

EDOEB recommandation-du-9-novembre-2015-ofcom-rabais-da cheminement-dans-le-cadre-du-so-2015-11-09 vom 9. November 2015

EDÖB, 2015-11-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_recommandation-du-9-novembre-2015-ofcom-rabais-dacheminement-dans-le-cadre-du-so-2015-11-09

FR: EDOEB recommandation-du-9-novembre-2015-ofcom-rabais-dacheminement-dans-le-cadre-du-so-2015-11-09 du 9 novembre 2015

IT: EDOEB recommandation-du-9-novembre-2015-ofcom-rabais-dacheminement-dans-le-cadre-du-so-2015-11-09 del 9 novembre 2015

Erwägungen

E. 11

Les demandeurs ont été consultés conformément à l'art. 11 al. 1 LTrans. En qualité de tiers concernés, ils ont pris part à la procédure préliminaire de demande d'accès et ainsi, sont légitimés à déposer une demande en médiation (art. 13 al. 1 let. c LTrans). Celles-ci ont été remises selon la forme prescrite (forme écrite simple) et dans le délai légal (20 jours à compter de la réception de la prise de position de l'autorité) au Préposé (art. 13 al. 2 LTrans).

E. 12

La procédure de médiation peut se dérouler par écrit ou par oral (en présence de tous les intéressés ou de certains d'entre eux), sous l'égide du Préposé. C'est à lui qu'il incombe de fixer les modalités. 3 Si la médiation n'aboutit pas ou si aucune solution consensuelle n'est envisageable, le Préposé est tenu par l'art. 14 LTrans de formuler une recommandation fondée sur son appréciation du cas d'espèce.

E. 13

Les présentes demandes en médiation des différents éditeurs qui doivent être examinées se rapportent toutes à une même demande d'accès auprès de l'OFCOM et concernent ce faisant exactement les mêmes questions. Par conséquent, il se justifie de joindre les différentes procédures de médiation et d'adopter une recommandation commune. B. Considérants matériels

E. 14

Selon l'art. 12 al. 1 de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (Ordonnance sur la transparence, OTrans, RS 152.31), le Préposé examine la licéité et l'adéquation de l'appréciation de la demande d'accès par l'autorité. Il peut ainsi vérifier dans le cadre de la procédure de médiation si la demande d'accès a été traitée conformément à la loi par l'autorité. Ainsi, le Préposé vérifie notamment si l'autorité compétente dans le cadre d'une demande d'accès a correctement appliqué les dispositions relatives à la notion de document officiel (art. 5 LTrans) ainsi que la clause d'exception (art. 7 s. LTrans), ou les dispositions relatives à la protection des données personnelles (art. 9 LTrans). Par ailleurs, il peut examiner, pour tous les domaines dans lesquels la loi sur la transparence confère un certain pouvoir d'appréciation à l'autorité (p.ex. les modalités

d'accès à des documents officiels) si la solution retenue par l'autorité est adéquate et proportionnée au vu des circonstances du cas d'espèce. Le Préposé peut faire des propositions dans le cadre de la procédure de médiation (art. 12 al. 2 OTrans) ou le cas échéant émettre une recommandation (art. 14 LTrans).⁴

E. 15

Les demandeurs s'opposent en l'espèce à la divulgation des informations requises par le 3 Message relatif à la loi fédérale sur la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans) du 12 février 2003, FF 2003 1807 (cité : FF 2003), FF 2003 1865. 4 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Eds.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008 (cité: Handkommentar zum BGÖ), no 8 ad art. 13.

4/9

demandeur d'accès les concernant, respectivement leurs titres de presse, qui se rapportent au soutien indirect de la presse pour les années 2013 et 2014. Ce faisant, ils fondent leur demande en médiation respective sur les exceptions prévues à l'art. 7 al. 1 let. g LTrans (divulgation de secrets d'affaires), voire également à l'art. 7 al. 2 LTrans (atteinte à la sphère privée de tiers).

E. 16

Au regard de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans, les éditeurs allèguent en substance que les informations requises constitueraient per se des secrets d'affaires. Ceci en particulier du fait que les informations correspondantes permettent de tirer des conclusions quant à la position d'un titre déterminé sur le marché de la presse ainsi que les résultats et les marges d'un titre sur le marché publicitaire, ce qui pourrait avoir une influence sur les résultats économiques d'un éditeur et ainsi entraîner des désavantages concurrentiels.

E. 17

Dans sa prise de position du 16 avril 2015 à l'attention du Préposé, l'OFCOM a par contre soutenu que les informations requises se rapportaient certes directement aux éditeurs concernés et étaient encore inconnues du public et que s'agissant des informations requises, il y avait une volonté subjective de garder le secret de la part de certains éditeurs.⁵ Mais qu'en revanche, la publication des informations requises, à elle seule, n'occasionnerait pas une distorsion du marché et ne conduirait pas à ce que les éditeurs respectifs perdent un avantage concurrentiel. Ainsi, le critère de l'intérêt objectif au secret n'était en l'occurrence pas rempli, raison pour laquelle les informations à évaluer ne constituaient pas des secrets d'affaires. Même si les informations requises constituaient des secrets d'affaires et si une publication correspondante permettait de tirer des conclusions par rapport aux entreprises respectives, les conditions permettant de refuser l'accès selon la loi sur la transparence ne seraient selon l'OFCOM pas remplies ; il n'y avait en effet pas de risque sérieux que les éditeurs respectifs doivent, du fait de la publication des informations requises, subir un dommage substantiel.

E. 18

Selon l'art. 7 al. 1 let. g LTrans, l'accès aux documents officiels est limité, différé ou refusé lorsque l'octroi risquerait de révéler des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication. Il ne s'agit pourtant pas de toutes les informations d'affaires dont l'administration dispose, mais seulement des données essentielles, dont la prise de connaissance par la concurrence

entraînerait une distorsion du marché, respectivement qui conduirait à ce que les entreprises concernées soient privées d'un avantage concurrentiel. On considère en principe qu'il s'agit d'informations que l'entreprise souhaite, en qualité de détenteur du secret, ne pas révéler.⁶ Un secret d'affaires existe uniquement si l'état de fait remplit les quatre conditions cumulatives suivantes :⁷ (a) il doit exister un lien entre l'information et l'entreprise ; (b) le fait en question doit être relativement inconnu ; (c) le détenteur du secret souhaite ne pas le révéler (intérêt subjectif au maintien du secret) ; et (d) il existe un intérêt fondé au maintien du secret (intérêt objectif au maintien du secret).

E. 19

En l'espèce, les informations à apprécier concernent le soutien indirect à la presse et ont à l'évidence un lien avec les titres des éditeurs concernés ayant droit à des subsides. De plus, ces informations sont relativement inconnues, cela signifie que celles-ci ne sont ni notoire ni librement disponibles. En outre, la volonté des détenteurs de secret de ne pas révéler ces informations (intérêt subjectif au secret) ressort explicitement des demandes en médiation déposées par les éditeurs concernés, par lesquelles ces derniers s'opposent à la publication. Les trois premières conditions de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans sont ainsi selon le Préposé remplies.

5 S'agissant des différentes conditions de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans voir ci-après Ch. 18 s. 6 Cf. arrêt du TAF A-6291/2013 du 28 octobre 2014 consid. 7.4.3. 7 Pour plus de détails voir PFPDT - FAQ sur la mise en œuvre du principe de transparence, Mise en oeuvre du principe de transparence dans l'administration fédérale : questions fréquemment posées, 7 août 2013, Ch. 5.2.1. et les références citées.

5/9

En revanche, en ce qui concerne la quatrième et dernière condition de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans, à savoir l'existence d'un intérêt objectif au maintien du secret, le Préposé est d'avis que malgré les allégations correspondantes exprimées par les éditeurs concernés dans leur prise de position respective à l'attention de l'OFCOM dans le cadre de la consultation au sens de l'art. 11 LTrans (cf. ci-dessus Ch. 16), les demandeurs n'ont pas suffisamment démontré pour quelle raison et dans quelle mesure la publication des informations requises concernant le soutien indirect de la presse conduirait à une distorsion du marché. Ce faisant, le Préposé rappelle à cet égard qu'une atteinte de ce genre aux intérêts des éditeurs concernés doit avoir une certaine importance et qu'un risque sérieux doit exister pour qu'une telle atteinte intervienne. En d'autres termes, le risque d'atteinte redouté (en l'espèce le risque de distorsion du marché) doit être selon le cours ordinaire des choses hautement probable.⁸

E. 20

La simple indication selon laquelle les informations requises concernant le soutien indirect de la presse constitueraient per se des secrets d'affaires au sens de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans ne suffit pas à justifier un refus d'accorder l'accès. Le Préposé ne conteste sur le principe pas qu'il soit possible, sur la base des informations concernées, de tirer des conclusions sur la position d'un titre déterminé sur le marché de la presse ainsi que sur les résultats et les marges d'un titre sur le marché publicitaire. Cependant, il convient de prendre en considération que la simple possibilité de telles conclusions ne suffit pas en tant que telle pour également admettre une distorsion de la concurrence, à savoir d'importants désavantages concurrentiels, lesquels surviendraient selon toute vraisemblance. A cet égard,

le Préposé souligne que chaque éditeur est libre de solliciter ou pas des subsides de soutien indirect de la presse, pour les titres remplissant les conditions. En ce qui concerne la situation de concurrence, il convient en outre de tenir compte du fait que les éditeurs ayant droit à des subsides ne se trouvent précisément pas dans une relation classique de concurrence avec tous les intervenants de la branche ; ils obtiennent un avantage économique significatif par le biais de soutiens financiers de la Confédération, lesquels influencent à leur avantage leur compétitivité. De ce fait et de l'avis du Préposé, il y aurait une contradiction non négligeable si d'une part les éditeurs au bénéfice de subsides disposaient d'importants soutiens financiers, favorisant leur compétitivité, voire la rendant possible, et si d'autre part fondé sur le secret d'affaires, le montant des subsides n'était pas accessible, cachant d'éventuelles distorsions de concurrence dans l'hypothèse d'une publication de ces informations. Au vu de ce qui précède, le Préposé arrive à la conclusion que l'existence d'un intérêt objectif des éditeurs concernés au secret fait en l'espèce défaut.

E. 21

Par souci d'exhaustivité, le Préposé relève finalement que parmi les 146 titres de presse concernés, seuls 59 titres ont déposé une prise de position négative, respectivement déclinatoire lors de la consultation par l'OFCOM des personnes concernées. Les éditeurs de 52 titres ont en revanche consenti à la publication des informations requises et pour 35 titres aucune réaction n'a eu lieu (cf. ci-dessus Ch. 4). Comme l'OFCOM a maintenu son intention d'accorder l'accès, même après la consultation des personnes concernées, 11 éditeurs ont par conséquent alors adressé au Préposé des demandes en médiation concernant 34 titres (cf. Ch. 7). Ces chiffres mènent, selon le Préposé, à la conclusion qu'à l'évidence, la majeure partie des éditeurs concernés, en rapport à une grande partie des titres de presse concernés, sont eux-mêmes d'avis que les informations requises par le demandeur d'accès ne constituent pas des secrets d'affaires sensibles, dont la publication causerait selon toute vraisemblance pour les éditeurs concernés une distorsion de la concurrence. Le critère de l'intérêt objectif des éditeurs au secret doit être nié dans ce contexte également.

8 COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar zum BGÖ, no 4 ad art. 7 et les références citées ; arrêt du TAF

A-3621/2014 du 2 septembre 2015 consid. 5.2.4.

6/9

E. 22

En résumé, le Préposé arrive à la conclusion intermédiaire suivante : les informations requises par le demandeur d'accès concernant les quantités d'envois subventionnés de la presse régionale et locale ne constituent pas des secrets d'affaires des éditeurs concernés au sens de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans.

E. 23

S'agissant de l'art. 7 al. 2 LTrans, certains demandeurs allèguent que la protection de la sphère privée s'étend à l'évidence également aux personnes morales. En outre, les informations requises pourraient être utilisées d'une manière portant atteinte aux affaires, ce qui a déjà été le cas par le passé. Par ailleurs, il n'y aurait d'emblée pas d'intérêt public prépondérant à l'obtention des informations requises. Finalement, les données déjà librement disponibles dans le domaine du soutien indirect de la presse⁹ apporteraient suffisamment de transparence.

E. 24

L'OFCOM est en revanche d'avis qu'il résulte de la pesée des intérêts entre l'intérêt public à la divulgation des informations requises et les intérêts privés des éditeurs à la protection de leur sphère privée une prévalence de l'intérêt public. Les éditeurs ayant droit à des subsides sont dans une relation juridique avec une autorité soumise à la loi sur la transparence qui leur procure des avantages significatifs. Ces avantages reposent sur le fait que la Confédération accorde 30 millions par année aux éditeurs de la presse régionale et locale ayant droit à des subsides (état 1.1.2013 : 140 titres respectivement 1.1.2014 : 142 titres). Ainsi, les éditeurs bénéficient d'une remise par exemplaire sur le prix de distribution par la poste. Cette remise représente une aide financière importante, de sorte qu'il y a un intérêt public prépondérant à la divulgation au sens de l'art. 6 al. 2 let. c OTrans. Au surplus, selon l'OFCOM il existe toujours un intérêt de principe élevé à la transparence lorsque la Confédération favorise financièrement des entreprises. Dans ce cadre, l'OFCOM a mis en évidence que dans le contexte de la politique controversée de la Confédération relative aux médias, une transparence élevée peut contribuer favorablement au débat politique et démocratique. Afin que la discussion relative à l'effectivité du soutien des médias puisse intervenir en connaissance de cause, une meilleure compréhension des mécanismes de soutien indirect de la presse et de ses implications est précieuse selon l'OFCOM. C'est pourquoi il considère qu'il est justifié de rendre accessibles au demandeur d'accès les données requises concernant une période antérieure.

E. 25

Conformément à l'art. 7 al. 2 LTrans, l'accès à des documents officiels doit être limité, différé ou refusé si l'accès à un document officiel peut porter atteinte à la sphère privée de tiers. L'intérêt public à la transparence peut toutefois exceptionnellement avoir la prépondérance. Le risque d'atteinte à la sphère privée est en règle générale réalisé par la divulgation de données personnelles, attendu qu'une atteinte ne peut avoir lieu que dans la mesure où les personnes (physiques ou morales) concernées sont identifiées ou identifiables.¹⁰ Dans cette optique, l'art. 9 al. 1 LTrans prévoit que des documents officiels contenant des données personnelles doivent être si possible rendus anonymes avant qu'ils soient consultés. Une anonymisation n'est cependant pas possible en l'espèce car d'une part les noms des titres de presse ayant droit à des subsides sont déjà publiés et sont ainsi librement disponibles (cf. nbp 9) et d'autre part, le demandeur d'accès a explicitement requis la divulgation des titres ayant droit à des subsides et leur masse d'envois respective. Si une anonymisation n'est pas possible, l'accès

⁹ Le volume annuel total du soutien indirect de la presse concernant la presse régionale et locale est déjà public (CHF 30 Mo. selon l'art. 16 al. 7 let. a LPO), le nombre de titres de la presse régionale et locale qui profitent du soutien indirect de la presse (dès le 1er janvier 2015 143 titres, cf. communiqué de presse de l'OFCOM du 5 décembre 2014, disponible à l'adresse réticulaire suivante :

<http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00471/index.html?lang=fr&msg-id=55534>, dernière consultation le 7 octobre 2015) ainsi que la liste des titres de la presse régionale et locale ayant droit à des subsides (état au 5 décembre 2014, disponible à l'adresse réticulaire suivante :

<http://www.bakom.admin.ch/themen/04073/04075/index.html?lang=de>, dernière consultation le 7 octobre 2015). ¹⁰ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, art. 7, N. 66.

n'entre en ligne de compte qu'en application de l'art. 19 de la loi fédérale sur la protection des données (loi sur la protection des données, LPD ; RS 235.1) (art. 9 al. 2 LTrans).

E. 26

Aux termes de l'art. 19 al. 1bis LPD les organes fédéraux peuvent communiquer des données personnelles dans le cadre de l'information officielle du public, d'office (information active) ou en vertu de la loi sur la transparence (information passive), si les données concernées sont en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques (let. a) ou si la communication répond à un intérêt public prépondérant (let. b). Le rapport avec l'accomplissement de tâches publiques est en l'espèce incontestable et résulte déjà de la qualification des documents requis en tant que documents officiels au sens de la loi sur la transparence. Dans le cadre de la pesée des intérêts prévue par la lettre b de l'art. 19 al. 1bis LPD, il convient de se référer à l'art. 6 al. 2 OTrans, selon lequel l'intérêt public à la transparence prime notamment lorsque la personne dont la sphère privée pourrait être atteinte par le droit d'accès à un document officiel est liée à une autorité soumise à la loi sur la transparence par un rapport de fait ou de droit qui lui procure des avantages importants (let. c).

E. 27

L'OFCOM a effectué une pesée des intérêts selon l'art. 19 al. 1bis let. b LPD et est ce faisant arrivé à la conclusion que l'intérêt public à l'accès aux informations requises prime par rapport aux intérêts des éditeurs à la protection de leur sphère privée (cf. ci-dessus Ch. 24). Ceci d'autant que les moyens des remises de distribution accordées dans le cadre du soutien indirect de la presse constituent pour les éditeurs une aide financière importante au sens de l'art. 6 al. 2 let. c OTrans ; et qu'en cas d'aide financière de la Confédération à des entreprises déterminées, il existe un intérêt de principe plus élevé à la transparence. Le Préposé se rallie à ces considérations. En outre, s'agissant de l'intérêt privé à la protection de la sphère privée des éditeurs, il doute qu'en principe les quantités d'envois requises ainsi que les conclusions qui en seraient également déduites soient somme toute susceptibles de sérieusement porter atteinte à la sphère privée des éditeurs concernés. A son avis, aucun des éditeurs s'étant opposés à la divulgation des informations requises n'a concrètement rendu vraisemblable une telle atteinte, que ce soit lors de leur prise de position à l'OFCOM dans le cadre de la consultation, respectivement lors de leur demande en médiation auprès du Préposé. En revanche, l'intérêt public à l'octroi de l'accès aux informations requises doit effectivement être considéré comme important au regard de l'art. 6 al. 2 let. c OTrans, ceci en raison du rapport particulier entre la Confédération et les entreprises ayant droit à des subsides. Comme l'OFCOM l'a à juste titre indiqué, une importance particulière doit en règle générale être accordée à l'intérêt public en cas de subvention à des personnes, entreprises ou établissements déterminés. En définitive l'intérêt public prime en l'occurrence par rapport à l'intérêt privé des éditeurs à la protection de leur sphère privée.

E. 28

Par souci d'exhaustivité, le Préposé précise également en ce qui concerne les intérêts à la protection de la sphère privée, qu'à l'évidence une majorité claire des éditeurs concernés couvrant la nette majorité des titres de presse concernés ne part pas du principe qu'il y a une atteinte à la sphère privée. Il est à cet égard également évident pour le Préposé que le degré de vraisemblance d'une atteinte à la sphère privée est déjà évalué comme faible par la

majorité des éditeurs concernés.

E. 29

En résumé, le Préposé arrive à la conclusion intermédiaire suivante : les présentes informations devant être appréciées ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la sphère privée des éditeurs concernés. En outre, le degré de vraisemblance d'une telle atteinte doit être évalué comme faible. Finalement un intérêt public prépondérant à la publication des informations requises repose de toute façon sur le rapport particulier entre les titres de presse ayant droit à des subsides et les avantages financiers pour les éditeurs correspondants ; raison pour laquelle l'accès doit être accordé, comme prévu par l'OFCOM.

8/9

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

E. 30

L'Office fédéral de la communication maintient sa position d'accorder l'accès requis aux quantités d'envois relatives au soutien indirect de la presse quant à la presse régionale et locale pour les années 2013 et 2014.

E. 31

Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, les demandeurs peuvent requérir que l'Office fédéral de la communication rende une décision selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) s'ils ne sont pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).

E. 32

L'Office fédéral de la communication rend la décision dans les 20 jours à compter de la réception de la requête de décision (art. 15 al. 3 LTrans).

E. 33

La présente recommandation est publiée (art. 13 al. 3 OTrans). Afin de protéger les données relatives aux participants à la procédure de médiation, le nom des demandeurs ainsi que du demandeur d'accès sont anonymisés.

E. 34

La recommandation est notifiée à : - Recommandé (R) avec avis de réception X [demandeur d'accès]

- Recommandé (R) avec avis de réception Éditeur A
- Recommandé (R) avec avis de réception Éditeur B
- Recommandé (R) avec avis de réception Éditeur C
- Recommandé (R) avec avis de réception Éditeur D
- Recommandé (R) avec avis de réception Éditeur E
- Recommandé (R) avec avis de réception Éditeur F
- Recommandé (R) avec avis de réception Éditeur G
- Recommandé (R) avec avis de réception Éditeur H

9/9

- Recommandé (R) avec avis de réception Éditeur I
- Einschreiben mit Rückschein (R) Éditeur J
- Recommandé (R) avec avis de réception Éditeur K
- Recommandé (R) avec avis de réception Office fédéral de la communication (OFCOM)
Rue de l'Avenir 44 2501 Bienne

Hanspeter Thür

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.