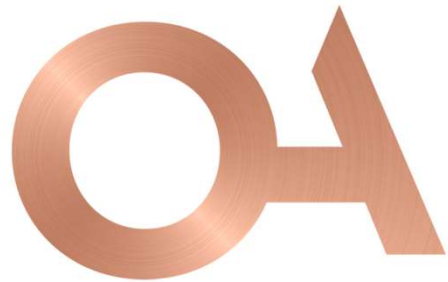




BERSON
ABELS



LIPAD et secrets d'affaires: un mariage impossible ou un mariage de raison ?

Philipp Fischer

Les rendez-vous de la protection des données et de la transparence: LIPAD et secrets

9 mai 2023

Plan

1. Secret d'affaires en droit suisse
2. Intégration du secret d'affaires dans la LIPAD
3. Intégration des secrets des affaires dans la LTrans
4. Illustrations

1. Secret d'affaires en droit suisse

- Disposition clé: article 162 CP qui protège le secret de fabrication et le secret d'affaires (ou "secret commercial").
- Selon le Tribunal fédéral, constitue un secret "*toute connaissance particulière qui n'est pas de notoriété publique, qui n'est pas facilement accessible, dont un fabricant ou un commerçant a un intérêt légitime à conserver l'exclusivité et qu'en fait il n'entend pas divulguer*" (ATF 103 IV 283, consid. 2b).
- Trois éléments constitutifs selon la jurisprudence:
 - i. Une exclusivité de fait
 - ii. La volonté de conserver le secret
 - iii. Un intérêt légitime au secret

2. Intégration du secret d'affaires dans la LIPAD (1/2)

- Article 26 (2) (i) LIPAD

¹ Les documents à la communication desquels un *intérêt public* ou *privé prépondérant* s'oppose sont *soustraits* au droit d'accès institué par la présente loi.

² Tel est le cas, *notamment*, lorsque l'accès aux documents est propre à:

[...]

i) révéler des informations couvertes par des *secrets* professionnels, *de fabrication ou d'affaires*, le secret fiscal, le secret bancaire ou le secret statistique;

(mise en évidence ajoutée)

+ article 7 (2) RIPAD:

"Sont notamment *soustraits* au droit d'accès les documents suivants: [...] b) tout document par ailleurs couvert par un *autre secret protégé par le droit fédéral, une loi ou un règlement*"

2. Intégration du secret d'affaires dans la LIPAD (2/2)

- **Article 27 LIPAD**

¹ Pour autant que cela ne requiert pas un travail disproportionné, *un accès partiel* doit être préféré à un simple refus d'accès à un document dans la mesure où seules certaines données ou parties du document considéré doivent être soustraites à communication en vertu de l'article 26.

² Les mentions à soustraire au droit d'accès doivent être *caviardées de façon à ce qu'elles ne puissent être reconstituées* et que le contenu informationnel du document ne s'en trouve pas déformé au point d'induire en erreur sur le sens ou la portée du document.

Exemple de caviardage: Recommandation du 10 août 2020 portant sur une demande d'accès aux documents relatifs aux tonnages livrés à l'usine des Cheneviers (Bulletin d'information du Préposé cantonal n° 60)

³ Lorsque l'obstacle à la communication d'un document a un caractère temporaire, l'accès au document doit être différé jusqu'au terme susceptible d'être précisé plutôt que simplement refusé.

⁴ La décision de donner un accès total, partiel ou différé à un document peut être assortie de charges lorsque cela permet de sauvegarder suffisamment les intérêts que l'article 26 commande de protéger.

Exemple: Engagement de confidentialité imposé à la personne qui demande l'accès

(mise en évidence ajoutée)

3. Intégration du secret d'affaires dans la LTrans (1/2)

- La loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (la "LTrans") poursuit un objectif similaire à la LIPAD → promotion de la transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité de l'administration.
- La LTrans et la LIPAD doivent s'interpréter de manière harmonisée.
- Exception au principe de transparence: article 7 (1) (g) LTrans:

¹ Le droit d'accès est limité, différé ou refusé, lorsque l'accès à un document officiel:
[...]
g. peut révéler des *secrets* professionnels, *d'affaires* ou de fabrication; [...]
(mise en évidence ajoutée)

- La notion de secret doit être comprise dans un sens large puisqu'il s'agit de toute information qu'une entreprise est légitimée à vouloir conserver secrète, soit plus concrètement les données susceptibles d'influer sur la marche de ses affaires ou d'entraîner une distorsion de concurrence au cas où des entreprises concurrentes en prendraient connaissance (TF, arrêt 1C_59/2020 du 20 novembre 2020, consid. 4.1) → cf. *slide* suivante
- Faute d'un secret d'affaires protégé selon l'article 7 (1) (g) LTrans, l'article 7 (2) LTrans prévoit que le droit d'accès à un document officiel doit être limité si l'octroi d'un accès peut porter atteinte à la *sphère privée d'un tiers*, à moins qu'un intérêt public à la transparence ne soit exceptionnellement jugé prépondérant (*pesée des intérêts*).

3. Intégration du secret d'affaires dans la LTrans (2/2)

- Secret protégé selon l'article 7 (1) (g) LTrans dépend de la réalisation de quatre conditions cumulatives:
 - i. un lien entre l'information et l'entreprise;
 - ii. l'information doit être relativement inconnue, c'est-à-dire ni notoire ni facilement accessible;
 - iii. il doit exister un intérêt subjectif au maintien du secret; et
 - iv. cet intérêt doit être objectivement fondé.
 (Arrêt du TF, 1C_533/2018 du 26 juin 2019, consid. 2.6)

Article 162 CP (<i>cf. slide 3</i>)	Article 7 LTrans
1. [Lien entre l'information et l'entreprise] <i>Condition implicite à l'article 162 CP</i>	1. Lien entre l'information et l'entreprise
2. Exclusivité de fait	2. Information est relativement inconnue, c'est-à-dire ni notoire ni facilement accessible
3. Volonté de conserver le secret	3. Intérêt subjectif au maintien du secret
4. Intérêt légitime à conserver le secret	4. Intérêt objectivement fondé

4. Illustrations (1/7)

1. ATA/341/2015 du 14 avril 2015 (CACJ)

Faits

- Demande d'accès à une convention de résiliation des rapports de travail assortie d'une clause de confidentialité

Raisonnement juridique

- L'existence d'une clause de confidentialité met en exergue une volonté des parties de maintenir le contenu de celle-ci dans leur sphère privée et peut être prise en compte dans le cadre de l'article 26 (1) LIPAD.
- L'existence d'une clause de confidentialité n'exclut *cependant* pas la mise en œuvre du droit d'accès selon la LIPAD.
- Document ne touche pas à l'exécution d'une tâche publique par l'institution, dans le cadre de laquelle on pourrait admettre que les honoraires d'un mandataire externe, engagé dans l'exécution de la tâche, devraient être communiqués
- Protection de la sphère privée du travailleur prévaut sur l'intérêt public à la communication de données concernant le fonctionnement d'une collectivité ou d'une institution soumise à la LIPAD

Le secret prévaut.

4. Illustrations (2/7)

2. Recommandation du Préposé cantonal du 26 octobre 2015 (M. K. contre le Conseil d'Etat)

Faits

- M. K. adresse une demande d'accès au Conseil d'Etat relatif à un courrier que ce dernier avait reçu d'un avocat.
- Suite au refus de Conseil d'Etat de remettre ledit courrier, notamment au motif que celui-ci est couvert par le secret professionnel de l'avocat et la sphère privée, M. K. dépose une demande de médiation auprès du Préposé cantonal.

Raisonnement juridique

- En l'espèce, le Préposé relève que le document concerné n'avait pas trait à l'utilisation des ressources d'une institution chargée de l'accomplissement des tâches publiques.
- En outre, le requérant n'avait pas démontré un intérêt prépondérant à la remise des données de tiers.
- Par ailleurs, un caviardage – même partiel – rendrait le texte illisible ou sans intérêt.
- Le courrier visé a été adressé par un avocat agissant en cette qualité. Ce courrier est donc couvert par le secret professionnel, lequel n'a été levé ni par son titulaire, ni par l'autorité compétente.

Le secret prévaut.

- Le Préposé considère que les exceptions des articles 26 (2) (g) et (i) s'opposent à la remise du document.

4. Illustrations (3/7)

3. ATA/154/2016 du 23 février 2016 (CACJ)

Faits

- Une demande d'accès est déposée sur la base de la LIPAD auprès de l'Université de Genève afin d'obtenir l'accès aux documents qui indiquent combien l'Université payait à des maisons d'édition dans le domaine scientifique.
- L'accès est refusé par l'Université, malgré le fait que le Préposé cantonal à la protection des données avait émis un recommandation favorable à l'octroi d'un accès aux documents.
- La Chambre administrative de la Cour de Justice de Genève (CACJ) admet le recours.

Raisonnement juridique

- L'application des restrictions prévues à l'article 26 LIPAD implique une pesée concrète des intérêts en présence.
- L'existence d'une clause de confidentialité (dans le contrat entre l'Université de Genève et les maisons d'édition) met certes en exergue une volonté de maintenir le contenu d'un accord dans la sphère privée.
- Une clause de confidentialité ne conduit toutefois pas à exclure automatiquement le droit d'accès.

4. Illustrations (4/7)

3. ATA/154/2016 du 23 février 2016 (CACJ) (suite)

Clauses de confidentialité

- Clause figurant dans un contrat conclu en décembre 2013:

Le preneur de licence et ses auxiliaires [doivent] garder confidentielles et ne pas révéler à un tiers les termes financiers et commerciaux de l'accord.

- Clause figurant dans un contrat conclu en novembre 2014:



Les termes du contrat ne [doivent] pas être divulgués, hormis sur la base de dispositions légales applicables, une mesure de contrainte régulièrement ordonnée, une décision judiciaire ou dans toute autre situation dans laquelle des informations pouvaient être requises par les autorités

- Clause figurant dans un contrat conclu en 2010:



Le preneur de licence [s'engage] à prendre des mesures pour empêcher la divulgation des informations confidentielles du contrat, sauf dans les cas dans lesquels une révélation de son contenu était commandée par la loi.

4. Illustrations (5/7)

3. ATA/154/2016 du 23 février 2016 (CACJ) (suite)

- La CACJ précise à cet égard que:
 - "l'Université ne saurait se prévaloir des clauses de confidentialité figurant dans ces contrats, dès lors qu'elles ne sont pas absolues et réservent dans deux cas l'application de la loi, soit de dispositions légales imposant la communication de leur contenu, comme en matière de législation sur la transparence." (consid. 6).
 - "[e]n tout état de cause, de telles clauses ne sauraient faire échec à ce principe, sous peine de le vider de sa substance et de permettre aux parties à un contrat de choisir les informations qu'elles souhaitent divulguer, alors même que la LIPAD a pour but de renverser le principe du secret de l'administration pour faire primer celui de la transparence ; un tel mode de faire constituerait une fraude à la loi" (consid. 6).
- Par ailleurs, l'Université n'avait démontré ni la possible réalisation du dommage allégué, ni sa matérialité.

La transparence prévaut.

- L'intérêt du public à la transparence des institutions publiques du point de vue de leur gestion financière et à l'utilisation des ressources mises à leur disposition par le contribuable est particulièrement important et l'emporte sur celui, privé, de l'université et des maisons d'édition à ce que les informations en cause restent confidentielles.

4. Illustrations (6/7)

4. ATA/39/2022 du 18 janvier 2022 (CACJ)

Faits

- Des locataires ont sollicité sur la base de la LIPAD auprès de l'Office cantonal du logement et de la planification foncière (OCLPF) les documents nécessaires à l'établissement d'un calcul de rendement pour la contestation du loyer initial → notamment justificatifs des charges courantes des 3 exercices précédant la sortie de l'immeuble du contrôle de l'Etat.
- Le propriétaire de l'immeuble s'est opposée à la remise des documents.
- Question juridique: est-ce que les documents détenus par l'OCLPD sont couverts par un secret d'affaires?

Raisonnement juridique

- En l'espèce, étant donné que l'immeuble concerné était soumis à la LGL, ses locataires avaient librement accès aux documents litigieux servant à la fixation de leur loyer, en application de l'article 42 (8) LGL (consid. 10 c.)
- En conclusion, la sortie de l'immeuble du contrôle de l'Etat ne pouvait avoir pour conséquence que ces documents seraient depuis lors couverts par un secret (consid. 10 c.)

La transparence prévaut.

- Note: Le TF a rejeté la recours formé contre la décision de la CACJ (arrêt 1C_132/2022 du 20 mars 2023).

4. Illustrations (7/7)

5. Arrêt 1C_595/2021 du 19 mars 2022 (TF)

Faits

- Un collaborateur scientifique demande accès à l'Université à tous les documents en lien avec un projet de recherche et de développement auquel il a participé, en partenariat avec diverses sociétés.
- L'Université admet suivant la recommandation du Préposé cantonal un *accès partiel* aux documents, avec caviardage.
- La CACJ annule en partie la décision de l'Université en tant qu'elle refusait l'accès non caviardé à certaines informations.

Raisonnement juridique

- Le TF a estimé que le collaborateur devait être *considéré comme un concurrent*, ce qui justifiait la restriction d'accès prévue par l'article 26 (2) (j) LIPAD, lequel s'oppose au droit d'accès si celui-ci est propre à révéler des faits dont la communication donnerait à des tiers un *avantage indu, notamment en mettant un concurrent en possession d'informations auxquelles il n'aurait pas accès dans le cours ordinaire des choses*.
- Le secret d'affaires des partenaires privés justifiait également un tel caviardage.

Le secret prévaut.

Excursus: LIPAD et secret fiscal

6. Arrêt du TAF, A-741/2019 du 16 mars 2022

- Une association saisit l'Office fédérale de la douane et de la sécurité des frontières (OFDF) d'une demande fondée sur la LTrans, afin d'obtenir certaines statistiques complètes concernant l'importation d'or par les quatre plus grand importateurs.
- **Le secret prévaut: Le secret fiscal déduit de l'article 74 LTVA s'oppose à la demande de transparence dans le cas d'espèce (article 4 (a) LTrans).**

7. ATA/1358/2021 du 14 décembre 2021

- Une journaliste sollicite l'accès à toute décision sur amende à l'encontre d'un Conseiller d'Etat, cas échéant avec caviardage des données personnelles inutiles à la compréhension de l'affaire.
- **Le secret prévaut: En application du secret fiscal, la CACJ a jugé que le refus de communiquer les éventuelles sanctions pénales ne violait pas la liberté d'expression et d'information de la journaliste garanties par l'article 10 CEDH.**

Je vous remercie de votre attention.



Philipp Fischer
Associé, LL.M. (Harvard)
pfischer@obersonabels.com
+41 58 258 88 88