



Cour I
A-758/2024

Arrêt du 9 octobre 2024

Composition

Claudia Pasqualetto Péquignot (présidente du collège),
Maurizio Greppi, Jürg Marcel Tiefenthal, juges,
Jérôme Gurtner, greffier.

Parties

A. _____,
représentée par
Maîtres Thomas Hua et Christian Iovene,
gbf Avocats SA,
recourante,

contre

B. _____,
intimé,

Commission fédérale de la poste PostCom,
autorité inférieure.

Objet

Principe de la transparence ; décision du 7 décembre 2023.

Faits :**A.**

A._____ (ci-après : la société) est une société anonyme sise à *** et inscrite au registre du commerce du canton de Genève depuis le ***. Selon l'extrait du registre précité, la société a pour but toute opération commerciale en lien avec la vente et la livraison de produits, notamment de mets prêts à être consommés et la fourniture de tous bien et/ou services y relatifs à des sociétés du groupe ou à des tiers.

B.

B.a La Commission fédérale de la poste (PostCom) devait décider, dans le cadre d'une procédure administrative, si la société est soumise à l'obligation d'annoncer au sens de la loi fédérale sur la poste. Afin de clarifier la situation, elle avait mandaté le Professeur C._____ de l'Université de Genève pour qu'il établisse une expertise (ci-après : l'expertise). Cette dernière a été remise au Secrétariat technique de la PostCom (ci-après : le Secrétariat) le 20 mai 2022.

B.b Par décision n° 18/2022 du 6 octobre 2022, la PostCom a considéré que la société ne propose pas de services postaux soumis à l'obligation d'annoncer au sens de l'art. 4 al. 1 LPO. Cette décision, dans sa partie en faits (ch. 14.1 à 14.4), reproduit les conclusions de l'expertise et cette dernière est également discutée dans ses considérants en droit (ch. 23 à 24). Ladite décision a en outre été publiée sur le site Internet de la PostCom où elle est librement accessible. Les principales conclusions de l'expertise ont également été reprises dans un communiqué de presse du 3 novembre 2022 publié sur le site Internet de la PostCom. Le nom de la société est mentionné tant dans la décision que dans le communiqué de presse.

C.

Par courriel du 22 décembre 2022, B._____ (ci-après : le demandeur d'accès), (...), s'est adressé à la PostCom pour lui demander l'accès à l'expertise.

D.

Par courriel du même jour, le Secrétariat de la PostCom a informé la société, par l'intermédiaire de ses mandataires, qu'une demande d'accès à l'expertise avait été déposée.

Il a en outre transmis à la société une version de l'expertise caviardée par ses soins et lui a imparti un délai pour se prononcer sur le caviardage en question (cf. pièce n° 8 du dossier de la PostCom).

E.

Par courriel du 1^{er} janvier 2023, la société, par l'entremise de ses mandataires, a indiqué à la PostCom qu'elle s'opposait à la demande d'accès à l'expertise. Elle a invité la PostCom à lui notifier une prise de position motivée, si elle entendait maintenir sa position.

F.

Dans sa prise de position du 9 janvier 2023, la PostCom s'est prononcée en faveur de l'octroi d'un accès limité à l'expertise, selon sa proposition de caviardage des secrets d'affaires de la société du 22 décembre 2022 (cf. let. D *supra*).

G.

Le 20 janvier 2023, la société, par l'entremise de ses mandataires, a adressé au PFPDT une demande en médiation concernant la demande d'accès à l'expertise. Elle a indiqué contester la prise de position de la PostCom dont l'intention était de divulguer l'expertise dans une version caviardée.

H.

Le 25 janvier 2023, la PostCom a transmis au PFPDT une prise de position complémentaire. Elle a retenu en substance que l'accès à l'expertise, avec caviardage des secrets d'affaires, doit être octroyé en vertu du principe de proportionnalité et, en particulier, au vu des informations déjà rendues publiques dans la décision n° 18/2022 du 6 octobre 2022. Elle a joint à son envoi le dossier, ainsi qu'une table des matières.

I.

Le 3 mars 2023, à la suite de la séance de médiation du 2 mars 2023, le PFPDT a suspendu la procédure. Selon le contenu de l'accord, il a en particulier été convenu que la société transmet à la PostCom une proposition de caviardage ainsi que les justifications des caviardages (ch. 1), que la PostCom transmet la proposition de caviardage ainsi que les justifications des caviardages remises par la société au demandeur d'accès (ch. 2), et que la PostCom informe le PFPDT de la position du demandeur d'accès (ch. 3).

J.

Le 16 mars 2023, la société, par l'intermédiaire de ses mandataires, a remis à la PostCom une proposition de caviardage de l'expertise. Dans sa lettre d'accompagnement, elle a expliqué pourquoi elle considère que les caviardages qu'elle a effectués « sont propres à éviter la divulgation de

[ses] secrets d'affaires [...] », « ce qui aurait objectivement un impact négatif sur [s]a compétitivité [...] et rendrait publique une solution clés en mains [sic] pour [s]es concurrents actuels ou futurs ».

K.

K.a Le 17 mars 2023, la PostCom a fixé un délai au demandeur d'accès pour prendre position sur la proposition de caviardage effectuée par la société, ainsi que sur la proposition de la PostCom du 22 décembre 2022.

K.b Par courriel du 30 mars 2023, le demandeur d'accès a transmis ses observations à la PostCom. Il a souligné que les caviardages proposés par la société rendent le contenu de l'expertise difficilement compréhensible et qu'il n'est pas en mesure de vérifier si tous les passages caviardés contiennent effectivement des secrets d'affaires. Il a toutefois indiqué s'en remettre à l'appréciation de la PostCom et du PFPDT.

L.

La procédure de médiation n'ayant abouti à aucun accord, le PFPDT a établi une recommandation en date du 6 septembre 2023 à teneur de laquelle il a recommandé à la PostCom d'accorder l'accès complet au rapport d'expertise.

M.

Le 18 septembre 2023, la société, par l'intermédiaire de ses mandataires, a sollicité de la PostCom la prise d'une décision au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative.

N.

N.a Le 25 septembre 2023, le secrétariat technique de la PostCom a informé le demandeur d'accès et la société qu'il envisageait de proposer à la PostCom de suivre la recommandation du PFPDT du 6 septembre 2023. Il leur a en outre donné la possibilité de s'exprimer.

N.b Par courriel du 16 octobre 2023, le demandeur d'accès a indiqué en substance qu'il renonçait à prendre position.

N.c Le même jour, la société, par l'intermédiaire de ses mandataires, a pris position. Elle a en substance maintenu ses propositions de caviardage transmises le 16 mars 2023 et a expliqué pourquoi elle n'était pas d'accord avec la recommandation du PFPDT.

N.d Invité par la PostCom à s'exprimer sur la prise de position de la société, le demandeur d'accès a indiqué le 1^{er} novembre 2023 renoncer à prendre position.

O.

Par décision n° 29/2023 du 7 décembre 2023, la PostCom a notamment décidé de suivre la recommandation du PFPDT du 6 septembre 2023 et d'accorder l'accès à l'expertise sans restriction (ch. 1).

P.

Par acte du 1^{er} février 2024, la société (ci-après : la recourante), par l'entremise de ses mandataires, a interjeté un recours contre la décision de la PostCom (ci-après également : l'autorité inférieure) précitée auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal, la Cour de céans ou le TAF). Elle a notamment conclu, à titre préalable, à ce que le Tribunal ordonne la jonction de procédure avec le recours déposé par la société contre la décision n° 28/2023 rendue le 7 décembre 2023 par la PostCom (ch. 3) et à ce que la procédure soit conduite en français (ch. 4). A titre principal, elle a en particulier conclu, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision n° 29/2023 rendue le 7 décembre 2023 par la PostCom (ch. 6).

Q.

Le 15 avril 2024, la PostCom a déposé sa réponse au recours, en concluant à son rejet. Sur le fond, elle a notamment indiqué ne pas s'opposer à la jonction des procédures requise par la recourante. Elle a également formulé des observations concernant la langue de la procédure, ainsi que les frais de procédure et les éventuels dépens mis à la charge de l'autorité inférieure. Pour le surplus, elle a renvoyé à la recommandation du PFPDT du 6 septembre 2023 et aux arguments figurant dans la décision attaquée, qu'elle indique maintenir dans son intégralité.

L'intimé, pour sa part, a renoncé à formuler des conclusions.

R.

Les autres faits seront repris, pour autant que besoin, dans les considérants qui suivent.

Droit :

1.

La procédure de recours est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral n'en dispose pas autrement (cf. art. 37 LTAF, RS 173.32). Le Tribunal administratif fédéral examine d'office sa compétence (cf. art. 7 PA) et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, non pertinentes en l'espèce, le Tribunal administratif fédéral connaît, en vertu de l'art. 31 LTAF, des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. La PostCom est une autorité au sens de la lettre f de cette dernière disposition et l'acte attaqué, en ce qu'il crée des droits ou obligations, revêt les caractéristiques matérielles (cf. art. 5 al. 1 PA) et formelles (cf. art. 35 PA) d'une décision, si bien que le Tribunal administratif fédéral est compétent pour examiner le présent recours (cf. arrêt du TAF A-6192/2015 du 11 janvier 2017 consid. 1.1).

1.2 La recourante a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure. Elle est particulièrement atteinte et a un intérêt digne de protection à requérir son annulation ou sa modification (cf. art. 48 al. 1 PA). Elle a donc qualité pour recourir.

1.3 Présenté dans le délai (cf. art. 50 al. 1 PA) et les formes (cf. art. 52 al. 1 PA) prescrits par la loi, le recours s'avère ainsi recevable, si bien qu'il convient d'entrer en matière.

2.

2.1 La recourante a requis du Tribunal à l'appui de son recours, en tant que mesures d'instruction, qu'il soit procédé à la jonction de la présente cause à l'affaire A-756/2024 pendante devant le Tribunal de céans. Il est précisé que la cause précitée oppose la recourante à D. _____ et porte sur le même rapport d'expertise que celui qui est l'objet de la présente procédure.

La PostCom a indiqué dans sa réponse au recours du 15 avril 2024 ne pas s'opposer à la jonction des procédures.

2.2 D'après l'art. 24 de la loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (PCF, RS 273) en relation avec l'art. 4 PA, il y a lieu de réunir en une seule procédure des recours qui présentent une étroite unité dans le contenu de leur état de fait et dans lesquels se posent en outre les

mêmes questions de droit ou des questions de droit similaires (cf. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER/MARTIN KAYSER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 3^e éd., 2022, ch. 3.17). Une telle solution répond à un souci d'économie de procédure, correspond à l'intérêt de toutes les parties (cf. ATF 131 V 222 consid. 1 ; 128 V 124 consid. 1) et permet d'éviter que des décisions contradictoires ou incohérentes ne soient rendues (parmi d'autres, cf. arrêt du TAF A-847/2018 du 12 avril 2018 consid. 2.1).

2.3 En l'espèce, le Tribunal constate d'abord que la PostCom a rendu des décisions séparées dans la présente cause (décision n° 29/2023) et l'affaire A-756/2024 (décision n° 28/2023) et que ces décisions ont été attaquées séparément par la recourante. Il observe également que l'intimé, dans le cadre de la présente procédure, n'a pris aucune conclusion sur le fond, celui-ci s'en remettant à l'appréciation de la PostCom et du PFPDT, ce qui n'est pas le cas de l'intimée D._____, dans le cadre de la procédure A-756/2024. Celle-ci a en effet pris des conclusions sur le fond et a déposé une requête procédurale tendant à ce que la langue de la procédure soit l'allemand, ladite requête ayant été rejetée par décision incidente du 1^{er} mai 2024 du juge instructeur. Dans ces conditions, il est opportun de traiter les recours séparément, sans joindre les procédures.

2.4 Au vu de ce qui précède, la requête de la recourante sollicitant la jonction des procédures précitées est rejetée.

3.

3.1 En sa qualité d'autorité de recours, le Tribunal dispose d'une pleine cognition. Il revoit librement l'application du droit par l'autorité inférieure (cf. art. 49 PA), y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b) et l'opportunité de la décision attaquée (let. c), tous griefs que le recourant peut soulever à l'appui de son recours. Conformément à la maxime inquisitoire, le Tribunal vérifie d'office les faits constatés par l'autorité inférieure (cf. art. 12 PA), sous réserve du devoir de collaborer des parties (cf. art. 13 PA).

3.2 Le Tribunal applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (cf. art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise. Il se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2, 2012/23 consid. 4).

4.

Sur le fond, la recourante se plaint d'une violation des art. 7 al. 1 let. g (protection des secrets d'affaires) et 7 al. 2 de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans, RS 152.3).

4.1

4.1.1 La recourante soutient que l'analyse détaillée et relative à son activité et les modalités de son modèle d'affaires contenues dans le rapport d'expertise constituent un secret d'affaires dont ses concurrents peuvent tirer parti. Elle ajoute qu'elle est « la seule parmi les trois concurrentes visées par la PostCom [...] à opérer un modèle d'achat-vente (tel que décrit dans l'expertise) avec des livraisons des produits pour son propre compte menant à l'absence d'obligation d'annonce (art. 4 al. 1 LPO) » (recours, p. 12). Elle explique également que « la connaissance pour les concurrents des modalités d'un autre modèle d'affaires, qui est le fruit d'une longue étude et de nombreux ajustements au fil des ans et dont il est reconnu avec force de chose décidée qu'il est tant opérable (puisque utilisé par la Recourante) qu'exempt de reproches d'un point de vue juridique, représente un avantage concurrentiel certain en particulier sous forme d'économie de coûts juridiques et de rapidité dans l'exécution du changement de modèle d'affaires ». Elle souligne par ailleurs que s'il est vrai que certaines conclusions du rapport d'expertise ont été reprises dans la décision, lesdites conclusions ne disent rien de comment la recourante parvient à ce résultat. En revanche, selon elle, « permettre l'accès complet à l'expertise revient à décrire la méthode (jusqu'ici secrète) permettant de parvenir audit résultat tout en donnant l'assurance qu'il s'agit de la bonne ». Elle considère qu'il faut aussi prendre en compte l'avantage concurrentiel offert à ses concurrents de connaître avec certitude les clauses contractuelles qu'elle utilise avec ses partenaires, ce même sans reprendre son modèle d'affaires. Par ailleurs, à l'argument de la PostCom selon lequel l'expertise ne constitue pas une solution « clé en main », car elle ne décrit pas l'organisation de l'entreprise, les relations avec les collaborateurs, l'organisation des livraisons et la stratégie commerciale, la recourante répond que la PostCom perd de vue que la qualification de secret d'affaires protégé s'impose dès qu'une atteinte paraît non lointaine et d'une gravité non limitée à l'inconvénient. Selon elle, la protection des secrets d'affaires ne saurait se limiter aux cas extrêmes, où la totalité du fonctionnement de l'entreprise est mise en danger. En résumé, elle indique disposer d'un intérêt légitime à ce que les modalités de son modèle d'achat-vente soient protégées au titre du secret d'affaires. Elle estime qu'en cas de divulgation, ses concurrents pourraient aisément et rapidement copier ce fonctionnement et mieux négocier

avec ses partenaires, de sorte que celle-ci perdrait en compétitivité dans sa relation avec ses fournisseurs. Enfin, elle indique pour quelles raisons elle considère que certains passages de l'expertise doivent être caviardés selon sa proposition du 16 mars 2023 (recours, p. 16 à 19).

4.1.2 De son côté, l'autorité inférieure relève que les grandes lignes du modèle d'affaires de la recourante, notamment le fait qu'elle 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 n° 18/2022 du 6 octobre 2022, qui est publiée sur le site Internet de l'autorité inférieure. Cette dernière rappelle également que l'expertise a aussi été mentionnée dans le communiqué de presse publié le 3 novembre 2022. Elle souligne que les concurrents de la recourante qui souhaiteraient copier son modèle d'affaires 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 (décision, n° 52). Ainsi, selon l'autorité inférieure, le seul aperçu des principaux points à régler contractuellement « ne confère pas un avantage notable aux concurrents de la [recourante] ou, a contrario, un tel aperçu ne cause pas de désavantage à la [recourante] » (décision n° 52). Elle constate également que l'expertise ne s'intéresse 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. Selon l'autorité inférieure, 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 recourante] » (décision, n° 54). Enfin, elle a examiné si les passages dont la recourante demande le caviardage contiennent des informations qu'il faudrait qualifier de secrets d'affaires (décision, n° 55, let. a à l).

4.2

4.2.1 Selon l'art. 6 LTrans, toute personne a le droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités. Ce droit d'accès général concrétise le but fixé à l'art. 1 de la loi, qui est de renverser le principe du secret de l'activité du secteur public. Il s'agit en effet de rendre le processus décisionnel de l'administration plus transparent dans le but de renforcer le caractère démocratique des institutions publiques, de même que la confiance des citoyens dans les autorités, tout en améliorant le contrôle de l'administration (cf. ATF 133 II 209 consid. 2.3.1 ; arrêt du TF 1C_59/2020 du 20 novembre 2020 consid. 4.1 ; Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur la transparence du 12 février 2003, FF [Feuille fédérale] 2003 1807 ss, 1819, 1827).

La LTrans fonde une présomption en faveur du libre accès aux documents officiels (cf. ATF 142 II 340 consid. 2.2 et les réf. cit.). Dès lors, si l'autorité décide de limiter ou refuser l'accès à des documents officiels, elle supporte le fardeau de la preuve destiné à renverser la présomption du libre accès aux documents officiels, instituée par la LTrans. En d'autres termes, elle doit exposer pour quel motif et dans quelle mesure une exception légale est réalisée (cf. ATF 142 II 324 consid. 3.4).

4.2.2 Dans les cas spécifiés à l'art. 7 al. 1 LTrans, l'accès aux documents officiels est restreint, différé ou refusé. Selon la jurisprudence, il n'est certes pas nécessaire que la menace d'une atteinte aux intérêts publics ou privés respectifs découlant de l'octroi de l'accès se concrétise avec certitude, mais il ne faut pas non plus que la mise en danger soit simplement concevable ou (lointainement) possible ; elle doit en outre être sérieuse, raison pour laquelle une conséquence simplement mineure ou désagréable ne peut pas être considérée comme une atteinte (cf. ATF 144 II 77 consid. 3 ; 142 II 324 consid. 3.4 ; 142 II 340 consid. 2.2). Le législateur a procédé de manière anticipée à une pesée des intérêts en cause, dans la mesure où il énumère de manière exhaustive les différents cas où les intérêts publics ou privés apparaissent prépondérants (cf. ATF 144 II 77 consid. 3 et les réf. cit.).

Selon l'art. 7 al. 1 let. g LTrans, le droit d'accès est limité, différé ou refusé si l'accès à un document officiel peut révéler des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication. 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 (cf. ATF 142 II 340 consid. 3.2). L'existence d'un secret protégé dépend de la réalisation de quatre conditions cumulatives : (1) il doit y avoir un lien entre l'information et l'entreprise ; (2) l'information doit être relativement inconnue, c'est-à-dire ni notoire ni facilement accessible ; (3) il doit exister un intérêt subjectif au maintien du secret (volonté du détenteur de ne pas révéler l'information) et (4) cet intérêt doit être objectivement fondé (intérêt objectif ; cf. ATF 144 II 77 consid. 3) (cf. arrêts du TF 1C_59/2020 précité consid. 4.1 ; 1C_533/2018 du 26 juin 2019 consid. 2.6).

L'objet du secret d'affaires doit concerner des informations pertinentes sur le plan commercial. Il peut s'agir, en particulier, d'informations relatives aux sources d'achat et d'approvisionnement, à l'organisation de l'entreprise, au

calcul des prix, aux stratégies commerciales, aux business plans et aux listes des clients et des relations en découlant, et qui ont un caractère commercial ou d'exploitation. Le critère décisif est de déterminer si ces informations secrètes peuvent avoir un impact sur les résultats de l'entreprise ou, en d'autres termes, si elles ont un impact sur la compétitivité de l'entreprise (cf. ATF 142 II 340 consid. 3.2 ; 142 II 268 consid. 5.2.3 ss ; arrêt du TF 1C_665/2017 du 16 janvier 2019 consid. 3.3 ; PFPDT, recommandation du 23 décembre 2022 consid. 47).

Selon le PFPDT, il n'y a pas de secrets d'affaires lorsque les entreprises publient elles-mêmes leur chiffre d'affaires annuel ou leurs chiffres de production annuels sur leur site Internet (cf. PFPDT, recommandation du 2 février 2022 consid. 30) ou lorsque les prix sont de toute façon rendus publics dans le cadre d'un marché public (cf. PFPDT, recommandation du 9 décembre 2021 consid. 27).

L'autorité ou la personne concernée doit exposer en détail au PFPDT ou aux tribunaux quelles informations constituent précisément des secrets d'affaires ; une indication générale de l'existence de tels secrets n'est en tout cas pas suffisante (cf. ISABELLE HÄNER, in : Vasella/Blechta (édit.), Basler Kommentar Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 4^e éd., 2024 [ci-après : BSK BGÖ 2024], n° 39a ad art. 7 LTrans et les réf. cit.).

4.2.3 Selon l'art. 7 al. 2 LTrans, le droit d'accès est limité, différé ou refusé si l'accès à un document officiel peut porter atteinte à la sphère privée de tiers, à moins qu'un intérêt public à la transparence ne soit exceptionnellement jugé prépondérant. Tel est le cas en particulier, à teneur de l'art. 6 al. 2 de l'ordonnance du 24 mai 2006 sur le principe de la transparence dans l'administration (RS 152.31, OTrans), lorsque le droit d'accès à un document répond à un besoin particulier d'information de la part du public suite notamment à des événements importants (let. a) ; lorsque le droit d'accès sert à protéger des intérêts publics notamment l'ordre, la sécurité ou la santé publics (let. b) ; ou 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).

4.3

4.3.1 En l'espèce, le Tribunal relève au préalable qu'il convient de garder à l'esprit que les conclusions du rapport d'expertise, ce dernier faisant l'objet de la demande d'accès litigieuse, ont été reproduites *in extenso* dans la décision de la PostCom n° 18/2022 du 6 octobre 2022, puis résumées

dans son communiqué de presse du 3 novembre 2022, les deux documents étant accessibles sur le site Internet de l'autorité inférieure. Les conclusions du rapport d'expertise contenues dans la décision précitée sont les suivantes (décision n° 18/2022 du 6 octobre 2022, n° 14.1 à 14.4) :

« Les contrats entre [la recourante] et ses partenaires doivent être qualifiés de contrats de vente avec un aspect de vente à livraisons successives. Les contrats entre [la recourante] 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 [la recourante] et ses partenaires d'une part, et les contrats conclus entre [la recourante] 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 [la recourante].

Les contrats entre [la recourante] et ses partenaires et entre [la recourante] 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.

Les partenaires assument les garanties contractuelles du vendeur à l'égard de [la recourante]. [La recourante] assume les garanties contractuelles du vendeur à l'égard des clients. La mention dans certains contrats entre [la recourante] 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.

[La recourante] est libre de fixer les prix des produits vendus aux clients, ce qui confirme qu'[elle] 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 [la recourante]. »

Il ressort de ce qui précède que le modèle d'affaires de la recourante, dans ses grandes lignes, ne peut plus être considéré comme inconnu du public et, en tant que tel, comme un secret d'affaires. La condition selon laquelle l'information doit être relativement inconnue, c'est-à-dire ni notoire ni facilement accessible, n'est à cet égard pas remplie s'agissant du modèle d'affaires de la recourante (cf. consid. 4.2.2 *supra*). Par ailleurs, c'est à la lumière des informations précitées qu'il convient d'examiner si les informations contenues dans le rapport d'expertise sont relativement inconnues et si l'intérêt à la protection d'un secret d'affaires est objectivement fondé.

Avant de procéder à cet examen, le Tribunal de céans observe ce qui suit. Il ressort du dossier que l'autorité inférieure avait dans un premier temps décidé de procéder à un caviardage de certaines parties du rapport d'expertise, avant de changer d'avis dans sa décision, en indiquant suivre la position émise par le PFPDT dans sa recommandation du 6 septembre 2023, c'est-à-dire accorder à l'intimé un accès sans restriction au rapport d'expertise. Pour justifier cette position, l'autorité inférieure explique notamment que l'expertise ne se concentre que sur un aspect partiel du modèle d'affaires de la recourante, à savoir la forme contractuelle des relations entre les partenaires commerciaux. Elle en déduit ainsi que « 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 recourante] » (décision, n° 54).

Le Tribunal de céans considère que la position de l'autorité inférieure rappelée ci-dessus doit être nuancée. Comme on l'a vu plus haut, la jurisprudence requiert que la menace d'une atteinte aux intérêts privés de la recourante soit sérieuse (cf. consid. 4.2.2). Pour que la menace d'une telle atteinte soit sérieuse au sens de cette jurisprudence, il n'est pas exigé, contrairement à ce qu'estime l'autorité inférieure, que les données contenues dans le rapport d'expertise représentent quasiment une solution clés en main que les concurrents de la recourante n'auraient qu'à copier. Une solution clés en main qui n'aurait plus qu'à être reproduite par des concurrents représenterait de toute évidence un niveau d'atteinte concrétisé avec certitude. Or la jurisprudence n'exige pas un tel niveau d'atteinte. Une telle exigence irait en effet trop loin et viderait de sa substance l'exception prévue à l'art. 7 al. 1 let. g LTrans.

L'objet du secret d'affaires doit en substance concerner des informations pertinentes sur le plan commercial et la menace d'atteinte doit être sérieuse. C'est à l'aune de ces critères qu'il convient d'examiner si le rapport d'expertise contient des secrets d'affaires qui doivent être protégés, étant rappelé que la charge de la preuve de la mise en danger concrète, permettant de renverser la présomption du libre accès au document en question, incombe à la recourante (cf. consid. 4.2.2).

4.3.2 A l'appui de son recours, la recourante demande le caviardage de plusieurs pièces qui avaient été soumises à l'expert, en vue de réaliser l'expertise, et qui sont énumérées dans le rapport en question (p. 1 à 3). De son côté, l'autorité inférieure considère que le passage en question de l'expertise doit être accessible dans son intégralité.

En l'espèce, le Tribunal de céans ne partage pas le point de vue de l'autorité inférieure. Les références du rapport d'expertise à un site Internet de ventes en ligne ou à des noms de restaurants tombent sous le coup de l'exception prévue à l'art. 7 al. 1 let. g LTrans. Divulguer ces informations permettrait en effet à des tiers de déduire qu'il existe une relation contractuelle particulière entre la recourante et les restaurants ou les entreprises concernés. On ajoutera que ces éléments tombent également sous le coup de l'art. 7 al. 2 LTrans, dans la mesure où ils sont susceptibles de porter atteinte à la sphère privée de tiers, sans qu'un intérêt public à la transparence ne puisse en l'occurrence être jugé prépondérant.

D'une manière générale, le Tribunal de céans considère qu'il est justifié de caviarder les éléments du rapport d'expertise en question (p. 1 à 3) selon la proposition de caviardage de l'autorité inférieure du 22 décembre 2022 (cf. Faits, let. D *supra*), à l'exception du nom de l'action mentionné à la page 2, point 16, du rapport d'expertise (« Pièce GBF 14 »). Une telle information ne saurait en effet être considérée comme un secret d'affaires protégé. Par ailleurs, le Tribunal constate que la recourante, à l'appui de son recours, a proposé le caviardage de nombreux éléments figurant sur les pages en question, sans toutefois démontrer que ces passages représenteraient des secrets d'affaires protégés. La référence à l'intitulé de ces pièces n'est pas une information de nature commerciale ; elle est en outre trop générale pour pouvoir être considérée comme un secret d'affaires protégé. En effet, à la lecture des intitulés des pièces en question, il est impossible d'en déduire leur contenu. En résumé, il y a lieu de suivre le caviardage effectué par l'autorité inférieure dans sa proposition du 22 décembre 2022, sous réserve du nom de l'action mentionné plus haut. Bien fondé, le recours est partiellement admis sur ces points.

4.3.3 La recourante soutient que le préambule des contrats entre elle et ses partenaires (expertise, p. 4, ch. 1), qui correspond à un texte de deux lignes, accompagné de références à des pièces, doit être caviardé. Dans sa décision, l'autorité inférieure a accordé l'accès intégral au passage en question.

A l'appui de son recours, la recourante prétend, de manière générale, que le passage en question serait un secret d'affaires et que sa révélation lui causerait un impact négatif sur sa compétitivité, sans toutefois étayer son affirmation. De son côté, l'autorité inférieure soutient que le contenu en question est de nature générale et qu'il ne permet aucune inférence quant à l'activité commerciale de la recourante qui ne serait déjà connue. De plus, selon elle, on peut exclure que la recourante puisse perdre des avantages

concurrentiels ou subir des inconvénients concurrentiels parce que l'accès à ce passage de l'expertise aurait été accordé.

En l'occurrence, le Tribunal de céans est d'avis que l'argumentation de l'autorité inférieure est convaincante, contrairement à la position difficilement soutenable et insuffisamment motivée de la recourante. En effet, le passage dont la recourante demande le caviardage ne contient aucune information qui ne serait pas déjà rendue publique dans la décision de la PostCom n° 18/2022 du 6 octobre 2022. On relèvera en outre que le nom du partenaire de la recourante mentionné dans le passage en question est mis en évidence sur le site Internet de la recourante, de telle sorte qu'il est exclu de considérer qu'il pourrait s'agir d'un secret d'affaires protégé (cf. ^{***}, consulté le 5 septembre 2024). Au demeurant, le Tribunal tient à rappeler qu'il appartient à la recourante d'exposer en détail quelles informations constituent précisément des secrets d'affaires et qu'une indication générale de l'existence de tels secrets n'est en tout cas pas suffisante (cf. consid. 4.2.2 *supra*). Force est de constater à cet égard que les indications toutes générales de la recourante ne permettent pas d'en déduire que la divulgation du passage en question la mettrait en danger de façon concrète.

En résumé, il y a lieu de suivre la solution retenue par l'autorité inférieure dans la décision attaquée, à savoir que le passage en question doit être rendu accessible sans caviardage. Le recours est rejeté sur ce point.

4.3.4 Aux pages 5 et 6, chiffre 4, de l'expertise, l'autorité inférieure a décidé que les passages intitulés « Livraison et transfert de propriété » et « Paiement du prix » doivent être accessibles, alors que la recourante demande leur caviardage intégral.

Dans son recours, la recourante fait valoir que les informations en question « expliquent de manière circonstanciée le fonctionnement de la livraison et du paiement dans les contrats entre [elle] et ses partenaires, citant même textuellement des passages des contrats » (recours, p. 17). Selon elle, divulguer ce fonctionnement, qui ne figure pas dans les informations déjà publiées par l'autorité inférieure, aurait un impact négatif sur sa compétitivité. De son côté, concernant le passage intitulé « Livraison et transfert de propriété », l'autorité inférieure considère en substance que la condition d'une information relativement inconnue fait défaut et que l'on ne voit pas quel avantage des concurrents pourraient retirer de ces informations. S'agissant du passage intitulé « Paiement du prix », elle estime que les concurrents de la recourante 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 » (décision, p. 13). L'autorité inférieure y verrait tout au plus « une atteinte mineure ».

En l'espèce, en ce qui concerne le passage intitulé « Livraison et transfert de propriété », le Tribunal considère que le risque de préjudice invoqué par la recourante n'est ni démontré ni évident. En effet, la première phrase du passage en question peut être déduite des informations qui sont déjà mentionnées dans la décision n° 18/2022 du 6 octobre 2022 de la PostCom (cf. consid. 4.3.1 *supra*). Pour le reste, il s'agit d'une analyse juridique de la livraison et du transfert de propriété. Savoir si ces informations sont notoires ou facilement accessibles peut demeurer indécis, dans la mesure où la recourante ne dispose de toute manière d'aucun intérêt objectivement fondé à protéger ces informations de nature juridique. Si l'on peut certes concevoir que les concurrents de la recourante pourraient éventuellement s'épargner des recherches juridiques sur ce point précis, force est d'admettre que la révélation de ces informations ne représente pas une menace sérieuse pour la recourante, tout au plus une conséquence simplement mineure ou désagréable, qui ne peut pas être considérée comme une atteinte (cf. consid. 4.2.2 *supra*).

S'agissant du passage intitulé « Paiement du prix » (p. 5 à 6), qui comprend trois paragraphes distincts, le Tribunal retient qu'il s'agit d'informations portant sur un aspect important de l'activité de la recourante et plus sensible que les informations contenues dans la rubrique intitulée « Livraison et transfert de propriété ». En effet, les informations relatives au calcul des prix sont considérées comme des informations pertinentes sur le plan commercial (cf. consid. 4.2.2 *supra*).

Au paragraphe 1, il est justifié de caviarder la fin de la deuxième phrase de ce paragraphe, comme l'avait du reste fait l'autorité inférieure dans sa proposition de caviardage du 22 décembre 2022. De l'avis du Tribunal, la manière dont la recourante décide de calculer ses prix avec ses partenaires, même si elle n'est décrite que de manière théorique, peut être considérée comme un secret d'affaires protégé. Pour le surplus, les autres informations qui figurent au paragraphe 1 de ce passage sont essentiellement de nature juridique, de sorte qu'il n'est pas justifié de les caviarder, pour les mêmes motifs que ceux qui ont été évoqués plus haut en ce qui concerne le passage intitulé « Livraison et transfert de propriété ».

En ce qui concerne le paragraphe 2, le Tribunal de céans partage la position de l'autorité inférieure dans la décision attaquée. Les indications qui s'y trouvent concernant les relevés envoyés par la recourante à ses partenaires ne contiennent aucun secret d'affaires digne d'être protégé. Les autres informations contenues dans ce paragraphe n'ont pas non plus à être protégées et les indications toutes générales de la recourante ne permettent pas d'en déduire que la divulgation de ce passage la mettrait en danger de façon concrète.

Enfin, au paragraphe 3, la recourante n'a pas démontré que la clause qui y est mentionnée devrait être considérée comme un secret d'affaires protégé. Il s'agit d'une clause générale qui est liée au modèle d'affaires de la recourante. Force est d'admettre que sa révélation ne représente pas une menace sérieuse pour la recourante, tout au plus une conséquence simplement mineure ou désagréable (cf. consid. 4.2.2 *supra*).

Il s'ensuit que le recours doit être admis sur un seul point. Il convient de suivre la solution qui a été retenue par l'autorité inférieure dans sa décision, sous réserve du caviardage d'une phrase au passage intitulé « Paiement du prix », paragraphe 1, deuxième phrase, ce dernier point correspondant au caviardage effectué par l'autorité inférieure dans sa proposition du 22 décembre 2022. Il n'est en revanche pas justifié de caviarder l'intégralité des passages intitulés « Livraison et transfert de propriété » et « Paiement du prix », comme le préconise la recourante dans son recours.

4.3.5 Aux pages 7 et 8, chiffre 5, de l'expertise, l'autorité inférieure a décidé de donner accès à l'intégralité du troisième et du quatrième point, alors que la recourante demande le caviardage de la totalité du troisième point et le caviardage de l'information entre parenthèses concernant la durée des contrats à la première phrase du quatrième point.

Dans son recours, la recourante fait valoir que ces passages, n'ayant pas fait l'objet de publication par la PostCom, font partie de l'ensemble des modalités par lesquelles elle opère son modèle d'affaires et organise ses rapports avec ses fournisseurs. Selon elle, ces modalités « relèvent du secret d'affaires et rendre publics ces passages résulterait en un impact négatif sur [sa] compétitivité » (recours, p. 17). De son côté, l'autorité inférieure considère qu'il n'est pas possible de déceler dans ces passages un intérêt objectif au maintien du secret. La divulgation de ces données ne priverait la recourante d'aucun avantage concurrentiel ni ne lui causerait un désavantage concurrentiel.

En l'espèce, en ce qui concerne le troisième point, qui porte sur l'obligation de préparer les commandes, le Tribunal est d'avis que ce passage ne contient aucun secret d'affaires protégé. Il est en effet impossible de déceler dans ce passage un intérêt objectif au maintien du secret. Les deux premières phrases énoncent des clauses générales et classiques qu'on lit habituellement dans des contrats de ce type. Le reste du troisième point, dont la recourante demande également le caviardage intégral, contient des réflexions juridiques concernant notamment la délimitation des contrats de vente et des contrats d'entreprise. Il est évident que ces réflexions juridiques ne contiennent aucun secret d'affaires, étant encore rappelé que le modèle d'affaires de la recourante est déjà largement décrit dans la décision n° 18/2022 du 6 octobre 2022 de la PostCom (cf. consid. 4.3.1 *supra*). Pour ces motifs, la demande de la recourante de caviarder ce passage doit être rejetée et la décision attaquée confirmée sur ce point.

En ce qui concerne le quatrième point, qui porte sur la durée du contrat, le Tribunal considère qu'il est justifié, à la première phrase, de caviarder les informations figurant entre parenthèses, comme l'avait fait l'autorité inférieure dans sa proposition de caviardage du 22 décembre 2022. En effet, le Tribunal estime que des concurrents de la recourante pourraient bénéficier d'un avantage en connaissant la durée des contrats qu'elle propose à ces partenaires, raison pour laquelle il est justifié de caviarder ce passage, comme l'a demandé la recourante dans son recours. C'est à juste titre que cette dernière n'a pas demandé le caviardage des autres informations, essentiellement juridiques, qui figurent dans le reste du paragraphe en question. Bien fondé, le recours est par conséquent admis sur ce dernier point en ce sens qu'il convient de caviarder les informations précitées figurant entre parenthèses, au quatrième point, première phrase, comme l'avait fait l'autorité inférieure dans sa proposition de caviardage du 22 décembre 2022. Le recours est rejeté pour le surplus.

4.3.6 A la page 9, chiffre 7, de l'expertise, l'autorité inférieure a décidé de donner accès à l'intimé à l'intégralité des trois derniers points, alors que la recourante demande leur caviardage intégral.

Dans son recours, la recourante soutient que ces passages révèlent des clauses spécifiques entre elle et ses partenaires ainsi que leur mécanisme, qui n'ont pas été publiés par la PostCom. Selon elle, ces passages « font partie de l'ensemble des modalités par lequel [elle] opère son modèle d'affaires et organise ses rapports avec [ses] fournisseurs ». Elle ajoute que ces modalités relèvent du secret d'affaires et que rendre publics ces passages résulterait en un impact négatif sur sa compétitivité. De son côté,

l'autorité inférieure estime que ces trois points sont de nature générale. Elle indique qu'elle ne voit pas pourquoi leur divulgation priverait la recourante d'avantages concurrentiels ou pourquoi elle lui causerait des désavantages concurrentiels.

En l'occurrence, le Tribunal retient que les points 1 et 3, qui ont trait à la responsabilité du vendeur et qui doivent plutôt être considérés comme des clauses spécifiques, doivent être caviardés. Les mêmes arguments que ceux qui ont été évoqués plus haut à propos de la durée des contrats s'appliquent. Le Tribunal considère en effet que si ces clauses spécifiques étaient connues des concurrents de la recourante, ces derniers pourraient utiliser ces informations dans le cadre d'éventuelles négociations avec les partenaires de la recourante, pour leur proposer d'autres conditions, ce qui pourrait désavantager la recourante par rapport à ses concurrents, et conduire à une distorsion du marché. Le recours doit donc être admis sur ce point et les passages précités caviardés. En revanche, le point 2 qui contient avant tout des éléments juridiques, ne requiert aucune protection. Le recours est donc admis concernant 2 des 3 points mentionnés plus haut.

4.3.7 Aux pages 9 et 10, chiffre 11, de l'expertise, la recourante demande le caviardage des passages intitulés « Livraison et transfert de propriété » et « Paiement du prix ». Aux pages 10 et 11, chiffre 12, elle demande par ailleurs le caviardage de la totalité des premier et troisième points, ainsi que le caviardage des trois premières phrases du quatrième point. Enfin, à la page 11, chiffre 13, deuxième phrase, la recourante demande que soit caviardée une information relative à une réglementation non comprise dans les contrats. Dans sa décision attaquée, l'autorité inférieure a décidé de donner accès aux passages précités.

A l'appui de son recours, la recourante fait valoir que les pages 10 et 11, chiffres 11 et 12, analysent en détail les éléments et les obligations des contrats entre elle et ses clients (livraison, paiement, etc.) en relation avec le contrat confidentiel entre elle et ses partenaires. Selon la recourante, ils « décrivent encore l'organisation détaillée [de son] modèle d'affaires [...] » ; ils « font partie de l'ensemble des modalités par lequel [elle] opère son modèle d'affaires et organise ses rapports avec les fournisseurs ». Elle en conclut ainsi que ces modalités relèvent du secret d'affaires et rendre publics ces passages résulterait en un impact négatif sur sa compétitivité.

En l'espèce, le Tribunal considère que les passages intitulés « Livraison et transfert de propriété » et « Paiement du prix » ne contiennent aucun secret d'affaires protégé. Force est d'admettre que la recourante,

contrairement à ce qu'elle se borne à affirmer, à nouveau de manière très générale, sans étayer ses propos, ne subirait aucun inconvénient de la révélation des informations dont elle demande le caviardage. Il est par ailleurs exact, comme l'a relevé l'autorité inférieure, que les éléments visés ici par l'expertise concernent la relation entre la recourante et ses clients, et non pas la relation entre la recourante et ses partenaires, comme la recourante l'indique à tort dans son recours. Le Tribunal constate à cet égard que les questions du paiement et de la livraison sont détaillées dans les conditions générales de vente de la recourante, qui sont accessibles sur son site Internet (cf. ***, consulté le 8 septembre 2024), de sorte que les passages en question ne contiennent aucun secret. Les explications juridiques qui figurent dans ces passages ne constituent pas non plus un secret d'affaires protégé. Il n'est par conséquent pas justifié de caviarder ces informations.

Par ailleurs, en ce qui concerne les points 1, 3 et 4 (les deux premières phrases), chiffre 12, pages 10 et 11, le Tribunal ne voit aucune raison de caviarder ces passages. Le point 1 consiste essentiellement en une analyse juridique qui n'est pas un secret d'affaires protégé et dont les explications très générales qui y figurent correspondent au modèle d'affaires de la recourante qui est largement décrit dans la décision n° 18/2022 du 6 octobre 2022 de la PostCom. Ensuite, la recourante demande le caviardage du point 3, alors que des informations identiques figurent au chiffre 4 de ses conditions générales de vente qui sont accessibles sur son site Internet (cf. ***, consulté le 8 septembre 2024). Ce passage ne requiert aucune protection. Il en va de même du point 4 s'agissant des deux premières phrases. En effet, ce passage correspond à l'art. 8 des conditions générales de vente de la recourante qui, comme déjà indiqué, sont accessibles sur son site Internet. Le Tribunal s'étonne que la recourante demande le caviardage de nombreuses informations qui sont librement accessibles sur son site Internet.

S'agissant enfin de la page 11, chiffre 13, le Tribunal constate que la recourante a demandé le caviardage de ce passage, sans toutefois expliquer dans son recours pourquoi elle considère qu'il contiendrait un secret d'affaires protégé. Dès lors que le fardeau de la preuve pour renverser la présomption du libre accès au document demandé incombe à la recourante (cf. consid. 4.2.2 *supra*), il convient de privilégier la solution retenue par l'autorité inférieure, à savoir qu'il n'existe aucun intérêt objectif à maintenir le secret au sujet de cette information.

Il découle de ce qui précède que les passages précités dont la recourante demandent le caviardage ne sont pas justifiés. Son recours est intégralement rejeté en tant qu'il porte sur les points précités.

4.3.8 A la page 13 de l'expertise, la recourante demande le caviardage de la dernière phrase du chiffre 18 et le caviardage de la totalité du chiffre 19. L'autorité inférieure considère que ces passages doivent être rendus accessibles.

Dans son recours, la recourante soutient que ces informations relèvent de l'organisation confidentielle de ses relations avec ses partenaires. Elles font partie de l'ensemble des modalités par lesquelles elle opère son modèle d'affaires et organise ses rapports avec ses fournisseurs. Selon elle, ces modalités relèvent du secret d'affaires et rendre publics ces passages résulterait en un impact négatif sur sa compétitivité. De son côté, l'autorité inférieure souligne que la dernière phrase du chiffre 18 contient une référence à une réglementation contractuelle entre la recourante et ses partenaires contractuels « qui ne semble effectivement pas aller de soi ». Elle estime cependant que la réglementation correspondante découle aussi de la mise en œuvre conséquente du modèle « achat par la partenaire contractuel / revente par la [recourante] ». Elle en conclut ainsi que la divulgation de ce passage de l'expertise n'entraîne aucun avantage notable pour les concurrents et manifestement aucune distorsion de la concurrence. En ce qui concerne le chiffre 19, l'autorité inférieure explique qu'elle prévoyait de caviarder une phrase citée littéralement de la réglementation contractuelle. Cependant, cette phrase compte à peine deux lignes. Elle estime ainsi que « 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 » (décision, p. 15).

En l'espèce, le Tribunal considère qu'il n'est pas justifié de caviarder la dernière phrase du chiffre 18. Il s'agit, certes, d'une réglementation spécifique laquelle découle du modèle juridique, mais le Tribunal de céans ne voit pas quels avantages les concurrents de la recourante pourraient tirer de cette information et la recourante ne l'explique pas. Il en va de même du chiffre 19, qui contient une clause qui détermine en substance qui garantit la conformité des produits. On relèvera à cet égard que les conclusions de l'expertise, qui ont été reproduites dans la décision n° 18/2022 du 6 octobre 2022 de la PostCom, apportent des informations précises concernant les garanties contractuelles. Force est de constater que ces dernières ne vont pas au-delà de ce qui est indiqué au chiffre 19. Dès lors que

ces informations sont connues du public, la recourante ne dispose d'aucun intérêt à vouloir les maintenir secrètes. Le reste du chiffre 19 contient une analyse juridique en lien avec la clause précitée qu'il n'est pas justifié de caviarder. Mal fondé, le recours est intégralement rejeté en tant qu'il porte sur les chiffres 18 et 19 précités.

4.3.9 A la page 14 de l'expertise, la recourante demande le caviardage du dernier point du chiffre 21, alors que l'autorité inférieure a décidé que ce passage devait être rendu accessible.

A l'appui de son recours, la recourante indique que les informations en question relèvent d'un partenariat commercial qu'elle a conclu et permettent d'identifier ledit partenaire. De son côté, l'autorité inférieure relève que ce passage de l'expertise ne se réfère pas à une réglementation contractuelle, mais à une offre qui figure sur le site Internet de la recourante et dans ses conditions générales de vente, qui sont consultables sur son site Internet.

En l'occurrence, il est vrai que le chiffre 10 des conditions générales précitées fait référence au programme ***. On y lit ce qui suit : « Le programme (...) n'est pas actif sur les plateformes [de la recourante]. Par actif on entend pas de collecte de points (...), pas d'offres (...), ou aucunes actions touchant de près ou de loin à (...) » (cf. ***, consulté le 10 septembre 2024). Au vu de ce qui précède, le Tribunal de céans considère qu'il est inutile de caviarder les deux premières phrases du dernier point du chiffre 21, dès lors que ces informations sont librement accessibles. En revanche, les deux dernières phrases du dernier point du chiffre 21 se réfèrent au contenu d'un document contractuel qui est inconnu du public. De l'avis du Tribunal, il existe un intérêt objectif à ce que cette information soit maintenue secrète. Au demeurant, le partenaire contractuel de la recourante visé par cette clause dispose également d'un intérêt (cf. art. 7 al. 2 LTrans) à ce que cette information ne soit pas révélée. En résumé, le recours doit être admis en tant qu'il porte sur les deux dernières phrases précitées de l'expertise qu'il est justifié de caviarder. Les deux premières phrases du dernier point du chiffre 21 doivent en revanche être rendues accessibles, dès lors qu'elles ne contiennent aucun secret d'affaires protégé.

4.3.10 Aux pages 14 et 15 de l'expertise, la recourante demande le caviardage de la totalité du chiffre 23 (« Les Partenaires doivent »), à l'exception du deuxième point. A la page 15, elle demande en outre le caviardage du premier point du chiffre 24. Dans sa décision attaquée, l'autorité inférieure a décidé d'accorder l'accès aux passages précités.

Dans son recours, la recourante fait valoir que « ces passages énumèrent une par une les obligations contenues dans les contrats confidentiels entre [elle] et ses partenaires et décrivent de manière détaillée le fonctionnement de la relation, ce qui relève du modèle d'affaires » (recours, p. 18). Ainsi, selon elle, ces modalités relèvent du secret d'affaires et rendre publics ces passages résulterait en un impact négatif sur sa compétitivité. De son côté, l'autorité inférieure relève que les passages extraits du chiffre 23 de l'expertise, qui restituent en les résumant les obligations des partenaires de la recourante, 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. Elle ajoute que grâce à cette liste, les concurrents de la recourante pourraient établir une vue d'ensemble des points à régler s'ils souhaitent copier son modèle d'affaires. L'autorité inférieure estime toutefois que la même vue d'ensemble pourrait 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 » (décision, p. 15). Elle souligne également que 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. L'autorité inférieure en conclut ainsi qu'elle ne distingue pas d'intérêt objectif à maintenir le secret s'agissant de ces informations et la recourante n'en a pas présenté. Enfin, en ce qui concerne le chiffre 24, elle indique qu'il s'agit d'une réglementation de détail et qu'elle ne voit pas en quoi consisterait l'intérêt objectif à maintenir le secret au sujet de cette information.

En l'espèce, en ce qui concerne le chiffre 23, le Tribunal de céans n'est pas convaincu par les demandes de caviardage de la recourante des points 1 et 3. En ce qui concerne le point 1, il s'agit d'une obligation classique que l'on rencontre sur la plupart des plateformes en ligne, de telle sorte que la recourante ne saurait prétendre disposer d'un intérêt objectif à maintenir une telle clause secrète. A tout le moins, elle n'a pas démontré dans ses écritures disposer d'un tel intérêt. Ensuite, l'obligation à la charge des partenaires de la recourante qui est mentionnée au point 3 peut sans autre être déduite des conclusions de l'expertise qui ont été reproduites dans la décision n° 18/2022 du 6 octobre 2022 de la PostCom. Il est donc exclu de caviarder les deux points précités.

S'agissant par ailleurs des points 4 à 8 du chiffre 23, le Tribunal est d'avis que les clauses qui y sont mentionnées sont beaucoup plus spécifiques et qu'elles ne peuvent pas être déduites de la décision de la PostCom. Les

concurrents de la recourante pourraient non seulement les copier, mais ils pourraient également, le cas échéant, s'en servir pour négocier d'autres accords avec les partenaires de la recourante. La recourante dispose donc d'un intérêt objectif à maintenir ces clauses spécifiques secrètes.

Enfin, l'obligation à la charge de la recourante qui figure au premier point du chiffre 24 ne comporte aucune spécificité qui justifierait qu'elle soit caviardée. La recourante ne dispose par conséquent d'aucun intérêt objectif à obtenir son caviardage, ce qu'elle n'a du reste pas été en mesure de démontrer dans ses écritures.

Bien fondé, le recours est partiellement admis en tant qu'il porte sur les points 4 à 8 du chiffre 23 de l'expertise (p. 15). Il est rejeté pour le surplus.

4.3.11 A la page 16 de l'expertise, la recourante demande le caviardage du dernier point du chiffre 30, le caviardage d'une partie de la deuxième phrase du chiffre 31 et le caviardage partiel du titre V (« Responsabilité »). L'autorité inférieure est d'avis qu'il convient d'accorder un accès aux passages en question.

A l'appui de son recours, la recourante répète que ces passages relèvent de l'organisation confidentielle entre elle et ses partenaires, et qu'ils font partie de l'ensemble des modalités par lesquelles elle opère son modèle d'affaires et organise ses rapports avec ses fournisseurs. Selon elle, ces modalités relèvent donc du secret d'affaires protégé. De son côté, l'autorité inférieure souligne que le dernier point du chiffre 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. Il s'agit, selon elle, d'une « réglementation typique d'un contrat de vente dont l'intérêt objectif à être gardée secrète n'apparaît pas » (décision, p. 15). Par ailleurs, la demande de caviardage à la page 16, chiffre 31, concerne une partie de phrase qui renvoie à une autre partie de l'expertise. Selon l'autorité inférieure, il ne s'agit pas d'une information commerciale. Il en va enfin de même, à la page 16, de la demande de caviardage partiel du titre V (« Responsabilité »).

En l'espèce, s'agissant du dernier point du chiffre 30, le Tribunal est d'avis qu'il s'agit d'une clause importante et spécifique contenue dans les documents contractuels de la recourante et que son caviardage est par conséquent justifié. Le recours est donc bien fondé sur ce dernier point. En revanche, il n'existe aucune raison de caviarder les deux autres passages demandés. Au chiffre 31, la deuxième phrase correspond à un renvoi à une

autre partie de l'expertise et la formulation du titre V est beaucoup trop générale pour qu'un caviardage partiel puisse être justifié. Le recours est donc rejeté en tant qu'il porte sur le chiffre 31 et le titre V.

4.3.12 Aux pages 16 et 17 de l'expertise, la recourante demande le caviardage de la première phrase du chiffre 33. A la page 17, elle demande le caviardage des chiffres 34, 35 et 37. Dans sa décision, l'autorité inférieure a décidé que ces passages devaient être rendus accessibles.

A l'appui de son recours, la recourante répète en substance que les passages précités sont des modalités qui relèvent du secret d'affaires et que rendre publics ces passages résulterait en un impact négatif sur sa compétitivité. De son côté, l'autorité inférieure souligne que les chiffres 33 à 37 de l'expertise contiennent un résumé des réglementations contractuelles visant la répartition des responsabilités entre la recourante et ses partenaires, ainsi que des considérations juridiques concernant leur classification. Elle rappelle que la décision n° 18/2022 du 6 octobre 2022 de la Post-Com, publiée, contient à son chiffre 14.3 un résumé des règles de responsabilité. Elle indique en outre que le chiffre 35 contient une considération juridique et un avis général concernant la pratique en matière de contrats de vente. L'autorité inférieure fait également valoir que la recourante 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 ajoute que la recourante s'est bornée à des propos généraux. Ainsi, selon elle, l'intérêt objectif à maintenir le secret pour ces informations n'est pas démontré, pour autant qu'elles ne soient pas déjà publiées de toute façon sous une forme résumée dans la décision de la Post-Com.

En l'occurrence, en ce qui concerne la première phrase du chiffre 33, le Tribunal est d'avis qu'il n'est pas justifié de caviarder ce passage. Il convient d'abord de rappeler que les conclusions de l'expertise, qui ont été reproduites dans la décision n° 18/2022 du 6 octobre 2022 de la PostCom, contiennent des informations précises concernant les garanties contractuelles. Force est de constater que ces dernières ne vont pas au-delà de ce qui est indiqué aux chiffres 33, 34 et 35. Dès lors que ces informations sont connues du public, la recourante ne dispose d'aucun intérêt à vouloir les maintenir secrètes.

A titre subsidiaire, on relèvera que la qualité d'un produit et le respect des délais sont deux garanties classiques d'un contrat de vente, de telle sorte qu'elles ne sauraient être considérées comme un secret d'affaires protégé.

Il suffit en effet de rappeler que, sous l'angle des obligations principales du vendeur, les modalités d'exécution du contrat doivent notamment être spécifiées quant à l'objet (sa nature et sa qualité) et à la date de l'exécution (cf. PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, Les contrats spéciaux, 5^e éd. 2016, n° 539 ss). Il est donc logique qu'une clause concernant la responsabilité du vendeur en lien avec les modalités d'exécution précitées soit prévue dans les documents contractuels de la recourante. Il ne s'agit en aucun cas d'un secret d'affaires protégé, mais des obligations principales du vendeur dans le cadre d'un contrat de vente au sens des art. 184 ss CO.

Ensuite, les chiffres 34 et 35 contiennent une analyse juridique qui n'est pas un secret d'affaires protégé. Certes, le chiffre 34 cite une clause en lien avec la responsabilité du vendeur, mais celle-ci ne va pas au-delà de ce qui figure déjà au chiffre 33. On relèvera que le chiffre 36, dont la recourante ne demande pas le caviardage, mentionne une « garantie du fabricant ». S'agissant d'un contrat de vente, il est assez aisé de déduire que la garantie en question doit vraisemblablement porter sur la qualité des produits, ce qui justifie d'autant plus que les passages précités ne soient pas caviardés.

Enfin, de l'avis du Tribunal de céans, seul le chiffre 37 contient une clause contractuelle spécifique qu'il est justifié de caviarder. Le recours est ainsi très partiellement admis sur ce dernier point uniquement. Il est rejeté pour le surplus.

4.3.13 Aux pages 18 et 19 de l'expertise, la recourante demande le caviardage des chiffres 41 et 42, ainsi que d'une partie du chiffre 45. Dans sa décision, l'autorité inférieure a décidé que ces passages devaient être rendus accessibles.

A l'appui de son recours, concernant les chiffres 41 et 42, la recourante indique que ces « passages relèvent du contenu des obligations d'un contrat s'inscrivant dans [son] modèle d'affaires et révèle des détails sur [son] organisation et le calcul de [ses] prix » (recours, p. 18). S'agissant du chiffre 45, elle fait valoir que ce passage relève du contenu d'une clause contractuelle spécifique concernant les paiements à ses partenaires. De son côté, l'autorité inférieure souligne que le chapitre VI est intitulé « Fixation des prix » (ch. 41 à 44) et le chapitre VII, « Risque de ducroire » (ch. 45 et 46). Elle ajoute qu'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 la recourante à ses partenaires. Le

chiffre 45 contient en outre une indication du mode de décompte. L'autorité inférieure estime que ces passages de l'expertise ne contiennent que des données générales qui ne permettent aucunement d'inférer les prix convenus. Au demeurant, elle relève que la recourante n'a pas indiqué dans quelle mesure ses concurrents pourraient tirer parti de ces données de l'expertise.

En l'espèce, le Tribunal de céans considère qu'il est inutile de caviarder les chiffres 41 et 42 de l'expertise. Les indications qui figurent dans les passages en question sont en effet trop générales pour que les concurrents de la recourante puissent les utiliser à leur avantage. Il est à cet égard suffisant que le passage du chiffre 4 de l'expertise, qui explique comment le prix des produits que la recourante achète à ses partenaires est calculé, soit caviardé (cf. consid. 4.3.4 *supra*). Ces demandes de caviardage ne sont par conséquent pas justifiées. Il en va enfin de même de la demande de caviardage au chiffre 45, première phrase. Le Tribunal de céans avait en effet estimé plus haut que les indications qui se trouvent à la page 6, chiffre 4, au paragraphe 2 du passage intitulé « Paiement du prix », de l'expertise, concernant les relevés envoyés par la recourante à ses partenaires, ne doivent pas être considérées comme des secrets d'affaires protégés (cf. consid. 4.3.4). Le même raisonnement doit être suivi s'agissant de la troisième phrase du chiffre 45. Cette demande de caviardage tombe particulièrement à faux, dans la mesure où la décision n° 18/2022 du 6 octobre 2022 de la PostCom précise expressément que 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 la recourante. Quoiqu'il en soit, les indications toutes générales de la recourante figurant dans son recours s'avèrent insuffisantes pour démontrer l'existence d'un secret d'affaires protégé en ce qui concerne les passages litigieux précités. Mal fondé, le recours est rejeté en tant qu'il porte sur les demandes de caviardage précitées.

5.

Les considérants qui précèdent conduisent le Tribunal administratif fédéral à admettre partiellement le recours au sens du considérant 4.3, et à le rejeter pour le surplus.

5.1 Les frais de procédure, lesquels comprennent en règle générale l'émolument d'arrêté, les émoluments de chancellerie et les débours, sont mis dans le dispositif à la charge de la partie qui succombe ; si celle-ci n'est déboutée que partiellement, ces frais sont réduits (art. 63 al. 1 PA). L'autorité de recours impute, dans le dispositif, l'avance sur les frais de procédure

correspondants et rembourse le surplus éventuel (cf. art. 1 ss, plus particulièrement art. 5 al. 3, de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative [RS 172.041.0]). En outre, aucun frais de procédure n'est mis à la charge de l'autorité inférieure déboutée (cf. art. 63 al. 2 PA).

Par ailleurs, selon l'art. 64 al. 1 PA, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement obtenu gain de cause, une indemnité pour les frais indispensables et particulièrement élevés qui lui ont été occasionnés (cf. également art. 7 du Règlement du 11 décembre 2006 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

5.2 En l'occurrence, le recours est admis à hauteur d'environ 50 %.

Par conséquent, les frais de procédure, qui sont fixés à CHF 1'500.-, sont mis à la charge de la recourante à hauteur de CHF 750.-. L'autorité de recours impute, dans le dispositif, l'avance de frais déjà versée par celle-ci, la différence de CHF 750.- lui étant restituée dès que le présent arrêt sera devenu définitif et exécutoire. Aucun frais de procédure n'est mis à la charge de l'autorité inférieure (cf. consid. 5.1 *supra*).

Au vu de ce qui précède, il convient d'allouer à la recourante, qui a obtenu gain de cause à hauteur d'environ 50 %, une indemnité réduite à titre de dépens, fixée selon la pratique à CHF 1'125.- en l'absence de note de frais, à la charge de l'autorité inférieure (cf. art. 64 al. 1 et 2 PA et art. 7 al. 1 et 2 en relation avec l'art. 14 FITAF).

Ni frais de procédure ni dépens ne sont mis à la charge de l'intimé qui n'a pris aucune conclusion sur le fond.

(Le dispositif est porté à la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

La demande de jonction des procédures A-756/2024 et A-758/2024 est rejetée.

2.

Le recours est partiellement admis au sens des considérants et rejeté pour le surplus.

3.

La décision entreprise est annulée et l'autorité inférieure est invitée à procéder au caviardage conformément au présent arrêt.

4.

Les frais de procédure de 1'500 francs sont partiellement mis à la charge de la recourante à hauteur de 750 francs. Ce montant sera prélevé sur l'avance de frais déjà versée de 1'500 francs. Le solde de 750 francs lui sera restitué une fois le présent arrêt entré en force.

5.

Un montant de 1'125 francs est alloué à la recourante à titre de dépens réduits, à charge de l'autorité inférieure.

6.

Le présent arrêt est adressé à la recourante, à l'intimé et à l'autorité inférieure.

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

La présidente du collège :

Le greffier :

Claudia Pasqualetto Péquignot

Jérôme Gurtner

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition :

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Acte judiciaire)
- à l'intimé (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...] ; Acte judiciaire)