



Berne, le 6 février 2017

Recommandation
selon l'art. 14 de la loi sur la transparence
concernant la procédure de médiation entre
X
(demanderesse)
et
l'Administration fédérale des douanes

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

1. Conformément à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans, RS 152.3), la demanderesse (association) a déposé, le 28 octobre 2016, une demande d'accès adressée à l'Administration fédérale des douanes (AFD). La demanderesse a indiqué à l'autorité qu'en janvier 2014, l'industrie suisse de la cigarette a procédé à une augmentation des prix du paquet du tabac et que, dans le cadre d'une étude sur les stratégies de « pricing » de cette industrie, elle souhaitait connaître le détail de ces augmentations de prix par fabricant, par marque et sous-marque de cigarettes, avec la date d'entrée en vigueur de chacune de ces augmentations.
2. Par courriel du 7 novembre 2016 adressé à la demanderesse, l'AFD a indiqué que pour des raisons de protection des données, elle ne pouvait pas lui donner de chiffres à ce sujet. Par courriel du même jour, la demanderesse a demandé à l'AFD d'être plus explicite quant à la notion de protection des données.
3. Par courriel du 30 novembre 2016 adressé à la demanderesse, l'AFD a apporté de plus amples explications quant à la manière dont est imposé le tabac en Suisse et quant aux raisons de son refus de transmettre les documents. Elle lui a notamment indiqué que « [s]elon l'art. 17 de la loi fédérale sur l'imposition du tabac (LTab ; 641.31), le taux d'impôt applicable aux sortes de cigares et cigarettes fabriqués en Suisse est fixé avant la production par la Direction générales des douanes (DGD) sur la base de rapports que doit présenter le fabricant conformément aux dispositions de l'ordonnance du 15 décembre 1969 réglant l'imposition du tabac (actuellement ordonnance sur l'imposition du tabac ; RS 641.311). Ainsi, les fabricants annoncent à la DGD des changements de prix pour un produit qui ne sera confectionné que plusieurs jours ou plusieurs mois après ce changement. Cet impôt est déterminé sur la base de la déclaration fiscale que le fabricant ou l'exploitant de l'entrepôt fiscal agréé doit présenter mensuellement à la DGD. Cette déclaration fiscale constitue la base pour la détermination de l'impôt dans



chaque cas d'espèce (art. 18 al. 1 et 2 LTab). » L'AFD a indiqué que dans le cas d'espèce, elle était a priori de l'avis qu'elle ne pouvait accéder favorablement à la requête d'accès car les documents en question relèvent du secret d'affaires des entreprises concernées (exception selon l'art. 7 al. 1 let. g LTrans). L'autorité a également mentionné à la demanderesse les 4 conditions cumulatives requises par la jurisprudence pour qualifier une information de secret d'affaires.

4. Par courriel du 7 décembre 2016, la demanderesse a souhaité clarifier et réitérer sa demande afin d'éviter tout risque de confusion. Elle a requis l'accès aux « prix publics des paquets de cigarettes par marque et sous-marque, tels que ceux-ci sont fixés par les industriels du tabac et tels qu'ils étaient publiquement affichés aux points de vente, avec les dates d'entrée en vigueur de ces prix ». En d'autres termes, la demanderesse a demandé à pouvoir accéder « aux informations sur les prix des paquets de cigarettes en 2014 et 2015 ».
5. En date du 15 décembre 2016, l'AFD a indiqué que pour les raisons déjà évoquées dans son courriel du 30 novembre 2016, elle ne pouvait accorder l'accès aux informations désirées.
6. Suite au refus répété de l'autorité, la demanderesse a déposé une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé) par courrier du 4 janvier 2017. Cette dernière a joint à sa demande en médiation une motivation exposant les raisons de sa demande d'accès. Elle a notamment indiqué que « la transparence des prix de cigarettes est d'autant plus importante et nécessaire que le marché de ce produit est détenu à près de 100% par trois grandes multinationales, qui forment un oligopole de fait. Dans une telle situation, le risque d'arrangement est énorme et la vigilance des autorités de surveillance doit être encore plus grande et l'exigence de transparence encore plus stricte ».
7. Par courriel du 5 janvier 2017, le Préposé a informé l'autorité du dépôt de la demande en médiation et lui a imparti un délai de 10 jours pour lui adresser les documents concernés ainsi que, si elle l'estime nécessaire, une prise de position complémentaire.
8. Le 16 janvier 2017, l'autorité a remis les documents concernés et une prise de position complémentaire au Préposé. Les documents remis sont les formulaires 50.44 et 50.45 de l'AFD que les fabricants et importateurs ont remis à l'autorité pour l'annonce des changements de prix par marque de cigarettes. Les documents portent sur les années 2014 et 2015. Dans sa prise de position complémentaire, l'autorité a indiqué qu'« au moment de l'annonce par ces formulaires [50.44 et 50.45], le fabricant ou l'importateur fixe à l'avance, soit avant la fabrication et la mise sur le marché suisse le prix de vente au détail de chaque produit. Le prix de vente au détail de chaque produit (annonce de tabac manufacturés par le fabricant ou par l'importateur) est déterminant pour le calcul de l'impôt (art. 17 et 18 de la loi fédérale sur l'imposition du tabac ; LTab ; RS 641.31). Le prix auquel chaque produit sera finalement vendu n'est ainsi pas du ressort de la section [impôts sur le tabac et sur la bière]. Les prix de vente au détail définitifs seront fixés, parfois mois après mois, par les fabricants. Il est ainsi fixé selon la stratégie de pricing et de marketing poursuivie par le fabricant ou l'importateur. Le prix de vente effectif payé par le consommateur n'est pas connu de l'AFD car les paquets de cigarettes peuvent être vendus moins cher que le prix de vente au détail annoncé sur les formulaires 50.44 et 50.45. »
9. Le 26 janvier 2017, une séance de médiation a eu lieu dans les locaux du Préposé, mais celle-ci n'a toutefois pas permis aux parties de trouver un accord. Lors de la séance, la demanderesse a toutefois précisé sa requête et a indiqué être intéressée par les annonces effectuées pour les années 2014-2015 à l'autorité par les membres de A.____.
10. Les allégations de la demanderesse et de l'AFD ainsi que les documents déposés sont pris en compte, dans la mesure où cela s'avère nécessaire, dans les considérants ci-après.



II. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence considère ce qui suit :

A. Considérants formels : Médiation et recommandation selon l'art. 14 LTrans

11. La demanderesse a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès de l'AFD et a reçu une réponse négative. Etant partie à la procédure préliminaire de demande d'accès, elle est légitimée à déposer une demande en médiation (art. 13 al. 1 let. a LTrans). Celle-ci a été remise selon la forme prescrite (forme écrite simple) et dans le délai légal (20 jours à compter de la réception de la prise de position de l'autorité) au Préposé (art. 13 al. 2 LTrans).
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.¹ Si la médiation n'aboutit pas ou si aucune solution consensuelle n'est envisageable, le Préposé est tenu par l'art. 14 LTrans de formuler une recommandation fondée sur son appréciation du cas d'espèce.

B. Considérants matériels

13. 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.
14. L'AFD fonde son refus d'accès sur la base de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans qui stipule que le droit d'accès peut être limité différé ou refusé lorsque ce dernier peut révéler des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication. Dans sa prise de position adressée à la demanderesse, l'autorité lui a indiqué qu'elle était d'avis que les documents relevaient du secret d'affaires des entreprises concernées. Elle lui a également indiqué quelles sont les 4 conditions requises par la jurisprudence pour pouvoir qualifier une information de secret d'affaires. Dans sa prise de position complémentaire adressée au Préposé, l'autorité a indiqué que « les informations concernant les prix sont des données qui relèvent de la stratégie de marketing des fabricants. En vertu de l'art. 7 alinéa 1 lettre g de la LTrans, ces informations ne doivent pas être transmises à des tiers ou à des concurrents ».
15. Selon la jurisprudence, la clause d'exception prévue à l'art. 7 al. 1 let. g LTrans ne concerne pas toutes les informations commerciales, mais uniquement les données essentielles dont la divulgation provoquerait une distorsion de la concurrence. Peut être qualifié de secret, tout fait qui n'est ni notoire ni généralement accessible au public et que le maître du secret, en raison d'un intérêt justifié ne veut pas divulguer. En d'autres termes, il est admis qu'un secret d'affaires existe uniquement si l'état de fait satisfait les quatre conditions cumulatives suivantes : (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).² Un renvoi au secret d'affaires ou des réflexions générales ne suffisent pas. Le maître du secret, respectivement l'autorité compétente doit indiquer, concrètement et en détail, dans quelle mesure une information est protégée par le secret d'affaires.³ De plus, pour que la clause d'exception prévue à l'art. 7 al. 1 let. g LTrans trouve application, il faut que l'éventuel préjudice

¹ Message relatif à la loi fédérale sur la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans) du 12 février 2003, FF 2003 1807 (cité : FF 2003), FF 2003 1865.

² Arrêt du TAF A-3649/2014 du 25 janvier 2016, consid. 8.2.2 et les références citées.

³ Arrêt du TF 1C_50/2015 du 2 décembre 2015, consid. 5.3 ; Arrêt du TAF A-3829 du 26 novembre 2015, consid. 5.1.



consécutif à la divulgation de l'information atteigne une certaine intensité et que le risque de sa survenance, selon le cours ordinaire des choses, soit hautement probable.⁴

16. Au stade de la procédure d'accès et de la procédure de médiation, l'autorité n'a pas suffisamment démontré l'existence de secrets d'affaires ni des risques pouvant découler de leur divulgation. En effet, dans ses prises de positions adressées à la demanderesse et au Préposé, l'AFD n'a pas évoqué l'existence d'un éventuel risque de distorsion de la concurrence pouvant découler de la transmission des documents. De plus, la simple indication à la demanderesse des conditions requises par la jurisprudence pour qu'une information soit protégée par le secret d'affaires ne remplit pas les exigences minimales de motivation de l'autorité.
17. Il ne ressort pas des documents que le Préposé a à sa disposition que les entreprises concernées ait été consultées à propos des secrets d'affaires. Conformément à la jurisprudence relative au droit d'être entendu (art. 29 Cst.) le Préposé recommande donc à l'autorité, par analogie à l'art. 11 LTrans, de consulter les entreprises concernées par les secrets d'affaires.⁵
18. *Conclusion intermédiaire : L'autorité n'a pas suffisamment démontré l'existence de secrets d'affaires selon l'art. 7 al. 1 let. g LTrans permettant de renverser la présomption légale d'accès figurant à l'art. 6 al. 1 LTrans. Le Préposé recommande toutefois à l'autorité de consulter les entreprises concernées par les secrets d'affaires.*
19. Au cours de la procédure d'accès et de la procédure de médiation, la question des données personnelles n'a pas été abordée par l'autorité. Le Préposé constate cependant que les documents requis contiennent des données personnelles au sens de l'art. 3 let. a de la loi fédérale sur la protection des données (LPD, RS 235.1). En principe, les documents officiels contenant des données personnelles doivent si possible être rendus anonymes (art. 9 al. 1 LTrans). S'ils ne peuvent pas l'être, la demande d'accès est examinée sur la base de l'art. 9 al. 2 LTrans en relation avec l'art. 19 LPD et l'art. 7 al. 2 LTrans. L'anonymisation est notamment impossible si la demande d'accès porte expressément sur une personne déterminée nommée dans la requête ou parce que le caviardage nécessiterait un travail disproportionné.⁶ Dans ce cas, l'accès peut être accordé s'il existe une base légale au sens de l'art. 19 al. 1 LPD ou si les conditions de l'art. 19 al. 1bis LPD sont remplies. Selon cette dernière disposition, les organes fédéraux peuvent communiquer des données personnelles en vertu de la loi sur la transparence si les données concernées sont en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques (let. a) et la communication répond à un intérêt public prépondérant (let.b). En raison de la définition légale donnée au document officiel (art. 5 LTrans), la première condition est remplie par la simple présence de tels documents, ce qui n'est pas discuté dans le cas d'espèce.⁷
20. La deuxième condition implique pour l'autorité de procéder à une pesée des intérêts entre l'intérêt public à la transparence et l'intérêt privé à la protection des données personnelles. Lors de cette pesée des intérêts, l'intérêt à la protection des données personnelles des tiers concernés doit être pris en considération. Si l'autorité arrive à la conclusion que l'intérêt public à la transparence est prépondérant et envisage en conséquence d'accorder l'accès aux documents, elle doit alors offrir aux tiers concernés la possibilité de faire valoir leurs intérêts. A cet effet, la loi sur la transparence prévoit à son art. 11 que l'autorité doit consulter les personnes concernées et leur donner la possibilité de se prononcer quant à l'accès aux documents. Ensuite, en tenant compte de la prise de position des tiers concernés, l'autorité doit

⁴ Arrêt du TAF A-3649/2014 du 25 janvier 2016, consid. 8.2.1 et les références citées.

⁵ FAQ du Préposé, point 5.2.1 et les références citées disponible sous <<https://www.edoeb.admin.ch/oeffentlichkeitsprinzip/00901/00911/index.html?lang=fr>>.

⁶ FF 2003 1858.

⁷ Arrêts du TAF A-6738/2014 du 23 septembre 2015, consid. 5.1.2 et A-6054/2013 du 18 mai 2015, consid. 4.2.2.



procéder à une pesée des intérêts définitive et rendre une décision quant à l'accès aux documents.⁸ Le Préposé rappelle cependant que toute divulgation de données personnelles ne conduit pas nécessairement à une atteinte à la sphère privée au sens de l'art. 7 al. 2 LTrans. Pour que cette dernière soit réalisée, l'atteinte à la personnalité doit atteindre une certaine intensité. Il en découle que des conséquences mineures ou désagréables ne suffisent pas à faire valoir un intérêt privé prépondérant.⁹

21. Dans le cas d'espèce, les documents ne sont pas anonymisables au sens de l'art. 9 al. 1 LTrans car la demanderesse souhaite également avoir accès aux données personnelles des membres de Swiss Cigarettes. L'accès doit donc être examiné au regard de l'art. 9 al. 2 LTrans en relation avec l'art. 19 al.1bis LPD et l'art. 7 al. 2 LTrans, ce qui implique que l'autorité doit procéder à une pesée des intérêts entre l'intérêt public à la transparence et l'intérêt privé à la protection des données personnelles des entreprises concernées. Dans la motivation accompagnant sa demande en médiation, la demanderesse a indiqué que la transparence sur les prix des cigarettes étaient d'autant plus importante dans un marché où le risque d'arrangement est énorme (cf. ch. 6 de la recommandation). Le Préposé estime que cette information est un indice parlant en faveur de l'intérêt public à la transparence s'opposant, le cas échéant, aux intérêts privés à la protection des données personnelles. Si après avoir effectué la pesée des intérêts l'autorité envisage d'accorder l'accès aux documents, elle doit au préalable offrir la possibilité aux entreprises concernées de se prononcer à ce propos (art. 11 LTrans).¹⁰ A la suite de l'examen de l'accès aux données personnelles et de l'éventuelle consultation des entreprises concernées, pour des raisons d'économie de procédure, l'AFD rend directement une décision.
22. *En résumé, le Préposé arrive à la conclusion que l'AFD, lors de la procédure de médiation, n'a pas suffisamment motivé l'applicabilité du motif d'exception invoqué (art. 7 al. 1 let. g LTrans). Le Préposé recommande toutefois à l'autorité de consulter les entreprises concernées quant aux secrets d'affaires.*
En ce qui concerne les données personnelles contenues dans les documents, le Préposé recommande à l'autorité d'en examiner l'accès au regard des dispositions légales et de la jurisprudence précitées. Si elle envisage de l'accorder, elle consulte les entreprises concernées au sens de l'art. 11 LTrans. A la suite de l'examen de l'accès aux données personnelles et de l'éventuelle consultation des entreprises concernées, pour des raisons d'économie de procédure, l'AFD rend directement une décision.

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

23. En raison d'une motivation insuffisante pour l'application de l'art 7 al. 1 let. g LTrans par l'Administration fédérale des douanes lors de la procédure de médiation, l'accès aux documents ne peut être refusé sur la base cette disposition. L'autorité consulte toutefois les entreprises concernées à propos des secrets d'affaires.
Concernant les données personnelles contenues dans les documents, l'autorité examine si, et le cas échéant, dans quelle mesure les dispositions légales et la jurisprudence concernant la protection des données personnelles s'opposent à un accès aux documents. A la suite de cet examen et de l'éventuelle consultation des entreprises concernées, l'AFD rend, pour des

⁸ Arrêt du TF 1C_137/2016 du 27 juin 2016, consid. 4.2.

⁹ Arrêt du TAF A-8073/2015 du 13 juillet 2016, consid. 6.1.3.

¹⁰ Arrêt du TF 1C_137/2016 du 27 juin 2016, consid. 4.6.



raisons d'économie de procédure, directement une décision.

24. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, la demanderesse peut requérir que l'Administration fédérale des douanes rende une décision selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) si elle n'est pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).
25. L'Administration fédérales des douanes, si elle n'est pas d'accord avec la présente recommandation du Préposé, rend une décision selon l'art. 5 PA (art. 15 al. 2 LTrans).
26. L'Administration fédérales des douanes rend la décision dans les 20 jours à compter de la réception de la recommandation ou de la requête de décision (art. 15 al. 3 LTrans).
27. La présente recommandation est publiée. Afin de protéger les données relatives aux participants à la procédure de médiation, les noms de la demanderesse et des tiers sont anonymisés (art. 13 al. 3 OTrans).
28. La recommandation est notifiée à :
 - **Recommandé (R) avec avis de réception**
X
[Demanderesse]

 - **Recommandé (R) avec avis de réception**
Administration fédérale des douanes
Monbijoustrasse 40
3003 Berne

Adrian Lobsiger