgeheimnissen grundsätzlich weit verstanden (BGE 142 II 340 E. 3.2 S. 345 mit Hinweisen)».* [2]

Dans sa recommandation du 6 septembre 2023 consid. 34, le PFPDT explique concrètement ce qu'il en est : «*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 particu-*

[1] Ch. 29 de la recommandation du PFPDT du 6 septembre 2023

[2] Arrêt du TF 1C_665/2017 du 16 janvier 2019, consid. 3.3

lier, 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 [arrêt du TF IC_665/2017 du 16 janvier 2019, consid. 3.3 ; arrêt du TAF A-336/2017 du 3 avril 2018, consid. 7.4.] 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 [arrêt du TAF A-199/2018 du 18 avril 2019, consid. 3.2.2].»

«Le secret d'affaires étant un intérêt privé, le détenteur du secret doit toujours indiquer concrétèrent 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.»[3]

46. Par son courrier du 16 mars 2023, dans le cadre de la procédure auprès du PFPDT, la personne entendue a proposé plusieurs caviardages de l'expertise pour protéger ses secrets d'affaires. Elle explique dans ce courrier qu'en application de l'art. 7, al. 1, let. g, LTrans, elle a caviardé les passages portant sur des données non publiées dans la décision 18/2022 du 6 octobre 2022 rendue par la PostCom et dans son communiqué de presse du 3 novembre 2022, afin d'empêcher la divulgation du modèle d'affaires de X. Selon la personne entendue, ces passages de l'expertise remplissent à n'en pas douter les trois premières conditions constitutives d'un secret d'affaires (relation entre l'information et l'entreprise, information relativement inconnue et volonté de maintenir le secret). Quant à l'existence d'un intérêt objectivement fondé justifiant le maintien du secret (intérêt légitime), la personne entendue la motive pour l'essentiel comme suit :
    - L'expertise contient des informations sur l'organisation, les partenaires commerciaux et les fournisseurs et le calcul des prix dont la connaissance procurerait un avantage concurrentiel à ses concurrents.
    - L'expertise reprend parfois mot pour mot des passages de contrats de X avec ses partenaires. De ce fait, les concurrents pourraient s'épargner une charge de travail considérable en reprenant ces formulations.
    - Il s'agit de données concernant l'organisation détaillée du modèle d'affaires de X dont la connaissance pourrait procurer des avantages concurrentiels aux concurrents, qui pourraient reprendre ce modèle sans devoir fournir de prestation propre.

      Pour le surplus, la personne entendue est d'avis que l'organisation contractuelle de X et les résultats de la procédure administrative relèvent des données personnelles de l'entreprise (art. 7, al. 2, LTrans). Selon la personne entendue, accorder l'accès aux passages dont le caviardage est demandé aurait objectivement un impact négatif sur la compétitivité de X et rendrait publique une solution clés en mains pour des concurrents actuels ou futurs.
47. Au ch. 36 de sa recommandation, le PFPDT constate qu'une partie des informations dont la personne entendue demande le caviardage ne répond pas à la définition d'informations commerciales. Selon lui, 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. Aux yeux du PFPDT, nombre d'informations sur le modèle d'affaires déjà publiées dans le communiqué de presse du 3 novembre 2022 et dans la décision 18/2022 du 6 octobre 2022 ne peuvent plus constituer des secrets d'affaires, car elles ne sont plus relativement inconnues.

    Toutefois, le PFPDT admet que certaines informations contenues dans l'expertise 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 PFPDT ne voit pas

[3] Ch. 35 de la recommandation du PFPDT du 6 septembre 2023 avec référence à l'arrêt du TAF A-6/2015 du 26 juillet 2017, consid. 4.5.1.2

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. Il signale que, selon la jurisprudence, il ne suffit pas que la menace soit seulement envisageable et que les conséquences engendrées par la divulgation soient seulement mineures.
Le PFPDT parvient à la conclusion que la PostCom et la personne entendue ne lui ont pas fourni d'autres éléments permettant de conclure à l'existence d'un intérêt objectif au maintien du secret et que, par conséquent, la condition visée à l'art. 7, al. 1, let. g, LTrans n'est pas remplie dans le cas de l'expertise.

48. Dans sa prise de position du 16 octobre 2023 adressée à la PostCom, la personne entendue souligne d'emblée qu'elle ne prétend pas que la nature même du modèle d'affaires (achat-vente) est un secret d'affaires. Elle estime néanmoins que certaines modalités de son modèle relèvent du secret d'affaires, à savoir: le détail des moyens et mesures tant juridiques qu'opérationnels par lesquels X opère son modèle d'affaires, et la conformité juridique desdits moyens et mesures selon l'avis de droit du Prof. Marchand et la décision 18/2022 de la PostCom du 6 octobre 2022. Puis, la personne entendue note que les trois premières conditions à l'existence d'un secret d'affaires sont entièrement satisfaites s'agissant des passages dont le caviardage est demandé : le rapport d'expertise dont l'accès est demandé porte sur le modèle d'affaires de X spécifiquement (lien entre information et entreprise) ; ce rapport dévoile des modalités de collaboration avec ses partenaires qui sont confidentiels (absence de notoriété) ; X n'entend pas dévoiler ces informations (intérêt subjectif). L'existence d'une clause de confidentialité démontre, selon la personne entendue, l'intérêt subjectif de l'entreprise de garder les modalités du modèle d'affaires confidentielles. Quant à l'intérêt objectif à maintenir le secret, la personne entendue note ce qui suit :
    - La notion de secret d'affaires doit être comprise dans un sens large.
    - En considérant uniquement les informations susceptibles d'entraîner des distorsions du marché, voire de conduire à un dommage (recommandation du PFPDT du 6 septembre 2023, ch. 34 et 36), la recommandation soutient une approche restrictive de la notion de secret d'affaires, contraire à la jurisprudence applicable.
    - En particulier, les hypothèses, les conclusions juridiques de l'expert ou les références à des textes légaux, les commentaires ou la jurisprudence font partie des secrets d'affaires de l'entreprise, puisqu'ils reposent sur le modèle d'affaires de l'entreprise et permettent donc d'inférer des conclusions à son sujet.
    - La PostCom a déjà constaté dans ses précédentes prises de position que la divulgation de certains passages de l'expertise représenterait un avantage concurrentiel pour les concurrents, qui pourraient notamment s'économiser des coûts.
    - De plus, la divulgation de passages de contrats partenaires de X est de nature à créer une distorsion de concurrence : les concurrents de l'entreprise pourraient reprendre exactement le même modus operandi et un contrat quasi identique pour démarcher ses partenaires. Ce risque est particulièrement dommageable en raison de la concurrence importante à laquelle les acteurs se livrent et parce que de nombreux partenaires sont liés par des clauses d'exclusivité. La procédure auprès de la PostCom a conduit à nier que l'entreprise soit tenue de s'annoncer. Des procédures analogues de concurrents sont encore en suspens. Communiquer des clauses contractuelles utilisées par la personne entendue reviendrait non seulement à permettre aux concurrents de gagner des parts de marché en économisant des coûts, mais aussi à leur remettre une « solution juridique clés en main » que la PostCom aurait déjà estimée ne pas être soumise à l'obligation d'annoncer.
    - De plus, X opère dans un marché où les modèles d'affaires font souvent l'objet de procédures administratives, celles menées par la PostCom n'en étant qu'un exemple. À titre d'exemple supplémentaire, la personne entendue mentionne l'arrêt du Tribunal fédéral concernant Uber Eats (ATF 2C_575/2020, consid. 7.3). Il s'ensuit que la structuration des rapports avec les restaurants ne relève pas d'un standard de l'industrie mais que chaque acteur a développé sa propre solution. Dès lors, la divulgation des moyens et modalités adoptés par X aura nécessairement un impact sur les processus économiques et les rapports de concurrence.
    - Il ne s'agit pas seulement d'une atteinte abstraite. Le PFPDT s'est limité à tort à estimer que les obligations sont typiques d'un contrat de vente et de livraison, de sorte que la distorsion causée par la divulgation de l'expertise n'excèderait pas l'inconvénient mineur (recommandation, ch. 36 in fine). Les relations d'affaires de l'entreprise présentent des spécificités qui sont atypiques d'une relation d'achat-vente ordinaire et qui sont inconnues sur le marché. Ce sont ces aspects atypiques, dont X réclame aujourd'hui la protection au titre du secret d'affaires, qui ont mené la PostCom à ordonner un avis de droit. Les moyens et mesures par lesquels X opère son modèle d'affaires sont autant de spécificités qui ne sont pas connues du marché. Sur un marché où la concurrence est acharnée, dévoiler les passages visés par la demande de caviardage permettrait aux concurrents de reprendre le modèle d'affaires de l'entreprise et représenterait davan-

tage qu'un simple inconvénient. En outre, le caviardage de passages proposé par la personne entendue n'empêcherait pas la compréhension du rapport d'expertise. Le principe de proportionnalité est pleinement respecté.

49. Les objections alléguées par la personne entendue contre la description de l'intérêt objectif à maintenir le secret, au ch. 34 de la recommandation du PFPDT du 6 septembre 2023, sont inutiles. Selon la jurisprudence, un intérêt objectif à maintenir le secret suppose que la divulgation des informations en question revête de l'importance pour le succès commercial. Il est déterminant que les informations secrètes puissent avoir une incidence sur le résultat commercial ou qu'elles induisent des distorsions de la concurrence. Le ch. 34 de la recommandation du PFPDT mentionne les références déterminantes à la jurisprudence et à la littérature (cf. par ex également ISABELLE HÄNER, dans : Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3e édition, 2014, N. 36 ss ad art. 7 LTrans avec des références ou, de la même auteure, Öffentlichkeitsprinzip – Geschäftsgeheimnis, Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit, 2016, p. 118-121, en particulier p. 120). C'est pourquoi la PostCom fait reposer son examen des caviardages demandés de l'expertise sur la même définition du secret d'affaires et notamment aussi sur la même définition de l'intérêt objectif à maintenir le secret que le PFPDT dans sa recommandation du 6 septembre 2023.
50. La PostCom n'a pas donné le mandat d'établir une expertise parce que le modèle d'affaires de l'entreprise présentait des éléments atypiques pour un contrat de vente. Cette allégation de la personne entendue n'est pas fondée dans le dossier de la procédure en question. En fait, la situation était la suivante : la PostCom devait évaluer pour la première fois si une entreprise qui opère avec un modèle d'affaires tel que celui de la personne entendue est soumise à l'obligation d'annoncer visée à l'art. 4, al. 1, LPO. Comme le secrétariat technique ne dispose pas des connaissances spécialisées spécifiques au droit commercial, un expert a été mandaté pour établir un rapport d'expertise (cf. ch. 19 ss de la décision 18/2022 du 6 octobre 2022). Cette expertise ne parvient pas non plus à la conclusion que les contrats passés par l'entreprise avec ses partenaires contiennent de nombreux éléments atypiques pour un contrat de vente. Comme la PostCom le résume au ch. 14.2 de sa décision 18/2022 du 6 octobre 2022, l'expertise arrive même à la conclusion contraire : « Les contrats entre X et ses partenaires et entre X et les clients contiennent les obligations typiques d'un contrat de vente, avec quelques obligations accessoires du vendeur. La séquence de conclusion des contrats et la chronologie d'une commande ne sont pas de nature à remettre en cause la qualification de ces contrats. »
51. Les grandes lignes du modèle d'affaires de la personne entendue, notamment le fait que l'entreprise achète les repas avant leur livraison pour les vendre ensuite à sa clientèle, sont déjà connues, puisque le modèle d'affaires a été examiné et présenté dans la décision 18/2022 du 6 octobre 2022. Cette décision résume en particulier les conclusions et résultats essentiels de l'expertise (cf. résumé des conclusions de l'expertise au ch. 14 de la décision) :

> *«14. Le 20 mai 2022, le Professeur Sylvain Marchand a remis au Secrétariat son rapport d'expertise avec les conclusions suivantes :*
> *14.1 Les contrats entre X et ses partenaires doivent être qualifiés de contrats de vente avec un aspect de vente à livraisons successives. Les contrats entre X et ses clients doivent également être qualifiés de contrats de vente. Lorsque les clients sont autorisés à retirer le produit eux-mêmes auprès du partenaire, ils sont bénéficiaires d'une stipulation pour autrui imparfaite. Ainsi, les textes contractuels distinguent les contrats conclus entre X et ses partenaires d'une part, et les contrats conclus entre X et les clients d'autre part. En revanche, il n'est pas possible de construire une relation juridique directe entre les partenaires et les clients de X.*
> *14.2 Les contrats entre X et ses partenaires et entre X et les clients contiennent les obligations typiques d'un contrat de vente, avec quelques obligations accessoires du vendeur. La séquence de conclusion des contrats et la chronologie d'une commande ne sont pas de nature à remettre en cause la qualification de ces contrats.*
> *14.3 Les partenaires assument les garanties contractuelles du vendeur à l'égard de X. X assume les garanties contractuelles du vendeur à l'égard des clients. La mention dans certains des contrats entre X et les partenaires d'une action directe du client contre le partenaire peut être interprétée comme une garantie du fabricant sous forme de stipulation pour autrui, mais le mécanisme mis en place ne prévoit pas d'information des clients sur cette garantie du fabricant.*
> *14.4 X est libre de fixer les prix des produits vendus aux clients, ce qui confirme qu'il est, à l'égard des clients, le vendeur et non le transporteur. Le risque de ducroire, à savoir le risque de devoir payer un produit au partenaire alors que ce produit n'a pas été payé par le client est supporté par X. »*

Cette décision, publiée sur le site web de la PostCom sous mention du nom de l'entreprise, peut être supposée généralement connue. Certaines informations ont été caviardées dans la décision publiée. L'expertise a aussi été mentionnée dans le communiqué de presse publié le 3 novembre 2022. L'identité de l'entreprise concernée ressort également du communiqué de presse. La mention du

nom de l'entreprise repose sur l'art. 4, al. 1, en relation avec l'art. 22, al. 2, let. a, LPO et sur l'art. 6, al. 2, du règlement interne de la PostCom du 11 octobre 2012 (RS 783.024). L'obligation d'annoncer visée à l'art. 4, al. 1, LPO est d'intérêt public, raison pour laquelle la PostCom publie sur son site web la liste des prestataires de services postaux enregistrés.
Il apparaît sans difficulté, à la lecture de la décision et du communiqué de presse publiés, que la PostCom a mené une procédure administrative visant à clarifier l'obligation d'annoncer de la personne entendue et quel a été le résultat de cette procédure. La personne entendue y est mentionnée nommément. Conformément à l'art. 7, al. 2, LTrans en relation avec l'art. 19, al. 1bis, a-LPD et l'art. 57*s*, al. 4, let. b, de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA) et comme ces données étaient déjà connues et accessibles au public, elles ne sauraient s'opposer à l'intérêt public prépondérant à l'octroi de l'accès à l'expertise (cf. également ci-après ch. 57s.).

52. Les concurrents de la personne entendue pourraient trouver d'emblée dans l'expertise un certain aperçu des points réglés contractuellement entre la personne entendue et ses partenaires. Dans ce contexte, la personne entendue dit que l'expertise analyse et divulgue son modèle d'affaires en détail. Pourtant, l'expertise ne révèle pas si elle mentionne toutes les réglementations contractuelles entre la personne entendue et ses partenaires. Eu égard au contexte, il y a plutôt lieu de supposer que l'expertise ne thématise que les réglementations pertinentes pour la qualification du contrat de vente. En d'autres termes, les concurrents qui souhaiteraient copier le modèle d'affaires de la personne entendue pourraient certes trouver dans l'expertise un aperçu des principaux points à reprendre dans de tels contrats. Mais ils n'auront aucune garantie que la liste de ces points correspond à une vue d'ensemble complète du contenu du contrat. Un tel aperçu des réglementations à intégrer dans les contrats de vente serait aussi disponible dans les contrats-types et/ou les ouvrages standards consacrés au droit commercial. Le seul aperçu des principaux points à régler contractuellement ne confère donc pas un avantage notable aux concurrents de la personne entendue ou, a contrario, un tel aperçu ne cause pas de désavantage à la personne entendue.
53. L'expertise contient certaines citations littérales des contrats de l'entreprise. Il s'agit, à la page 4, de la citation du préambule de quelques contrats d'une longueur de deux lignes, de la citation d'une partie de phrase et d'une phrase à la page 6, ainsi que d'une phrase de deux lignes à la page 13 et à la page 17. Dans sa prise de position du 9 janvier 2023 à la personne entendue, la PostCom a proposé de caviarder la plupart des citations mentionnées ci-dessus. Mais il faut donner raison au PFPDT, lorsqu'il affirme que les concurrents ne pourront pas obtenir d'avantages de la connaissance de ces quelques lignes tirées des contrats de la personne entendue. Notamment, les concurrents n'économiseront pas leur propre prestation lors de la formulation de leurs propres contrats.
54. Les grandes lignes du modèle d'affaires de la personne entendue sont déjà connues : il est connu que les repas sont achetés aux restaurants pour être ensuite revendus à ceux qui les commandent. Il en découle clairement que les relations juridiques entre la personne entendue et ses partenaires sont réglées par des contrats de vente (cf. ch. 51). Le site web de la personne entendue indique avec quels partenaires commerciaux elle coopère. Il énumère aussi les offres des partenaires de la personne entendue. Il précise en outre que la personne entendue livre à ses clients les repas qu'elle a préalablement achetés. Les relations juridiques avec la clientèle sont réglementées par des conditions générales connues puisqu'elles sont publiées sur le site web de la personne entendue (...). Le modèle d'affaires de la personne entendue est déjà connu, à tout le moins dans les grandes lignes, quant à son organisation (y compris son organisation juridique), ses partenaires commerciaux et ses fournisseurs. De plus, en raison de la publication de la décision 18/2022 de la PostCom du 6 octobre 2022 et du communiqué de presse correspondant, il est de notoriété publique que la personne entendue n'est pas soumise à l'obligation d'annoncer visée à l'art. 4, al. 1, LPO.
    - Le libellé concret des contrats passés entre la personne entendue et ses partenaires n'est pas connu du public. Outre le libellé concret des contrats (avec d'éventuels détails atypiques de la coopération entre la personne entendue et ses partenaires), les données relatives au calcul des prix et au plan d'affaires ne sont en particulier pas connues du public .
    - Le libellé des contrats n'est pas reproduit dans l'expertise, qui comprend toutefois quelques citations littérales des contrats de l'entreprise (cf. ch. 53). En outre, les contenus de quelques réglementations tirées des contrats sont résumés dans l'expertise. Ci-après (ch. 55), nous examinons pour chaque caviardage demandé si le passage concerné de l'expertise contient des informations susceptibles d'être qualifiées de secrets d'affaires de la personne entendue.
    - L'expertise contient des données concernant la méthode de calcul des prix que la personne entendue paie à ses partenaires commerciaux (cf. ch. 55, let. c).
    - En revanche, le plan d'affaires de l'entreprise et la stratégie commerciale (par ex. les plans d'expansion ou les activités dans certaines régions de la Suisse) ne font pas l'objet de l'expertise, qui ne contient pas d'informations à ce sujet.
    - L'organisation interne de l'entreprise et la procédure sur le plan opérationnel (par ex. l'organisation hiérarchique, l'organisation de l'intervention des collaborateurs, les mesures de coordination des livraisons de la marchandise, etc.) ne font pas l'objet de l'expertise, qui ne contient pas d'informations à ce sujet.

- Les relations contractuelles entre la personne entendue et ses collaborateurs ne font pas l'objet de l'expertise, qui ne contient pas d'informations à ce sujet.

  En résumé, il faut retenir que l'expertise ne contient pas de présentation complète du modèle d'affaires de la personne entendue. Des aspects importants comme le plan d'affaires ou les relations contractuelles avec les collaborateurs de l'entreprise ne sont pas thématisés dans l'expertise. L'organisation de l'entreprise et la procédure opérationnelle n'y sont pas décrites. L'expertise ne s'intéresse donc qu'à un aspect partiel de ce que l'on entend par modèle d'affaires, à savoir la forme contractuelle des relations entre les partenaires commerciaux. De ce fait, contrairement à ce que craint la personne entendue, l'expertise ne contient pas suffisamment de données pour que ses concurrents y trouvent quasiment une solution clés en main leur permettant de copier le modèle d'affaires de la personne entendue.

  Comme l'a noté le PFPDT, l'aspect partiel du modèle d'affaires de la personne entendue thématisé dans l'expertise, soit la conception des relations contractuelles avec les partenaires commerciaux, est déjà largement connu. La partie du modèle d'affaires de la personne entendue qui est présentée dans l'expertise et qui est déjà connue ne constitue pas un secret d'affaires. Toutefois, nous contrôlerons ci-après (ch. 55) si les passages que la personne entendue demande de caviarder contiennent des informations qu'il faudrait qualifier de secrets d'affaires.

55. La personne entendue demande dans la présente procédure les mêmes restrictions d'accès à l'expertise, c'est-à-dire les mêmes caviardages que ceux qu'elle a proposés par courrier du 16 mars 2023 dans le cadre de la procédure de médiation (cf. renvoi au courrier du 16 mars 2023 dans la prise de position du 16 octobre 2023). Il incombe au détenteur du secret d'exposer à l'autorité pourquoi il s'agit d'informations soumises au secret d'affaires. Dans ses courriers des 16 mars et 16 octobre 2023, la personne entendue motive de manière générale pourquoi les passages dont elle demande le caviardage sont des secrets d'affaires (cf. ch. 47 s.). Elle fournit en outre, dans son courrier du 16 mars, une justification à chaque caviardage demandé. L'autorité doit contrôler dans chaque cas concret si le secret d'affaires allégué par le détenteur du secret est réel :

a. La personne entendue demande que des caviardages soient apportés, aux pages 1 à 3 de l'expertise, dans la liste des documents qui ont été remis à l'expert pour qu'il établisse son rapport. Pour justifier sa demande, la personne entendue explique que ce passage détaille la liste des pièces produites dans la procédure d'établissement de l'expertise et qu'il donne des indications sur l'organisation du modèle d'affaires de X, ce par déduction de leurs intitulés. Selon la personne entendue, l'organisation contractuelle de l'entreprise et les résultats de la procédure administrative relèvent des données personnelles de X (art. 7, al. 2, LTrans). Il n'y aurait pas d'intérêt public prépondérant à leur accès, dans la mesure où cette liste ne serait pas nécessaire pour évaluer l'activité judiciaire de la PostCom, l'application uniforme de la LPO et la justesse de la décision de la PostCom.

   Il s'agit d'une liste qui désigne les documents mis à la disposition de l'expert pour qu'il établisse son rapport. La désignation des documents ne permet pas d'inférer l'activité commerciale spécifique ou le modèle d'affaires de l'entreprise. Même lorsque la désignation de certains documents indique des processus commerciaux concrets, la formulation reste générale et, sur le fond, il s'agit d'affaires courantes typiques de toute entreprise. Comme les demandes de caviardage des pages 1 à 3 ne correspondent pas à des secrets d'affaires de la personne entendue, il n'est pas possible de restreindre l'accès à cette partie de l'expertise en se fondant sur l'art. 7, al. 1, let. g, LTrans. L'organisation de base de l'entreprise, les clarifications menées pour examiner si l'entreprise était soumise à l'obligation d'annoncer et leur résultat font l'objet de la décision 18/2022 de la PostCom publiée le 6 octobre 2022 (cf. ch. 51). Limiter l'accès à des informations déjà publiées n'entre pas en question. Au demeurant, les demandes d'accès selon la LTrans ne se limitent pas à l'intérêt de rendre compréhensible l'action de l'administration (art. 6, al. 1, LTrans ; cf. Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, 3e édition, 2014; Urs Steimen, art. 6, N 11).

b. À la page 4, ch. 1, de l'expertise, la personne entendue demande que soient caviardées la citation littérale du préambule de divers contrats de l'entreprise ainsi que les références aux documents cités aux pages 1 à 3 de l'expertise où le préambule apparaît. Pour motiver sa demande, la personne entendue indique qu'il s'agit d'une citation textuelle de ses contrats et que ceux-ci sont confidentiels. Elle ne motive pas sa demande de caviardage des références aux pièces du dossier correspondantes.

   Le fait de signaler la confidentialité des contrats renvoie à la volonté subjective de garder le secret et ne suffit pas en soi à justifier le secret d'affaires. Sur la base d'une première évaluation, la PostCom voulait caviarder les citations littérales des contrats de l'entreprise. Le volume du texte cité est de deux lignes. Son contenu est de nature générale, comme il est usuel dans les préambules, et il ne permet aucune inférence quant à l'activité commerciale de l'entreprise

qui ne serait déjà connue de toute façon. Les concurrents ne peuvent obtenir aucun avantage de leur connaissance de ce préambule, même s'ils veulent élaborer eux-mêmes des contrats correspondants (cf. ch. 53). On peut donc exclure que la personne entendue puisse perdre des avantages concurrentiels ou subir des inconvénients concurrentiels parce que l'accès à ce passage de l'expertise aurait été accordé.

c. Aux pages 5 et 6, ch. 4, de l'expertise, la personne entendue demande que soient caviardés les passages intitulés « Livraison et transfert de propriété » et « Paiement du prix ». Par contre, la phrase introductive du ch. 4 ne fait pas l'objet d'une demande de caviardage.
Selon la personne entendue, les informations caviardées expliquent de manière circonstanciée le fonctionnement de la livraison et du paiement dans les contrats entre X et ses partenaires, citant même textuellement des passages des contrats. La personne entendue est d'avis que rendre public ce fonctionnement, qui ne figure pas dans les informations déjà publiées par la PostCom, résulterait en un impact négatif sur la compétitivité de l'entreprise.
Le paragraphe intitulé « Livraison et transfert de propriété » contient dans sa première phrase une indication relative à la préparation des repas par le restaurant. Il comprend en outre l'appréciation juridique de cette réglementation contractuelle et les renvois aux documents de la liste figurant aux pages 1 à 3, dans lesquels se trouve la réglementation contractuelle correspondante. D'une part, la réglementation contractuelle visée représente une opération qui peut être observée de l'extérieur. La condition d'une information relativement inconnue fait donc défaut. D'autre part, on ne voit pas quel avantage des concurrents pourraient retirer de cette information. La personne entendue ne s'est pas exprimée à ce sujet, elle s'est bornée à affirmer que la divulgation de cette information aurait un impact négatif sur sa compétitivité. Il n'est pas possible de reconnaître un intérêt objectif au maintien du secret.
Le paragraphe intitulé « Paiement du prix » contient une description de la méthode de calcul du prix. Mais cette description ne contient aucune donnée susceptible de permettre le calcul des prix convenus. Il faudrait des informations supplémentaires pour ce faire. Le reste du paragraphe contient l'appréciation juridique de ce modèle et des renvois aux documents d'où sont tirés les passages correspondants. Se fondant sur une première évaluation, la PostCom a voulu caviarder dans ce paragraphe trois informations liées au calcul de prix parce qu'il s'agit en l'occurrence d'un système développé par la personne entendue aux fins de calculer les prix. Mais il faut admettre que les concurrents ne peuvent pas tirer un avantage concurrentiel de ces informations, puisqu'il n'est pas possible de calculer sur cette base les prix effectivement convenus avec les vendeurs. En particulier, on ne voit pas comment ces informations devraient permettre aux concurrents de débaucher les partenaires de X et de les fidéliser par des clauses d'exclusivité. En inversant la formulation, on ne peut pas s'imaginer comment la divulgation de ces informations pourrait avoir sur l'entreprise un impact si désavantageux qu'il puisse même affecter son résultat commercial. On ne peut donc tout au plus envisager qu'une atteinte mineure, de sorte que ces informations sont dénuées d'un intérêt objectif à maintenir le secret.
Quant aux citations littérales des contrats de la personne entendue, il s'agit d'une brève partie de phrase de dix mots et d'une phrase contenant une réglementation contractuelle. Ces deux citations ne permettent pas de remonter à l'activité commerciale et ne sont manifestement pas propres à fournir un avantage aux concurrents qui voudraient formuler leurs propres contrats (cf. ch. 53). À cet égard également, il manque donc un intérêt objectif à maintenir le secret.

d. Aux pages 7 et 8, ch. 5, de l'expertise, la personne entendue demande le caviardage de la totalité du troisième point et le caviardage de l'information entre parenthèses concernant la durée des contrats. À titre de justification, elle indique que la PostCom n'a pas publié ces passages, qui analysent certaines particularités des contrats entre X et ses partenaires ou contiennent et expliquent des clauses spécifiques, de sorte que rendre publics ces passages résulterait en un impact négatif sur la compétitivité de X.
La première phrase du troisième point fournit une information sur l'obligation du vendeur. Il s'agit d'une réglementation qui n'est pas inhabituelle dans les contrats correspondants. Suivent des réflexions juridiques, en particulier concernant la délimitation des contrats de vente et des contrats d'entreprise. Ces réflexions étant de nature générale, on ne voit pas ce qu'il serait possible d'en inférer concernant l'activité commerciale de l'entreprise. Ces réflexions juridiques ne constituent donc pas une information commerciale. De même, en ce qui concerne l'information relative à la réglementation contractuelle mentionnée, on ne voit pas quel avantage concurrentiel serait enlevé à la personne entendue ou quel désavantage concurrentiel lui serait infligé par la divulgation d'une réglementation qui figure typiquement dans les contrats correspondants. Il n'est pas possible de déceler un intérêt objectif au maintien du secret.
La PostCom a voulu, sur la base d'une première évaluation, restreindre l'accès aux données concernant la durée du contrat (information entre parenthèses, ch. 5, quatrième point) en se référant à l'art. 7, al. 1, let. g, LTrans. Comme il s'agit d'un point de détail, il y a lieu d'adhérer à l'évaluation du PFPDT, selon qui la divulgation de ces données de la personne entendue ne

la priverait d'aucun avantage concurrentiel ni ne lui causerait aucun désavantage concurrentiel. La personne entendue ne s'est pas exprimée à ce sujet et elle n'a pas présenté en quoi consiste à ses yeux l'intérêt objectif d'un maintien du secret de la durée contractuelle. Il n'a donc pas été possible de démontrer un intérêt objectif à maintenir le secret.

e. À la page 9, ch. 7, de l'expertise, la personne entendue demande le caviardage des trois derniers points. Elle motive sa demande en alléguant que ces passages révèlent des clauses spécifiques des contrats entre X et ses partenaires ainsi que leur mécanisme, des informations que la PostCom n'a pas publiées et qui concernent l'organisation des rapports entre l'entreprise et ses partenaires, ainsi que l'organisation détaillée du modèle d'affaires de X. Selon la personne entendue, rendre publics ces passages résulterait en un impact négatif sur la compétitivité de X.
   Deux de ces trois points reproduisent une réglementation contractuelle en la résumant en une phrase (responsabilité du vendeur). L'un des points contient des réflexions juridiques en lien avec la durée du contrat, sans que cette durée ne soit mentionnée encore une fois. Pour le reste, ces passages de l'expertise contiennent des références aux documents de la liste des pages 1 à 3 de l'expertise et une brève appréciation juridique.
   Les trois points visés, qui présentent tous un lien avec les réflexions juridiques concernant la classification des contrats, sont de nature générale. Un résumé des garanties contractuelles a été fourni au ch. 14.3 de la décision 18/2022 rendue le 6 octobre 2022 par la PostCom.
   Il n'apparaît pas pourquoi la divulgation de ces trois points priverait la personne entendue d'avantages concurrentiels ou pourquoi elle lui causerait des désavantages concurrentiels. La personne entendue n'a pas indiqué en quoi la compétitivité de l'entreprise pourrait être affectée par la divulgation de ces informations. On ne voit donc pas en quoi pourrait consister l'intérêt objectif à maintenir ces informations secrètes.

f. À la page 10, ch. 11, de l'expertise, la personne entendue demande le caviardage du texte intitulé « Livraison et transfert de propriété » et « Paiement du prix ». Aux pages 10 et 11, sous ch. 12, elle demande en outre le caviardage de la totalité des premier et troisième points, ainsi que le caviardage des trois premières phrases du quatrième point. À la page 11, ch. 13, la personne entendue demande que soit caviardée une information relative à une réglementation non comprise dans les contrats. Pour justifier les caviardages demandés, la personne entendue explique que ces passages analysent en détail les éléments et les obligations (confidentiels) des contrats entre X et ses clients (livraison, paiement, etc.). Elle affirme que ces passages décrivent l'organisation détaillée du modèle d'affaires de l'entreprise et que rendre publics ces passages résulterait en un impact négatif sur la compétitivité de X.
   Ces explications intitulées « Livraison et transfert de propriété » et « Paiement du prix », au ch. 11, de même que celles figurant au ch. 12 de l'expertise se rapportent aux contrats entre l'entreprise et ses clients et non pas aux contrats de l'entreprise avec ses partenaires. La relation entre l'entreprise et ses clients est réglementée par les Conditions générales de vente modifiées. Publiées par la personne entendue, celles-ci concernent la relation contractuelle avec les personnes qui passent commande des repas (…). S'agissant des données qui se rapportent aux Conditions générales de vente modifiées, le caractère relativement inconnu autant que la volonté de maintenir le secret font donc défaut. Évidemment, les explications juridiques qui concernent ces réglementations ne sont pas des secrets d'affaires.
   Les explications de la page 11, ch. 13, de l'expertise contiennent une information sur une réglementation que ne contiennent pas les contrats entre l'entreprise et ses partenaires. Sur la base d'une première évaluation, la PostCom a elle aussi prévu de caviarder cette information, parce qu'elle aurait pu fournir aux concurrents une indication sur la conception des contrats. Cependant, en l'occurrence également, il faut donner raison au PFPDT lorsqu'il estime que cette information n'apporte pas un avantage concurrentiel aux concurrents et qu'elle n'entraîne pas, a fortiori, une distorsion de la concurrence. La personne entendue n'a pas exposé en quoi consiste, à ses yeux, l'intérêt objectif à maintenir le secret au sujet de cette information.

g. À la page 13 de l'expertise, la personne entendue demande le caviardage de la dernière phrase du ch. 18 et le caviardage de la totalité du ch. 19. À titre de justification, elle note que ces informations relèvent de l'organisation confidentielle des relations entre X et ses partenaires et que rendre publics ces passages résulterait en un impact négatif sur la compétitivité de l'entreprise.
   La dernière phrase du ch. 18 contient une référence à une réglementation contractuelle entre l'entreprise et ses partenaires contractuels qui ne semble effectivement pas aller de soi. Pourtant, la réglementation correspondante découle aussi de la mise en œuvre conséquente du modèle « achat par le partenaire contractuel / revente par la personne entendue ». Sous cet angle, il s'agit d'une évidence. C'est pourquoi la divulgation de ce passage de l'expertise n'entraîne aucun avantage notable pour les concurrents et manifestement aucune distorsion de la

concurrence. La personne entendue n'a pas expliqué en quoi consiste à ses yeux l'intérêt objectif à maintenir le secret au sujet de ces informations, elle s'est bornée à des indications générales.

À la page 13, la personne entendue demande que la totalité du ch. 19 soit caviardée. En l'occurrence, la PostCom prévoyait de caviarder une phrase citée littéralement de la réglementation contractuelle. Cette phrase compte à peine deux lignes. La connaissance d'une seule phrase d'un contrat ne procure pas aux concurrents un avantage important, c'est-à-dire qu'elle ne leur permet pas de réduire sensiblement le travail de formulation de leurs propres contrats (cf. ch. 53). Le reste du passage visé se rapporte à la réglementation contractuelle citée littéralement et ne contient aucune information supplémentaire. La personne entendue n'a pas expliqué en quoi consiste à ses yeux l'intérêt objectif à maintenir le secret au sujet de cette information.

h. À la page 14 de l'expertise, la personne entendue demande le caviardage du dernier point du ch. 21. Pour justifier cette demande, elle allègue que ces données se rapportent à un partenariat commercial conclu par l'entreprise et qu'elles permettent d'identifier le partenaire mentionné.
Ce passage de l'expertise ne se réfère pas à une réglementation contractuelle, mais à une offre qui figure sur le site web de la personne entendue et à ses Conditions générales, qui sont publiées. Le caractère relativement inconnu de l'information fait donc défaut. La PostCom a tout d'abord voulu masquer le nom du partenaire au contrat et caviarder d'autres informations qui auraient conduit à l'identifier immédiatement. Depuis, la coopération entre ce partenaire contractuel et la personne entendue est devenue de notoriété publique. Il n'est pas licite de restreindre l'accès à des informations qui sont de toute façon connues du public (Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, 3e édition, 2014 ; Urs Steimen, art. 7, N 15).

i. Aux pages 14 et 15 de l'expertise, la personne entendue demande le caviardage de la totalité du ch. 23 (« Les Partenaires doivent ») à l'exception du deuxième point. À la page 15, elle demande en outre le caviardage du premier point du ch. 24. Elle justifie ces demandes en relevant que ces passages énumèrent une par une les obligations contenues dans les contrats confidentiels entre X et ses partenaires et qu'ils décrivent de manière détaillée le fonctionnement de la relation, ce qui relève du modèle d'affaires, de sorte que rendre publics ces passages résulterait en un impact négatif sur la compétitivité de l'entreprise. La personne entendue note en outre que les informations de l'expertise dont elle ne demande pas le caviardage suffisent à comprendre la décision de la PostCom.
Ces passages extraits du ch. 23 de l'expertise, qui restituent en les résumant les obligations des partenaires de la personne entendue, renvoient aux documents de la liste des pages 1 à 3 de l'expertise, c'est-à-dire aux contrats qui contiennent les réglementations correspondantes. Certes, grâce à cette liste, les concurrents pourraient établir une vue d'ensemble des points à régler s'ils souhaitent copier le modèle d'affaires de la personne entendue. Mais la même vue d'ensemble peut être élaborée à partir des contrats types ou des ouvrages de référence traitant du contrat de vente, de sorte que la divulgation de ces données ne pourrait tout au plus procurer aux concurrents que des avantages mineurs (cf. ch. 52). En particulier, comme les concurrents ne peuvent pas supposer que la liste contenue dans ce passage de l'expertise, avec les obligations des partenaires contractuels, soit complète, ils ne peuvent pas faire l'économie de leurs propres recherches. On ne distingue donc pas d'intérêt objectif à maintenir le secret s'agissant de ces informations et la personne entendue n'en a pas présenté. Au demeurant, la demande d'accès visé par la LTrans n'est pas liée à l'intérêt de contrôler l'activité d'une autorité telle que l'activité de régulation incombant à la PostCom.
À la page 15, ch. 24, la PostCom a d'abord voulu masquer un terme. Il s'agit de la reproduction résumée du contenu d'un contrat. Mais il s'agit d'une réglementation de détail et l'on ne voit pas en quoi consisterait l'intérêt objectif à maintenir le secret au sujet de cette information. La personne entendue ne s'est pas exprimée sur ce point et elle n'a pas expliqué en quoi consisterait à ses yeux l'intérêt objectif à maintenir le secret au sujet de cette information.

j. À la page 16 de l'expertise, la personne entendue demande le caviardage du dernier point du ch. 30 et le caviardage d'une partie de phrase au ch. 31. À titre de justification, elle invoque le fait que ces passages relèvent de l'organisation confidentielle entre X et ses partenaires et que rendre publics ces passages résulterait en un impact négatif sur la compétitivité de X.
Le dernier point du ch. 30 reproduit de manière très générale, en le résumant, le contenu d'un contrat et les renvois aux documents de la liste figurant aux pages 1 à 3 de l'expertise, c'est-à-dire aux contrats dans lesquels cette réglementation se trouve. Il s'agit d'une réglementation typique d'un contrat de vente dont l'intérêt objectif à être gardée secrète n'apparaît pas.
À la page 16, ch. 31, la demande de caviardage concerne une partie de phrase qui renvoie à une autre partie de l'expertise. Elle ne constitue donc pas une information commerciale. À la page 16, la personne entendue demande le caviardage partiel du titre V (Responsabilité). Il ne s'agit également pas d'une information commerciale.

k. Aux pages 16 et 17 de l'expertise, la personne entendue demande le caviardage de la première phrase du ch. 33. À la page 17, elle demande le caviardage des ch. 34, 35 et 37. Pour justifier sa demande, elle allègue que ces passages détaillent le contenu et le mécanisme de la responsabilité et de la garantie entre X et ses partenaires. Selon la personne entendue, ces informations font partie du secret d'affaires de X tant sous l'angle de l'organisation des rapports avec les fournisseurs que du modèle d'affaires.
Pour le ch. 34, sur la base de sa première évaluation, la PostCom a considéré qu'il serait approprié de caviarder dans divers contrats une phrase comportant une citation littérale de deux lignes (cf. ch. 53). Les ch. 33 à 37 contiennent un résumé des réglementations contractuelles visant la répartition des responsabilités entre l'entreprise et ses partenaires, ainsi que des considérations juridiques concernant leur classification. La décision 18/2022 de la PostCom du 6 octobre 2022, publiée, contient à son ch. 14.3 un résumé des règles de responsabilité. Le ch. 35 contient une considération juridique et un avis général concernant la pratique en matière de contrats de vente. La personne entendue n'a pas expliqué comment l'octroi de l'accès à ces parties de l'expertise pourrait la priver d'avantages concurrentiels ou lui causer des désavantages concurrentiels. Elle s'est bornée à des propos généraux. L'intérêt objectif à maintenir le secret pour ces informations n'est donc pas démontré, pour autant qu'elles ne soient pas déjà publiées de toute façon sous une forme résumée dans la décision de la PostCom.

l. Aux pages 18 et 19 de l'expertise, la personne entendue demande le caviardage des ch. 41 et 42 ainsi que d'une partie du ch. 45. Pour justifier les caviardages des ch. 41 et 42, elle invoque que ces passages relèvent du contenu des obligations d'un contrat s'inscrivant dans le modèle d'affaires de X et qu'ils révèlent des détails sur l'organisation et le calcul des prix de l'entreprise. Quant au caviardage d'une partie du ch. 45, la personne entendue justifie sa demande en écrivant que ce passage relève du contenu d'une clause contractuelle spécifique concernant les paiements aux partenaires de X.
Le chapitre VI est intitulé « Fixation des prix » (ch. 41 à 44) et le chapitre VII, « Risque de ducroire » (ch. 45 et 46). À l'instar des explications fournies aux pages 5 et 6 de l'expertise, ces passages contiennent des données d'où ressort la méthode de calcul des prix payés par l'entreprise à ses partenaires. En outre, le ch. 45 contient une indication du mode de décompte. La décision 18/2022 du 6 octobre 2022, publiée, arrête au ch. 14.4 que la personne entendue supporte le risque de ducroire. Sur la base d'une première évaluation, la PostCom a prévu le caviardage de la deuxième phrase du ch. 41 et le caviardage d'une partie de la première phrase du ch. 45. Cependant, ces passages de l'expertise ne contiennent que des données générales qui ne permettent aucunement d'inférer les prix convenus. La personne entendue n'a pas indiqué dans quelle mesure les concurrents pourraient tirer parti de ces données de l'expertise. Il faut donc suivre le PFPDT, selon qui il n'existe pas un intérêt objectif à maintenir ces informations secrètes (cf. ch. 55, let. c).

En résumé, il faut noter que les passages de l'expertise que la personne entendue demande de caviarder ne remplissent pas les conditions pour constituer des secrets d'affaires au sens de l'art. 7, al. 1, let. g, LTrans . La personne entendue n'est pas parvenue à fournir la preuve que ses demandes de caviardage de l'expertise portent sur des secrets d'affaires. Sur la base des vérifications effectuées, la PostCom n'a pas trouvé d'éléments permettant d'identifier un risque d'atteinte sérieuse et grave qui menacerait la personne entendue parce que l'accès à l'expertise aurait été accordé. Selon l'évaluation de la PostCom, l'octroi de l'accès à l'expertise n'entraînera pas de distorsion du marché et il n'aura pas pour conséquence de priver la personne entendue d'un avantage concurrentiel ou de lui infliger un désavantage concurrentiel qui constituerait pour elle un préjudice.

Atteinte à la libre formation de l'opinion et de la volonté (art. 7, al. 1, let. a, LTrans)

56. L'expertise est en lien avec une procédure administrative devant la PostCom terminée avec l'entrée en force de la décision (décision 18/2022 du 6 octobre 2022). Elle ne fait actuellement partie d'aucun dossier de procédures administratives ou judiciaires en cours. La personne entendue craint qu'une organisation, si elle y a accès, puisse présenter l'expertise comme preuve dans une autre procédure en cours. Selon l'art. 7, al. 1, let. a, LTrans, le droit d'accès à un document officiel est limité, différé ou refusé, lorsque cet accès est susceptible de porter notablement atteinte au processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité qui est soumise à cette loi, d'un autre organe législatif ou administratif ou d'une instance judiciaire. Il n'apparaît toutefois pas pourquoi la libre formation de l'opinion des autorités correspondantes pourrait être entravée par l'octroi d'un accès à l'expertise. En effet, cette expertise a été réalisée pour une procédure spécifique de la PostCom qui est maintenant terminée. L'expertise n'aurait pas la même pertinence pour des procédures en cours autres que celle pour laquelle elle a été réalisée. Dans d'autres procédures, elle aurait tout au plus une valeur informative, semblable à une publication scientifique, quant à la forme des contrats dans le cadre du modèle d'affaires de l'entreprise. Les autorités ou les instances judiciaires compétentes en d'autres procédures pourraient en apprécier librement

le contenu et décider dans les affaires qu'elles mènent sans limitations quelconques. Ainsi, la libre formation de l'opinion et de la volonté de ces autorités et instances n'est pas entravée par l'octroi de l'accès à l'expertise issue de la procédure de la PostCom maintenant terminée. Il n'existe donc pas d'exception au sens de l'art. 7, al. 1, let. a, LTrans.

Atteinte à la sphère privée de tiers (art. 7, al. 2, LTrans)

57. Aux pages 1 et 2 de l'expertise, la PostCom a proposé à la personne entendue et dans la procédure de médiation auprès du PFPDT de masquer le nom d'une personne tierce concernée (entreprise) dans cinq documents de la liste des documents mis à la disposition de l'expert pour qu'il puisse établir son rapport (GBF 3, 11, 12, 20 et 21). Dans trois de ces documents, il s'agit d'extraits de sites web de tiers. Pour deux documents, les extraits proviennent du site web de la personne entendue. Ces extraits contiennent des offres de restaurants. Les données présentes sur les sites web sont des informations accessibles au public. Mais la personne entendue dispose de nombreux partenaires commerciaux et des extraits provenant du site web n'ont été mis à disposition de l'expert que pour deux offres à titre d'exemples. C'est pourquoi la PostCom a considéré qu'il était dérangeant de mentionner nommément en particulier ces deux restaurants dans l'expertise. Les trois extraits de sites web de tiers n'ont également été mis à la disposition de l'expert qu'à titre d'exemples. La PostCom a considéré que, dans ces cas, l'anonymisation était sans autres possible et proportionnée parce que la connaissance des noms de tiers n'était pas nécessaire à la compréhension de l'expertise et qu'elle n'exerçait aucune influence sur les considérations juridiques de l'expert ou sur les résultats de l'expertise. De plus, le nom d'un partenaire contractuel de la personne entendue devait être caviardé dans d'autres passages de l'expertise (cf. ch. 55, let. h).
Mais le PFPDT a objecté que les noms des tiers sont déjà publiés sur le site web de la personne entendue, que l'un des demandeurs d'accès conteste l'anonymisation de ces données personnelles et qu'il faut prévoir que ce requérant demande également l'accès à ces données. Le PFPDT en a conclu qu'une pesée des intérêts est nécessaire (ch. 41 de la recommandation du 6 septembre 2023).
Comme l'explique le PFPDT, il y a lieu 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 jurisprudence indique selon le PFPDT que le besoin de protection des données personnelles est naturellement moins important pour les personnes morales que pour les personnes physiques. Il ajoute que ni la personne entendue 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 ces explications présentées au ch. 42 de la recommandation du PFPDT et compte tenu du fait que les partenaires commerciaux de la personne entendue 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. Selon le PFPDT, il n'appartient donc pas à l'entreprise consultée ou à l'autorité d'évaluer s'il existe ou non un intérêt public ou s'il est opportun d'accorder l'accès. Un accès peut uniquement être refusé, restreint ou différé si une exception prévue par la LTrans ou une loi spéciale est réalisée.
La personne entendue rétorque que l'avis du PFPDT contrevient à la loi. Selon elle, on ne peut renoncer à anonymiser des données personnelles et effectuer une pesée des intérêts que si des motifs techniques ou une surcharge de travail l'empêchent ou requièrent un effort démesuré. Elle ajoute que ni le demandeur d'accès ni le PFPDT n'allèguent un quelconque intérêt à connaître l'identité des partenaires de la personne entendue et que le nom des partenaires n'est jamais indiqué sur le site de l'entreprise dans le contexte d'une comparaison de la politique des prix.

58. L'argumentation de la personne entendue ne peut pas être suivie. Il faut ajouter aux explications fournies par le PFPDT aux ch. 40 à 42, et notamment à la pesée des intérêts tirée du ch. 42 de la recommandation du PFPDT datée du 6 septembre 2023, résumée ci-dessus, que l'expertise ne présente pas les partenaires de l'entreprise en relation avec leur politique de prix. Le fait que les entreprises explicitement nommées dans l'expertise sont des partenaires de la personne entendue ressort de son site web et le contexte de l'expertise ne conduit à aucune autre information. Les informations fournies ont donc de toute manière été publiées par la personne entendue. Les autres extraits tirés de divers sites web sont également déjà publics. Comme le PFPDT l'a noté dans sa recommandation du 6 septembre 2023, la PostCom ne peut pas refuser l'accès aux informations correspondantes après que le requérant a également demandé l'accès à ces données par sa prise de position du 30 mars 2023 dans le cadre de l'autre procédure. Conformément à l'art. 2 OTrans, le principe de l'égalité des droits d'accès pour toute personne s'applique. Il est donc sans importance que le demandeur d'accès n'ait pas formé une demande correspondante dans la procédure visée. En définitive, contrairement aux suppositions de la personne entendue, il n'est pas nécessaire de démontrer l'intérêt à accéder à un document (art. 6, al. 1, LTrans ; cf. Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, 3e édition, 2014 ; Urs Steimen, art. 6, N 11).

Résumé

59. Le principe de transparence ancré dans l'art. 6, al. 1, LTrans fonde une présomption légale réfragable en faveur du libre accès aux documents officiels (cf. ch. 43). L'autorité doit rendre le document officiel accessible, à moins qu'elle ne puisse prouver que l'une des conditions énumérées à l'art. 7, al. 1, LTrans est réalisée, qu'un cas particulier au sens de l'art. 8 LTrans se présente ou que la sphère privée ou des données personnelles doivent être protégées (art. 7, al. 2, en relation avec l'art. 9 LTrans). Le fardeau objectif de la preuve visant à réfuter le libre accès au document officiel incombe à l'autorité compétente ou à la tierce personne entendue. En principe, si une telle preuve n'est pas fournie, l'accès au document doit être accordé. La personne entendue n'est pas parvenue à prouver que l'accès à l'expertise doit être limité en vertu de l'art. 7, al. 1, let. a et g, ou de l'art. 9, LTrans. Les vérifications auxquelles la PostCom a procédé n'ont pas abouti à un autre résultat. Il faut donc suivre la recommandation du PFPDT du 6 septembre 2023 et accorder un accès complet à l'expertise.

Accès différé à l'expertise

60. L'accès complet à l'expertise est accordé au demandeur d'accès à l'entrée en vigueur de la présente décision ou à la clôture d'une éventuelle procédure de recours et conformément à son résultat. L'accès à l'expertise est différé jusqu'à droit connu (art. 12, al. 4, LTrans).

Coûts

61. Conformément à l'art. 17, al. 3, LTrans, l'obtention d'une décision au sens de l'art. 15 LTrans n'est pas soumise au paiement d'un émolument.

III. Sur la base de ces considérations et en vertu des art. 6, al. 1, 7, al. 1, let. g et 9 LTrans ainsi que de l'art. 27 LPO, la décision suivante est rendue :

1. L'accès à l'expertise est accordé sans restriction.
2. L'accès à l'expertise est différé jusqu'à droit connu (art. 12, al. 4, LTrans).
3. Aucun émolument n'est perçu.
4. La présente décision est notifiée à la personne entendue (demanderesse au sens de l'art. 15, al. 1, LTrans) et au demandeur d'accès. Une copie est adressée au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT).

Commission fédérale de la poste PostCom

Anne Seydoux-Christe	Michel Noguet
Présidente	Responsable du secrétariat technique

À notifier:
– X
– Y

Copie à :
- Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT), Feldeggweg 1, 3003 Berne

Indication des voies de recours

La présente décision peut être attaquée dans les 30 jours à compter de sa notification. Le recours doit être adressé au Tribunal administratif fédéral, case postale, 9023 Saint-Gall.
Féries : les délais ne courent pas à partir du 7e jour précédant Pâques jusqu'au 7e jour suivant Pâques compris ; du 15 juillet au 15 août compris ; du 18 décembre au 2 janvier compris.

Le recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire. La décision attaquée et les pièces invoquées comme moyens de preuve sont à joindre au recours lorsqu'elles se trouvent en mains du recourant.

Envoi : 27.12.2023