



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Autorité cantonale de la transparence, de la
protection des données et de la médiation ATPrDM
Kantonale Behörde für Öffentlichkeit, Datenschutz
und Mediation ÖDSMB

La préposée cantonale à la transparence et à la
protection des données a.i.

Rue des Chanoines 2, 1700 Fribourg

T +41 26 322 50 08

www.fr.ch/atprdm

—

Réf : MS 2022-Trans-142

T direct : +26 305 59 73

Courriel : martine.stoffel@fr.ch

+

Recommandation du 17 octobre 2022

selon l'article 33 de la loi sur l'information et l'accès aux documents
(LInf)

concernant la requête en médiation entre

_____ (RadioFR)

et

la Direction de l'économie, de l'emploi et de la formation professionnelle (DEEF),
respectivement le Service de l'énergie (SdE)

I. La préposée cantonale à la transparence constate :

1. Le 15 février 2022, _____, journaliste auprès de RadioFR (le requérant), a déposé une demande d'accès auprès de la Direction de l'économie, de l'emploi et de la formation professionnelle (DEEF), respectivement du Service de l'énergie (SdE) à « *la liste, la plus récente, des « grands consommateurs », définis ainsi sur [le] site internet [du Service], « les entreprises dont la consommation annuelle par site dépasse 5 GWh de chaleur ou 0,5 GWh d'électricité, à savoir la consommation d'environ 140 ménages, sont considérés, au sens du MoPEC 2014 article 144, comme étant de grands consommateurs », que « [s]i cette liste ne renseigne pas sur la consommation d'énergie*

de ces grands consommateurs, [...] [de faire parvenir au requérant] en annexe les annonces de consommation que ces entreprises ont fait parvenir aux autorités » et ce, « uniquement pour les 10 entreprises dont la consommation est la plus élevée », conformément à la loi cantonale du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents (LInf ; RSF 17.5).

2. Par courriel du 6 juillet 2022, la DEEF a informé le requérant « *[qu'elle ne pouvait] pas entrer en matière sur cette demande* » au motif qu'« *[u]n intérêt privé prépondérant existe lorsque l'accès, s'il était accordé révélerait des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication (art. 28 al. 1 let. a LInf)* » et qu'« *[e]n l'occurrence, l'accès demandé relève, à [leur] sens, de données liées au secret de fabrication, dès lors qu'il touche à des conditions de fonctionnement d'entreprises ou à des méthodes de fabrication de produits* ». Elle a ajouté que « *[l]a communication de telles données aurait également pour conséquence de rendre publiques certaines informations sensibles dans un domaine soumis à la libre concurrence (ex. liberté du marché de l'approvisionnement en électricité)* ».
3. Par courriel du 7 juillet 2022, le requérant a déposé une requête en médiation (article 33 al. 1 LInf) auprès de la préposée à la transparence (la préposée).
4. Le 8 juillet 2022, la préposée a invité les parties à une séance de médiation. Elle a aussi demandé à la DEEF de lui faire parvenir une copie des documents sollicités par le requérant (art. 41 al. 3 LInf).
5. Par courriel du 11 juillet 2022, la DEEF a confirmé sa participation à la séance de médiation. Le même jour, la préposée a eu accès aux documents concernant la demande d'accès auprès de la DEEF, lesdits documents ayant été transmis par le SdE.
6. Une séance de médiation a eu lieu le 15 juillet 2022 avec le requérant et _____ (représentant de la DEEF). Elle a abouti à l'accord suivant :
 1. *La DEEF prend contact avec les 10 plus gros consommateurs et leur demande leur accord en vue de la transmission de leur nom ainsi que de leur consommation annuelle en énergie (par source) au requérant. Ces démarches sont effectuées jusqu'à la fin août 2022 ;*
 2. *En fonction du retour des 10 plus gros consommateurs, la DEEF se détermine jusqu'au 5 septembre 2022.**Au vu de ce qui précède, les parties invitent la préposée à la transparence à suspendre la procédure de médiation jusqu'au 5 septembre 2022.*
7. Par courriel du 14 septembre 2022, la préposée a demandé à la DEEF de « *communiquer au requérant, en [la] mettant en copie, [sa] détermination en lien avec le dossier [concerné], jusqu'au lundi 19 septembre 2022 au plus tard* ».
8. Par courriel du 15 septembre 2022, la DEEF a informé la préposée et le requérant que « *[l]e Service de l'énergie a été prié, à l'issue de [la] séance du mois de juillet dernier, de prendre contact avec les entreprises concernées en vue d'obtenir leur aval à la communication de données* », qu'elle a « *demandé à ce service de [lui] faire un état des*

réponses de ces entreprises » et qu'elle « [fera] une synthèse de ces retours dans le délai fixé, soit lundi 19 septembre prochain ».

9. Par courriel du 16 septembre 2022, la DEEF a transmis à la préposée une copie du courrier du SdE adressé à la direction d'une des entreprises le 18 juillet 2022 et par lequel ce dernier demande s'il peut « *transmettre le nom de [l']entreprise [au requérant] ?* », si c'est le cas, s'il peut « *transmettre [sa] consommation globale d'énergie ?* » et « *[s]i oui, [s'il peut] également transmettre [ses] consommations annuelles d'énergie par agent énergétique ?* ».
10. Par courrier du 16 septembre 2022, la DEEF a, en outre, informé la préposée que « *[s]ept entreprises ont répondu* » aux questions, dont quatre par la négative à toutes les questions, qu'une a répondu par l'affirmative à toutes les questions, qu'« *[u]ne entreprise a répondu par l'affirmative uniquement à [la] première question* » et qu'une entreprise a répondu par l'affirmative à toutes les questions mais à certaines conditions, soit « *que l'entreprise puisse accompagner cette communication/publication d'une contextualisation et apporter la transparence également sur les efforts réalisés et ses ambitions en termes de réduction/substitution* » et qu'elle puisse avoir « *un droit de lecture avant publication pour contrôler la qualité des informations/données* ».
11. Toujours par courrier du 16 septembre 2022, la DEEF a exposé que, toutefois, elle « *propose de transmettre, par l'intermédiaire du SdE, le nom, la consommation globale ainsi que les consommations annuelles d'énergie par agent énergétique de l'entreprise [qui a répondu par l'affirmative à toutes les questions]* », « *de transmettre le nom de l'entreprise [qui a accepté de répondre à la première question uniquement]* », « *de transmettre les coordonnées de la personne de contact [de l'entreprise qui a accepté de répondre aux questions sous réserve de ses conditions]* » et pour autant que le requérant accepte lesdites conditions. Enfin, la DEEF mentionne qu'elle ne peut transmettre aucune information sur les quatre entreprises qui ont refusé de répondre à toutes les questions ainsi que sur les trois entreprises « *qui n'ont pas répondu* ».
12. Par courriel du 21 septembre 2022, le requérant a informé qu'il souhaitait obtenir les données que la DEEF a proposé de transmettre afin de savoir quelle suite il entend donner à la procédure.
13. Par courriel du 30 septembre 2022, la DEEF a transmis au requérant « *les informations que les entreprises concernées ont bien voulu [qu'elle communique]* », soit le nom et les coordonnées de la personne de contact de l'entreprise qui a accepté de répondre à la première question, le nom et les coordonnées de la personne de contact de celle qui a accepté de répondre aux questions à ses conditions, ainsi que « *le nom et la consommation d'énergie par agent énergétique* » de celle qui a accepté de répondre à toutes les questions.
14. Par courriel du 1^{er} octobre 2022, le requérant a remercié la DEEF pour les informations transmises.
15. Par courriel du 5 octobre 2022, RadioFR a informé la préposée maintenir sa requête en médiation afin d'« *obtenir les informations demandées* ». Elle a également fait part de son courroux par rapport à cette procédure, en raison des multiples étapes, des délais

d'attente irraisonnables et des nombreuses relances. Elle a indiqué être obligée de penser que « *soit la DEEF tente d'entraver notre démarche en nous décourageant à obtenir les informations demandées, soit qu'elle n'accorde qu'une faible importance au travail de notre média régional et à un dossier d'un intérêt public prépondérant* ».

16. Par courriel du 7 octobre 2022, la préposée a constaté l'échec partiel de la médiation. Elle a laissé la possibilité aux parties de réagir jusqu'au 12 octobre 2022 si elles le souhaitaient.
17. Les parties n'ont pas réagi.
18. La médiation ayant partiellement échoué, la préposée formule la recommandation qui suit.
19. Les différents échanges dans le cadre de cette procédure émanent tantôt de la DEEF, tantôt du SdE. La présente recommandation est dès lors adressée aux deux entités (l'Autorité).

II. La préposée considère ce qui suit :

A. Considérants formels

20. En vertu de l'article 33 al. 1 LInf, toute personne qui a demandé l'accès ou qui a fait opposition en tant que tiers peut, dans les trente jours qui suivent la détermination de l'organe public, déposer par écrit et contre celle-ci une requête en médiation auprès de la préposée. La personne qui a demandé l'accès peut, si l'organe public ne répond pas dans les délais prévus, déposer une requête en médiation comme si l'accès avait été refusé (art. 13 al. 3 de l'ordonnance cantonale du 14 décembre 2010 sur l'accès aux documents, OAD ; RSF 17.54). En l'absence de requête, la détermination est considérée comme acceptée (art. 14 al. 1 OAD).
21. La préposée conduit librement la procédure de médiation et s'efforce d'amener les parties à un accord (art. 14 al. 2 OAD).
22. Lorsque la médiation aboutit, l'accord est consigné par écrit et devient immédiatement exécutoire (art. 14 al. 3 OAD).
23. Lorsque la médiation échoue ou n'aboutit pas, la préposée établit à l'intention des parties une recommandation écrite (art. 33 al. 2 LInf).
24. Lorsqu'une recommandation a été émise, l'organe public rend d'office une décision ; s'il se rallie à la recommandation, le renvoi à cette dernière peut faire office de motivation (art. 33 al. 3 LInf). L'organe public rend sa décision dès que possible, mais au plus tard dans les trente jours qui suivent la réception de la recommandation (art. 15 al. 1 OAD).

B. Considérants matériels

a) Document officiel

25. La demande d'accès du requérant porte sur des documents qui concernent la consommation d'énergie des gros consommateurs d'électricité.
26. La demande d'accès porte sur une liste détenue par l'Autorité. Il s'agit d'informations enregistrées sur un support quelconque et qui concernent l'accomplissement d'une tâche publique (art. 22 al. 1 LInf et art. 2 OAD).
27. La contribution à un approvisionnement énergétique s'inscrit dans des buts de développement durable et de protection de l'environnement (art. 1 de la loi cantonale du 9 juin 2000 sur l'énergie, LEn ; RSF 770.1). L'Autorité a pour tâche de rassembler les données permettant d'estimer l'évolution des besoins et de l'offre en matière d'énergie, nécessaires à l'établissement des priorités en matière de politique énergétique (art. 10 al. 1 LEn). Elle reçoit pour cela une liste des gros consommateurs de chaleur ou d'électricité (art. 18a LEn et art. 32 al. 1 du règlement cantonal du 5 novembre 2019 sur l'énergie, REn ; RSF 770.11).
28. Cette liste avec ces données (le document) relève de dispositions sur l'énergie en matière d'environnement et contient dès lors des informations sur l'état de l'environnement tels que l'air, l'atmosphère et la protection du climat entre autres. Il s'agit donc de documents officiels au sens de la LInf (art. 22 al. 4 LInf) et qui entrent dans la catégorie d'informations sur l'environnement au sens de l'article 2 ch. 3 de la Convention du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus ; RS 0.814.07). Le Tribunal fédéral a décidé que les données de rejet d'une centrale nucléaire sont des documents officiels soumis au droit d'accès¹.
29. L'accès aux documents doit par conséquent être accordé en principe (art. 20 al. 1 et art. 20 al.1bis LInf).

b) Document sollicité

30. Le requérant a demandé à l'Autorité de lui transmettre la plus récente liste des dix entreprises « *gros consommateurs* » d'énergie (consid. 1).
31. L'Autorité a partiellement satisfait à la demande du requérant en lui transmettant une partie du document, à savoir celle qui concerne les trois entreprises qui ont donné leur accord entier ou partiel (consid. 13). Le requérant n'a pas eu accès à la totalité du document demandé à l'Autorité.
32. Mais l'Autorité a refusé l'accès à l'ensemble de la liste, à savoir tout le reste de la liste qui concerne les quatre entreprises qui se sont opposées à la transmission et les trois entreprises qui n'ont pas répondu du tout (consid. 10-11), ainsi que la partie de la liste pour les deux entreprises qui ont donné leur accord partiel (consid. 13).

¹ Arrêt du TF 1C_394/2016 du 27 septembre 2017, c. 2.3.

33. En effet, l’Autorité a refusé de transmettre l’ensemble du document au motif que :
 - > Quatre entreprises ont répondu non à toutes les questions ;
 - > Une entreprise a répondu oui à toutes les questions, mais à certaines conditions ;
 - > Une entreprise a répondu oui à la première question ;
 - > Trois entreprises n’ont pas répondu du tout (consid. 10).
 34. L’Autorité a ainsi fait siennes les oppositions exprimées par les entreprises et elle a considéré que l’absence d’une réponse équivalait à une opposition. En guise de motivation, elle a invoqué, de façon non spécifique, les secrets de fabrication (art. 28 al. 1 let. a LInf) et la libre concurrence dans l’approvisionnement en électricité (consid. 2).
 35. Il en ressort que le requérant n’a pas obtenu le document sollicité. Le document transmis est incomplet, puisqu’il manque la liste dans son ensemble.
- c) Intérêt privé prépondérant – secret professionnel, d’affaires ou de fabrication*
36. L’Autorité a refusé l’accès au motif qu’un intérêt privé prépondérant pouvait être invoqué car ledit accès révélerait « *des données liées au secret de fabrication* » et qu’en outre, le fait de rendre « *certaines informations sensibles* » publiques aurait des conséquences sous l’angle de la libre concurrence (consid. 2).
 37. L’article 4 al. 4 let. d Convention d’Aarhus prévoit qu’une demande d’informations sur l’environnement peut être rejetée au cas où la divulgation de ces informations aurait des incidences défavorables sur le secret commercial et industriel lorsque ce secret est protégé par la loi afin de défendre un intérêt économique légitime. Sans cette réserve, les informations sur les émissions qui sont pertinentes pour la protection de l’environnement doivent être divulguées.
 38. Selon la LInf, l’accès à un document peut être différé, restreint ou refusé si et dans la mesure où un intérêt public ou privé prépondérant l’exige (art. 25 al. 1 LInf). Les intérêts publics prépondérants figurent à l’article 26 LInf, les intérêts privés prépondérants aux articles 27-28 LInf.
 39. Selon l’article 28 al. 1 let. a LInf, un intérêt privé prépondérant existe en outre lorsque l’accès, s’il était accordé révélerait des secrets professionnels, d’affaires ou de fabrication.
 40. Cette limitation se retrouve dans la plupart des lois sur la transparence en Suisse. Elle a globalement pour but d’éviter que la révélation de certaines données transmises par des entreprises et des particuliers à l’administration n’entraîne des distorsions de concurrence ou, au sens large, des dommages économiques². Elle concerne principalement les entreprises.
 41. Dans le cadre d’une demande d’accès, le Tribunal fédéral a rappelé que la notion de secret d’affaires, « *doit être comprise dans un sens large puisqu’il s’agit de toute*

² VOLLERY LUC, La loi fribourgeoise sur l’information et l’accès aux documents, RFJ 2009 p. 405 (cité VOLLERY). Voir aussi : arrêt du Tribunal cantonal 601 2020 219 du 7 décembre 2021, c. 5.3.2.2 ; recommandation de la préposée cantonale à la transparence du canton de Fribourg du 24 septembre 2020 – Accès à une convention concernant le prélèvement d’une taxe de séjour recommandé, c. 22-30.

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 »³.

42. Afin qu'un secret d'affaires puisse être invoqué, la jurisprudence a fixé quatre conditions cumulatives : « *il doit y avoir un lien entre l'information et l'entreprise ; l'information doit être relativement inconnue, c'est-à-dire ni notoire ni facilement accessible ; il doit exister un intérêt subjectif au maintien du secret (volonté du détenteur de ne pas révéler l'information) et cet intérêt doit être objectivement fondé (intérêt objectif)* »⁴. Si un document contient des secrets d'affaires, le principe de proportionnalité voudrait que seuls les passages en question soient gardés secrets, et non pas la totalité du document⁵.
43. L'Autorité n'a pas indiqué les arguments invoqués par les entreprises à l'appui de leur opposition et elle ne les a pas appréciés. Il n'est dès lors pas possible de déterminer si les quatre conditions pour qu'un secret d'affaires puisse être invoqué sont remplies.
44. En l'état et sur la base des informations reçues, la préposée est d'avis que l'Autorité n'a pas fait valoir quels éléments les entreprises ont invoqué et comment l'Autorité les a évalués. Les arguments d'ordre tout à fait général ne suffisent pas, selon la préposée, pour établir que des secrets d'affaires protégés au sens des dispositions légales applicables seraient mis en péril, dans le cas concret. On ne voit effectivement guère comment ce serait le cas. Les documents indiquent la consommation annuelle en énergie pour des entreprises. Il ne semble pas à première vue exister de chiffres à protéger des concurrents et qui risqueraient de créer une distorsion de la concurrence si d'autres entreprises les connaissaient.
45. Si l'Autorité, dans sa décision, maintient son refus d'octroyer l'accès, il convient d'expliquer en détail pourquoi cette consommation en énergie constitue des secrets d'affaires.

d) Intérêt privé prépondérant – Protection des données personnelles

46. L'article 27 al. 1 let. b LInf prévoit notamment qu'un intérêt privé prépondérant est reconnu lorsque l'accès peut porter atteinte à la protection des données personnelles, à moins que la personne concernée n'ait consenti à la communication de ses données au public ou que les circonstances ne permettent de présumer ce consentement. La protection des données ne s'applique pas aux personnes morales lorsque la demande concerne le domaine de l'environnement (art. 27 al. 3 LInf). Les secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication sont réservés (art. 28 let. a LInf).
47. Il en ressort que les entreprises concernées par les demandes d'accès ne peuvent pas invoquer la protection de leurs données comme motif pour s'opposer à l'accès. A juste titre, l'Autorité n'a pas invoqué ce motif pour ne pas donner accès au document.

³ Arrêt du TF 1C_533/2018 du 26 juin 2019, c. 2.2 ; ATAF A-1751/2017 du 1^{er} mai 2020, c. 8.2.

⁴ Arrêt du TF 1C_533/2018 du 26 juin 2019, c. 2.6 ; ATAF A-1751/2017 du 1^{er} mai 2020, c. 8.2.

⁵ VOLLERY, p. 391.

48. Au vu de ce qui précède, la préposée recommande à l'Autorité de se déterminer en faveur de l'accès au document. Il n'est plus nécessaire de consulter les entreprises (art. 32 al. 2 LInf), puisque cette consultation a déjà eu lieu. L'Autorité doit maintenant évaluer les arguments éventuellement avancés par ces entreprises et se déterminer. Elle informe les entreprises qu'en cas d'opposition à l'accès aux documents, elles doivent déposer dans les 30 jours qui suivent la détermination une requête en médiation auprès de la préposée (art. 33 al. 1 LInf) et invoquer un intérêt privé prépondérant au sens des dispositions légales applicables. Après le délai de 30 jours et sans opposition des entreprises, l'Autorité transmet les documents au requérant.

III. Se fondant sur les considérants susmentionnés, la préposée recommande :

49. Il découle de ce qui précède que l'Autorité a transmis une partie du document demandé par le requérant.
50. La préposée recommande à l'Autorité de se déterminer en faveur de l'accès au document. Elle informe les entreprises qu'en cas d'opposition à l'accès au document, elles doivent déposer dans les 30 jours qui suivent la détermination une requête en médiation auprès de la préposée (art. 33 al. 1 LInf) et invoquer un intérêt privé prépondérant au sens des dispositions légales applicables. Après le délai de 30 jours et sans opposition des entreprises, l'Autorité transmet le document au requérant.
51. Si l'Autorité compétente ne suit pas la recommandation de la préposée, elle rend une décision, comme prévu à l'article 33 al. 3 LInf, dans les trente jours qui suivent la réception de la recommandation (art. 15 al. 1 OAD). Cette décision pourra faire l'objet d'un recours (art. 34 al. 1 LInf).
52. La présente recommandation peut être publiée (art. 41 al. 2 let. e LInf). Afin de protéger les droits de la personnalité, les données du requérant sont anonymisées.
53. La recommandation est notifiée par courrier recommandé :
- > au requérant, _____ de RadioFR _____
 - > à la Direction de l'économie, de l'emploi et de la formation professionnelle (DEEF),
_____, Boulevard de Pérolles 25,
1700 Fribourg
 - > au Service de l'Energie (SdE), Bd. de Pérolles 25, 1700 Fribourg

Martine Stoffel
Préposée cantonale à la transparence et à la protection des données *a.i.*