



Mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration fédérale: questions fréquemment posées

Le présent document énonce d'une part un certain nombre de questions qui ont été régulièrement soulevées au cours des travaux accomplis dans le contexte de la loi sur la transparence. Il présente d'autre part les réponses qui ont été apportées par l'Office fédéral de la justice (OFJ) et le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PF PDT) lors des journées sur la transparence des 24 février 2012 et 14 juin 2013.

Ce document se base notamment sur le message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003¹, sur le commentaire de l'OFJ du 24 mai 2006 relatif à l'ordonnance sur la transparence², sur la doctrine³ et fait référence aux recommandations du PF PDT⁴ ainsi qu'à la jurisprudence.

Une partie des informations résumées ici se trouve également dans le document intitulé « guide pour l'appréciation des demandes » du 2 août 2013⁵.

Le présent document remplace le document de l'OFJ et du PF PDT « mise en œuvre du principe de transparence au sein de l'administration fédérale: questions fréquemment posées » daté du 5 juillet 2012.

¹ FF 2003 1807 ss.

² http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/gesetzgebung/oeffentlichkeitsprinzip/erl-entw-f.pdf (ci-après "commentaire OTrans").

³ En particulier S. Brunner / L. Mader, Handkommentar Öffentlichkeitsgesetz, Berne 2008 (ci-après "Handkommentar BGÖ")

⁴ www.edoeb.admin.ch >Dokumentation >Empfehlungen (dt. Empfehlungen) ainsi que www.edoeb.admin.ch >Principe de la Transparence >Recommandations (fr. Empfehlungen). A noter que lorsqu'une recommandation n'existe pas en français, nous l'avons citée par son titre officiel en langue allemande.

⁵ http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/gesetzgebung/oeffentlichkeitsprinzip/leitf-gesuchsbeurteilung-f.pdf ; guide pour l'appréciation des demandes » du 2 août 2013 (ci-après "guide pour l'appréciation des demandes").

Table des matières

| | |
|---|-----------|
| 1. Généralités..... | 5 |
| 1.1. Questions 2006-2011..... | 5 |
| 1.1.1. Echange de données au plan international..... | 5 |
| 1.1.2. Secret de fonction | 5 |
| 1.1.3. Violations du secret de fonction..... | 5 |
| 1.1.4. Conséquences pour la responsabilité..... | 6 |
| 1.2. Questions 2012..... | 6 |
| 1.2.1. Transparence et entraide administrative..... | 6 |
| 2. Champ d'application | 7 |
| 2.1. Questions 2006-2011..... | 7 |
| 2.1.1. Information active et passive | 7 |
| 2.1.2. Information commercialisée..... | 7 |
| 2.1.3. Documents provenant d'autorités, d'organisations ou de personnes qui ne sont pas soumises à la LTrans ou qui ne le sont qu'en partie..... | 7 |
| 2.1.4. Application aux commissions extraparlimentaires | 8 |
| 2.1.5. Commissions parlementaires | 8 |
| 2.1.6. Demandes émanant de députés..... | 9 |
| 2.2. Questions 2012..... | 9 |
| 2.2.1. Champ d'application à raison de la personne | 9 |
| 2.2.2. Assujettissement des membres du Conseil fédéral | 9 |
| 2.2.3. Champ d'application à raison de la matière | 10 |
| 2.2.4. Champ d'application razione temporis..... | 11 |
| 2.3. Questions 2013..... | 11 |
| 2.3.1. Dénonciation à une autorité..... | 11 |
| 2.3.2. Plainte à une autorité de surveillance | 12 |
| 3. Coordination avec d'autres lois..... | 12 |
| 3.1. Questions 2006-2011..... | 12 |
| 3.1.1. Documents concernant des procédures de première instance | 12 |
| 3.1.2. Réserve de la législation spéciale en matière de secret | 13 |
| 3.1.3. Documents contenant des données personnelles | 13 |
| 3.2. Questions 2012..... | 14 |
| 3.2.1. Réserve de la législation spéciale en matière d'accès..... | 14 |
| 3.2.2. Principe de finalité selon l'art. 19, al. 1bis, let. a, LPD..... | 14 |
| 3.2.3. Transparence et droit d'auteur..... | 15 |
| 3.3. Questions 2013..... | 17 |
| 3.3.1. Loi sur la transparence et protection des données | 17 |
| 3.3.2. Demandes mixtes LTrans / LPD..... | 18 |
| 3.3.3. Transparence et archivage..... | 19 |
| 3.3.4. Archivage et protection des données..... | 20 |
| 3.3.5. Transparence et procédure de consultation externe..... | 20 |
| 4. Notion de « document officiel »; cas particuliers..... | 21 |
| 4.1. Questions 2006-2011..... | 21 |
| 4.1.1. Documents qui ont atteint leur stade définitif d'élaboration | 21 |

| | |
|---|-----------|
| 4.1.2. Documents destinés à l'usage personnel | 21 |
| 4.1.3. Banques de données | 22 |
| 4.1.4. Courrier électronique..... | 22 |
| 4.1.5. Documents "internes" | 22 |
| 4.2. Questions 2012..... | 23 |
| 4.2.1. Projet de proposition au Conseil fédéral | 23 |
| 4.2.2. Documents transmis aux commissions parlementaires | 23 |
| 4.2.3. Documents classifiés..... | 25 |
| 4.2.4. Agenda, calendrier outlook et liste de voyage | 25 |
| 4.3. Questions 2013..... | 26 |
| 4.3.1. Demandes d'accès à des documents futurs | 26 |
| 4.3.2. Accès à un ensemble de documents sur la base de plusieurs demandes émanant de la même personne | 26 |
| 5. Clauses d'exception, dispositions particulières | 27 |
| 5.1. Questions 2006-2011..... | 27 |
| 5.1.1. Protection des procédures décisionnelles internes | 27 |
| 5.1.2. Procédure de co-rapport..... | 27 |
| 5.1.3. Procédure de consultation des offices | 28 |
| 5.1.4. Accès aux rapports d'évaluation | 28 |
| 5.2. Questions 2013..... | 28 |
| 5.2.1. Secrets d'affaires ou de fabrication..... | 28 |
| 5.2.2. Convention de confidentialité bilatérale | 30 |
| 5.2.3. Protection des données personnelles des employés de l'autorité | 31 |
| 6. Traitement des demandes d'accès | 32 |
| 6.1. Questions 2006-2011..... | 32 |
| 6.1.1. Demande..... | 32 |
| 6.1.2. Forme et contenu de la demande..... | 32 |
| 6.1.3. Demandes abusives..... | 33 |
| 6.1.4. Demandes en grand nombre | 33 |
| 6.1.5. Accès partiel..... | 33 |
| 6.1.6. Consultation | 34 |
| 6.2. Questions 2012..... | 34 |
| 6.2.1. Traitement des demandes d'accès volumineuses | 34 |
| 6.2.2. Directives concernant le caviardage des documents | 35 |
| 6.2.3. Caviardage total | 35 |
| 6.2.4. Statistiques en matière de transparence | 36 |
| 7. Procédure | 36 |
| 7.1. Questions 2006-2011..... | 36 |
| 7.1.1. Nature juridique de la prise de position de l'autorité..... | 36 |
| 7.1.2. Accès aux documents dans le cadre des procédures de médiation et de recours | 36 |
| 7.1.3. Recours de l'autorité..... | 37 |
| 7.2. Questions 2012..... | 37 |
| 7.2.1. Droits des tiers concernés dans une procédure d'accès..... | 37 |
| 7.2.2. Qualité de partie des tiers concernés | 37 |

| | |
|--|-----------|
| 7.2.3. Droits des tiers concernés dans la procédure de médiation et dans la procédure de recours | 38 |
| 7.2.4. Consultation des tiers concernés..... | 38 |
| 7.2.5. Droit de consulter | 39 |
| 7.2.6. Commissions extraparlimentaires et pouvoir décisionnel | 39 |
| 7.3. Questions 2013..... | 39 |
| 7.3.1. Autorité compétente pour prendre position | 39 |
| 7.3.2. Identité du demandeur..... | 41 |
| 7.3.3. Notification d'une décision selon l'art. 15 LTrans | 41 |
| 8. Emoluments..... | 42 |
| 8.1. Questions 2006-2011..... | 42 |
| 8.1.1. Remise ou réduction des émoluments pour les personnes indigentes..... | 42 |
| 8.1.2. Perception d'émoluments en cas de limitation ou de refus de l'accès..... | 42 |
| 8.1.3. Avance et paiement anticipé des émoluments..... | 42 |
| 8.2. Questions 2012..... | 42 |
| 8.2.1. Cas de perception | 42 |
| 8.2.2. Emolument pour des demandes d'accès successives | 43 |
| 8.2.3. Facturation | 44 |
| 8.2.4. Emolument en cours de procédure..... | 45 |
| 8.2.5. Emolument pour un document qui sera publié..... | 45 |
| 8.2.6. Emolument pour une demande d'accès d'un journaliste..... | 45 |
| 8.2.7. Litiges concernant les émoluments..... | 46 |
| 9. Mise en œuvre et autres questions..... | 46 |
| 9.1. Questions 2012..... | 46 |
| 9.1.1. Rapport de confiance entre autorités..... | 46 |
| 9.1.2. Création d'une banque de données des demandeurs | 47 |
| 9.1.3. Pratique en matière d'émoluments | 48 |
| 9.2. Questions 2013..... | 48 |
| 9.2.1. Coordination pour les demandes multiples | 48 |
| 9.2.2. Droits des tiers concernés dans le cadre de l'information active | 48 |

1. Généralités

1.1. Questions 2006-2011

1.1.1. Echange de données au plan international

Question: Plusieurs entités fédérales participent à des échanges de données au plan international. Comment peut-on éviter le risque que ces autorités ne reçoivent plus de données de la part d'autorités étrangères au motif que ces informations pourraient être rendues publiques en vertu de la LTrans?

Réponse: Etant donné que la majeure partie des pays industrialisés connaît le principe de la transparence, il paraît peu vraisemblable que son introduction en Suisse mette en danger l'échange de données au plan international. Pour ce qui est de l'accès à des données obtenues par ces canaux, il y a lieu de différer, de limiter ou de refuser l'accès en application d'une clause d'exception. On peut songer à la protection de relations internationales ou de secrets d'affaires. Les informations commercialisées par l'autorité elle-même sont de toute manière exclues du champ d'application de la loi sur la transparence.

Renvois: art. 7, al. 1, let. d et g, LTrans; FF **2003** 1851 ss.

1.1.2. Secret de fonction

Question: Si le principe de la transparence représente la règle et le maintien du secret l'exception, quelle est la portée du secret de fonction?

Réponse: Le secret de fonction est indirectement redéfini quant à sa portée. Seules les informations qui ne tombent pas dans le champ d'application de la LTrans, qui sont rendues secrètes par la législation spéciale ou qui tombent sous une des exceptions prévues dans la loi sur la transparence elle-même restent soumises au secret de fonction.

Cela ne signifie pourtant pas que toutes les informations non accessibles en vertu de la loi sur la transparence tombent automatiquement sous le secret de fonction. Le secret de fonction ne s'applique que si l'information elle-même représente un secret (si elle n'est notamment pas déjà généralement connue). Cela n'est par définition pas le cas si l'unité compétente décide que l'information doit être rendue publique, car la volonté de maintenir le secret ferait alors défaut du côté du "maître du secret".

Renvois: art. 3, 4, 8, LTrans; FF **2003** 1832 ss, 1854 ss; Handkommentar BGÖ, art. 4 ch. 12.

1.1.3. Violations du secret de fonction

Question: Au regard des marges d'appréciation accordées par la loi sur la transparence, n'existe-t-il pas le risque que des employés de la Confédération soient poursuivis pour violation du secret de fonction s'ils rendent un document accessible, par exemple lorsqu'il s'avère seulement après coup qu'un certain document contenait un secret d'affaires?

Réponse: La condition d'une violation du secret de fonction au sens du code pénal est que l'auteur ait agi intentionnellement ou par dol éventuel, qu'il ait su, en d'autres termes, qu'il existe un secret, et qu'il l'ait révélé intentionnellement à des personnes non autorisées.

Si la demande est traitée et appréciée conformément aux bases légales et si l'unité ou la personne compétente prend la décision selon les règles de la loi, de l'ordonnance et des

directives complémentaires des départements et des offices, il n'existe pas de risque d'une violation du secret de fonction.

1.1.4. Conséquences pour la responsabilité

Question: Est-ce que la responsabilité de la Confédération est engagée si le fait de rendre un document accessible engendre un dommage pour un tiers? A quelles conditions l'employé chargé du dossier doit-il indemniser un dommage?

Réponse: La Confédération répond d'une activité d'information dommageable uniquement si cette activité est *illégale*. Si un document a été rendu accessible à juste titre, il n'y aura aucune conséquence au niveau de la responsabilité.

Si un dommage est survenu et s'il s'est avéré après coup (p. ex. à la suite d'une décision judiciaire) qu'un document a été rendu accessible à tort, le recours contre la personne qui avait agi, donc contre l'employé chargé du dossier, n'est concevable que si elle a causé le dommage intentionnellement ou par négligence grave.

Il s'avère donc à nouveau qu'il n'existe pas de risque si l'évaluation de l'accessibilité d'un document est effectuée soigneusement dans le cadre de la procédure établie.

1.2. Questions 2012

1.2.1. Transparence et entraide administrative

Question: Est-ce qu'une autorité peut avoir accès à des documents officiels en vertu de la loi sur la transparence et éluder ainsi les règles sur l'entraide administrative?

Réponse: En vertu de l'art. 6 LTrans, toute personne morale ou physique a le droit de consulter des documents officiels. Par contre, la LTrans ne confère pas aux collectivités publiques un accès privilégié aux documents officiels. Sur le plan formel, une autorité ne saurait donc se prévaloir de la loi sur la transparence pour obtenir des informations d'une autre autorité.

Dans l'hypothèse où une personne physique présente en son nom une demande d'accès pour satisfaire la curiosité de l'autorité pour laquelle elle travaille, l'autorité saisie de la demande d'accès ne vérifiera pas la qualité pour agir du demandeur puisque la loi sur la transparence ne pose aucune exigence particulière pour présenter une demande d'accès. Si le document est accessible en vertu de la loi sur la transparence, le demandeur aura le droit de le consulter et d'informer l'autorité pour laquelle il travaille.

Les demandes d'entraide administrative portent en principe sur des documents contenant des données personnelles. En vertu de la loi sur la transparence, le droit d'accès peut être restreint si l'accès à un document officiel peut porter atteinte à la sphère privée d'un tiers (art. 7, al. 2, LTrans). De plus, les documents contenant des données personnelles doivent si possible être rendus anonymes (art. 9 LTrans); à défaut les conditions de l'art. 19 LPD s'appliquent (voir ci-après ch. 3.1.3: Documents contenant des données personnelles). Les documents contenant des données personnelles ne sont donc en principe pas accessibles en vertu de la loi sur la transparence et l'autorité ne pourra les obtenir que par le biais d'une procédure d'entraide administrative. Au vu de ce qui précède, le risque que les règles sur l'entraide administrative soient éludées est inexistant pour les documents qui ne sont pas accessibles en vertu de la loi sur la transparence. Ce risque reste théorique pour les documents accessibles au public.

Renvois: Handkommentar BGÖ, art. 6 ch. 20-25.

2. Champ d'application

2.1. Questions 2006-2011

2.1.1. Information active et passive

Question: Est-ce que la loi sur la transparence oblige également les autorités à rendre accessibles d'office certains documents (Bring-Prinzip)?

Réponse: La loi sur la transparence règle uniquement l'accès aux documents officiels sur demande (Hol-Prinzip). Elle *ne rend pas* obligatoire la publication de certains documents et *ne constitue pas* une base légale justifiant la publication de certaines informations (en particulier des informations qui se réfèrent à des personnes). Elle ne limite pas non plus la politique d'information active des autorités.

L'ordonnance prévoit que des documents importants doivent être publiés le plus rapidement possible. La question de savoir quels documents sont "importants" se détermine en général sur la base du contexte de l'affaire. Sont considérés comme documents importants notamment des documents particulièrement informatifs pour le grand public, p. ex. des documents qui offrent une vue d'ensemble d'une certaine problématique, qui présentent des variantes, etc. De plus, les autorités sont tenues de publier des informations sur les informations disponibles.

Renvois: art. 17 ss OTrans; commentaire OTrans ch. 7.2 ss; Handkommentar BGÖ Einleitung ch. 86 ss; Handkommentar BGÖ, art. 6, ch. 62 ss.

2.1.2. Information commercialisée

Question: Est-ce qu'en vertu de la loi sur la transparence des particuliers peuvent obtenir gratuitement des informations ou des données commercialisées par les autorités et offrir ensuite sur le marché les produits correspondants?

Réponse: Les informations commercialisées par l'autorité elle-même ne tombent pas dans le champ d'application de la loi sur la transparence. Cela vaut également pour des informations, p. ex. des banques de données, qui sont utilisées principalement pour la confection de produits commercialisables.

Les avis de droit ou rapports qui ont été établis par une autorité à la demande d'un particulier moyennant le paiement d'un émolument, ne sont pas considérés comme des documents commercialisés au sens de la loi sur la transparence. Ils sont donc en principe accessibles au public.

Renvois: art. 5, al. 3, let. a, LTrans; art. 1, al. 1, OTrans; FF **2003** 1839; guide pour l'appréciation des demandes, ch. 1.1.

2.1.3. Documents provenant d'autorités, d'organisations ou de personnes qui ne sont pas soumises à la LTrans ou qui ne le sont qu'en partie

Question: Est-ce que des documents provenant d'autorités, d'organisations ou de personnes qui ne sont pas soumises à la LTrans ou qui ne le sont qu'en partie sont accessibles s'ils se trouvent en possession d'une autorité soumise à la loi?

Réponse: Tout document qui remplit les critères fixés par la LTrans est en principe accessible en tant que "document officiel". Cela vaut également pour des documents

transmis à une autorité par des tiers qui ne sont pas soumis à la LTrans (p. ex. des particuliers, des entreprises, Swisscom) ou qui ne le sont qu'en partie (p. ex. La Poste, les CFF). N'est pas non plus déterminant le fait que les documents proviennent d'une source suisse ou étrangère. De tels documents sont accessibles pour autant qu'aucune clause d'exception selon la LTrans et aucune norme spéciale ne trouvent application dans le cas d'espèce.

Les organisations externes à l'administration ne sont que partiellement soumises à la LTrans, soit lorsqu'elles rendent des décisions. Lorsqu'elles ne sont pas assujetties à cette loi, elles doivent être considérées comme des tiers.

Renvois: art. 5, al. 1, let. b, LTrans; FF **2003** 1835 ss; guide pour l'appréciation des demandes, ch. 1.1, Handkommentar BGÖ, art. 5 ch. 18.

2.1.4. Application aux commissions extraparlimentaires

Question: Est-ce que la loi sur la transparence s'applique aux commissions extraparlimentaires?

Réponse: Oui. Par commission extraparlimentaire, on entend les commissions consultatives qui donnent des avis et préparent des projets ainsi que les commissions qui disposent d'un pouvoir de décision (« commissions décisionnelles »). Ces commissions font partie de l'administration fédérale décentralisée et sont donc soumises à la loi sur la transparence (voir ci-après ch. 7.2.6: Commissions extraparlimentaires et pouvoir décisionnel).

Les commissions d'experts, groupes de travail et autres commissions formées ad hoc institués par l'administration pour certaines tâches sont également soumis à la loi sur la transparence.

Renvois: art. 2, al. 1, let. a, LTrans; art. 7a et 8a de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA; RS 172.010.1); arrêts du TAF (A-1135/2011) du 7.12.2011 et arrêt du TAF (A-3192/2010) du 17.6.2011; arrêt du TAF (A-4962/2012) du 22.4.2013.

2.1.5. Commissions parlementaires

Question: Est-ce que la loi sur la transparence s'applique également à des documents de commissions parlementaires, qui se trouvent en possession de l'administration?

Réponse: Les travaux des commissions parlementaires demeurent confidentiels selon les dispositions de la loi sur le Parlement. La confidentialité s'applique notamment aux procès-verbaux des délibérations au sein des commissions. L'ordonnance sur l'administration du Parlement règle l'accès à de tels documents et aux procès-verbaux des commissions (voir également ch. 4.2.2: Documents transmis aux commissions parlementaires).

Renvois: art. 47 de la loi sur le Parlement (LParl; RS 171.10), art. 4 et ss de l'ordonnance sur l'administration du Parlement (OLPA; RS 171.115); arrêt du TAF (A-1135/2011) du 7.12.2012.

2.1.6. Demandes émanant de députés

Question: Est-ce que des députés peuvent également demander l'accès à des documents officiels en vertu de la LTrans?

Réponse: Les députés des Chambres fédérales possèdent des droits à l'information qui font l'objet de la réglementation particulière de l'art. 7 de la loi sur le Parlement (RS 171.10). Ils ont le droit d'obtenir des renseignements sur toute question intéressant la Confédération et de consulter les dossiers dans la mesure où cela est nécessaire pour l'exercice du mandat parlementaire. Selon cette disposition, un député n'a dès lors pas droit à des informations sur lesquelles le Conseil fédéral s'est directement fondé pour prendre une décision (documents de co-rapport), qui relèvent de la sûreté de l'Etat ou du service de renseignements ou qui doivent rester confidentielles pour des motifs de protection de la personnalité. Les droits à l'information des députés vont donc en principe plus loin que le droit d'accès général régi par la LTrans.

Les commissions et délégations disposent de droits à l'information plus larges que les députés pris individuellement.

Les unités des services parlementaires ont les mêmes droits à l'information que les organes de l'Assemblée fédérale pour lesquels ils déploient leurs activités.

Renvois: art. 7, 67, 150, 153, 154 et 166 de la loi sur le Parlement (LParl; RS 171.10).

2.2. Questions 2012

2.2.1. Champ d'application à raison de la personne

Question: Pour quelles raisons le législateur a-t-il adopté les exceptions prévues à l'art. 2, al. 2, LTrans?

Réponse: Lors de l'élaboration de la loi sur la transparence, le législateur a opté pour un système d'exceptions qui se base sur une pesée des intérêts en cause dans un cas d'espèce (art. 7 LTrans) et non pour un système d'exceptions au niveau du champ d'application de la loi. Les exceptions concernant la Banque nationale suisse et l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sont exclusivement de nature politique et historique (art. 2, al. 2, LTrans). Ces exceptions ne se fondent pas sur des motifs matériels.

2.2.2. Assujettissement des membres du Conseil fédéral

Question: En sa qualité de chef de département, un membre du Conseil fédéral est-il soumis à la LTrans ?

Réponse: L'ensemble du Conseil fédéral constitue le gouvernement (art. 1 LOGA). Le Conseil fédéral prend ses décisions en tant qu'autorité collégiale (art. 12 LOGA). Ses délibérations et la procédure de co-rapport ne sont pas publiques (art. 21 LOGA). S'il dirige l'administration fédérale, le Conseil fédéral est une autorité distincte de celle-ci et donc non soumise à la loi sur la transparence (cf. ex contrario art. 2, al. 1, let. a, LTrans).

En ce qui concerne les conseillers fédéraux, il faut distinguer s'ils agissent en tant que membres du Conseil fédéral ou en tant que chefs de département ou, en d'autres termes, en qualité de chef de l'administration.

Lorsqu'un conseiller fédéral agit en tant que chef de l'administration, il est soumis à la LTrans. Tel est le cas s'il répond à une lettre de citoyen ou s'il transmet une note manuscrite au directeur d'un office avec pour mandat d'exécuter une tâche.

En revanche, lorsqu'un conseiller fédéral agit en qualité de membre du Conseil fédéral, il n'est pas soumis au champ d'application de la LTrans. Tel est le cas lorsqu'il soumet, par exemple, une proposition, une note d'information ou une note de discussion au Conseil fédéral (classeur rouge).

S'agissant, par exemple, de la nomination ou de la résiliation des rapports de service d'un directeur d'office, les principes suivants sont applicables: lorsque le Conseil fédéral engage ou licencie un employé de la fonction publique (sur proposition d'un membre, suivie d'une décision gouvernementale), il agit en qualité de collègue. En revanche, le contrat de travail de droit public ou le contrat de résiliation de droit public établis suite à la décision du Conseil fédéral est un acte administratif, donc soumis à la loi sur la transparence.

Renvois: Handkommentar BGÖ, art. 2, ch. 12 ss.; recommandation du PFPDT du 18.11.2010 (VBS / Inspektionsberichte ND-Aufsicht); recommandation du PFPDT du 9.12.2010 (EDA / Autorisiertes Interview); arrêt du TAF (A-1156/2011) du 22.12.2011; arrêt du TAF (A-3609/2010) du 17.02.2011.

2.2.3. Champ d'application à raison de la matière

Question: L'art. 3 LTrans exclut certaines procédures de son champ d'application à raison de la matière. S'agit-il uniquement de procédures pendantes ou cette exclusion concerne-t-elle aussi des procédures closes?

Réponse: Il convient en premier lieu de rappeler que les documents concernant une procédure administrative de première instance sont soumis à la LTrans. Par conséquent, ces informations sont en principe accessibles, à moins que les exceptions des art. 7 et 8 LTrans ne s'appliquent dans le cas d'espèce (voir ci-après ch. 3.1.1: Documents concernant des procédures de première instance).

Lorsqu'une décision de première instance fait l'objet d'un recours, l'autorité fédérale compétente transmet la décision, ses observations et le dossier à l'autorité de recours compétente. Jusqu'à la décision sur recours, il y a lieu de considérer que ces documents font partie d'une procédure juridictionnelle de droit public (« Verfahren der Staats- und Verwaltungsrechtspflege », soit le contentieux de droit public devant une autorité administrative supérieure ou un tribunal). Ils ne sont donc pas soumis au principe de transparence en vertu de l'art. 3, al. 1, let. a, ch. 5, la LTrans. Toute demande d'accès adressée à l'autorité de première instance ou à l'autorité de recours alors qu'une procédure juridictionnelle de droit public est pendante, est par conséquent irrecevable. Une fois la procédure close, l'autorité de recours retourne à l'autorité de première instance l'original de la décision attaquée ainsi que le dossier administratif. A partir de ce moment, ces documents entrent à nouveau dans le champ d'application de la LTrans et sont donc en principe accessibles. Les actes de procédure tels que des échanges d'écriture et des procès-verbaux qui sont en possession de l'autorité de première instance, restent exclus du champ d'application de la loi, même après la clôture de la procédure de recours.

Après la clôture de la procédure, l'autorité de recours garde dans son dossier une copie de la décision attaquée, les échanges d'écritures et un exemplaire de la décision de recours. Ces documents sont des actes de procédure. Les échanges d'écritures et la décision de recours sont exclus du champ d'application de la loi sur la transparence. De plus, l'autorité de recours n'est pas assujettie à la LTrans (art. 2 LTrans a contrario). La décision attaquée est accessible selon la LTrans auprès de l'autorité de première instance.

Les dispositions spéciales prévues dans les lois fédérales d'organisation judiciaire au sujet de l'applicabilité de la LTrans sont une concrétisation de l'exception prévue à l'art. 3, al. 1, let. a, ch. 5, LTrans. L'accès aux documents concernant les procédures juridictionnelles devant les tribunaux fédéraux est en effet exclu du champ d'application de la LTrans, que ces procédures soient pendantes ou closes auprès du tribunal compétent. Après la clôture d'une procédure devant un tribunal de la Confédération, seul son arrêt est en principe accessible au public sous une forme anonyme.

Vu la systématique de l'art. 3, al. 1, let. a, LTrans, les exceptions prévues aux ch. 1 à 5 LTrans ne sauraient être interprétées différemment les unes des autres.

Renvois: FF **2003** 1832; une partie de la doctrine est d'un autre avis: Handkommentar BGÖ art. 3, ch. 10 ss; Bernhard Waldmann et Magnus Oeschger, VwVG Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, art. 26, p. 537- 538.

2.2.4. Champ d'application ratione temporis

Question: En cas de changement de pratique, quelle sera la réglementation qui vaudra pour les documents officiels qui doivent être régulièrement adaptés? Y aura-t-il application rétroactive de la LTrans ?

Réponse: Cette problématique se pose également par rapport à l'application de la LTrans aux documents antérieurs à son entrée en vigueur. Selon la disposition transitoire de la LTrans (art. 23 LTrans), cette loi s'applique aux documents officiels qui ont été produits ou reçus par l'autorité après son entrée en vigueur. La LTrans ne dit rien en revanche s'agissant de documents officiels qui doivent régulièrement être adaptés.

Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, il y a lieu de considérer que le critère pour déterminer si la loi s'applique ratione temporis n'est pas le début du processus pour établir un document mais le moment précis où un document atteint son stade définitif d'élaboration. Chaque mise à jour d'un document correspond à ce moment. Il s'agit à chaque fois d'un nouveau document officiel au sens de la LTrans. Une solution contraire signifierait que des documents qui doivent être régulièrement mis à jour tels que des banques de données ne pourraient jamais tomber sous le coup de la LTrans, dès lors qu'ils ont été initialement créés avant son entrée en vigueur. Une telle conception aurait pour résultat de vider la LTrans de sa substance, ce qui ne serait pas conforme à la volonté du législateur.

Ce raisonnement peut également s'appliquer au changement de pratique par rapport à l'application de la LTrans. Par conséquent, il y a lieu de considérer que des documents mis à jour après un changement de pratique constituent de nouveaux documents et sont donc soumis au principe de transparence.

Renvois: Handkommentar BGÖ art. 23 ch. 11; Arrêt du TAF (A-7369/2006) du 24.07.2007.

2.3. Questions 2013

2.3.1. Dénonciation à une autorité

Question: Est-ce qu'une dénonciation adressée à l'autorité compétente qui ne donne pas lieu à l'ouverture d'une procédure pénale administrative est considérée comme un acte de procédure non soumis à la LTrans ?

Réponse: Par la dénonciation, il s'agit de transmettre à l'autorité des faits qui doivent l'amener à ouvrir une procédure pénale. Elle a donc trait à une procédure pénale au sens de

l'art. 3, al. 1, let. a, ch. 2, LTrans. Du point de vue de la loi sur la transparence, peu importe que cette procédure soit classée, voire qu'elle ne soit pas même ouverte.

La dénonciation à une autorité administrative au sens de l'art. 1 de la loi du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA ; RS 313.0) peut revêtir dans certains cas un double aspect: d'une part celui d'une plainte pénale, d'autre part celui d'une dénonciation au service administratif chargé de surveiller certaines activités des particuliers et d'intimer s'il le faut des injonctions de droit administratif. Elle devrait être traitée selon les règles de la LTrans, car il n'est pas possible de dissocier du reste son caractère pénal.

2.3.2. Plainte à une autorité de surveillance

Question: Les plaintes à l'autorité de surveillance qui ne s'inscrivent pas dans une procédure juridictionnelle de droit public au sens de l'art. 3, al. 1, let. a, ch. 5, LTrans entrent-elles dans le champ d'application matériel de la LTrans ?

Réponse: Une plainte à l'autorité de surveillance n'est pas une procédure juridictionnelle au sens de l'art. 3, al. 1, let. a, ch. 5, LTrans.

En principe, il ne s'agit pas non plus d'une procédure administrative de première instance au sens de l'art. 3, al. 1, let. b, LTrans. Dans la mesure où la procédure administrative ne connaît pas d'ouverture formelle de la procédure, il faut partir du principe selon lequel le dépôt de la plainte n'entraîne pas ouverture d'une procédure administrative de première instance.

3. Coordination avec d'autres lois

3.1. Questions 2006-2011

3.1.1. Documents concernant des procédures de première instance

Question: Est-ce que l'accès aux documents concernant des procédures de première instance (donc des procédures aboutissant à une décision) est déterminé selon le droit de procédure applicable (c'est-à-dire en général selon la loi sur la procédure administrative)?

Réponse: Non. L'accès aux documents concernant une procédure de première instance est régi par la LTrans. Fait également partie de la procédure de première instance la procédure d'opposition qui doit être menée avant la décision définitive de l'autorité de première instance (selon les règles applicables à la procédure dans le domaine concerné). Le droit de procédure s'applique par contre au droit des parties de consulter le dossier.

Les documents qui concernent une procédure administrative de première instance ne sont accessibles que lorsque la décision est définitive et exécutoire.

Renvois: art. 3, al. 1, let. b, et art. 8, al. 2, LTrans; FF **2003** 1832; guide pour l'appréciation des demandes, ch. 1.4.

3.1.2. Réserve de la législation spéciale en matière de secret

Question: Dans quels cas doit-on considérer qu'une disposition légale spéciale déclare certaines informations comme « secrètes » et qu'elle prime par conséquent sur le droit d'accès?

Réponse: Les dispositions légales spéciales en matière de secret sont réservées, dès qu'une loi limite expressément le cercle des personnes qui sont en droit de connaître l'information. Tel est le cas lorsque la disposition légale parle de « secret » ou prévoit que « l'obligation de garder le secret » doit être garantie ou que des faits doivent être traités de manière « confidentielle ».

Il n'est en revanche pas nécessaire que les informations ou le document en question soient formellement classifiés « SECRETS ». Une telle classification ne prime pas sur le droit d'accès. Si un document est classifié, il incombe à l'autorité compétente d'examiner si cette mesure peut être levée (voir ch. 4.2.3: Documents classifiés).

Renvois: art. 4, al. 1, let. a, LTrans; art. 11, al. 5, OTrans; FF **2003** 1832; guide pour l'appréciation des demandes, ch. 4.5.

3.1.3. Documents contenant des données personnelles

Question: Est-ce que des documents contenant des données personnelles peuvent être rendus accessibles sur la base de la LTrans?

Réponse: En principe, l'art. 9, al. 1, LTrans oblige à anonymiser les données. Mais même si c'est faisable, *elles ne doivent être anonymisées que dans la mesure du possible*. L'autorité doit s'appuyer sur la Constitution et respecter notamment les principes de l'égalité et de la proportionnalité, ainsi que l'obligation de préserver l'intérêt public. L'obligation d'anonymiser les données n'est donc pas absolue, elle doit être appréciée au cas par cas. L'autorité n'est pas tenue d'anonymiser les données si la sphère privée de la personne concernée n'est pas touchée. Dans ce cas, l'anonymisation pourrait même représenter une restriction disproportionnée du droit d'accès aux documents. Il faut en effet garder à l'esprit que le législateur visait la transparence en adoptant la loi.

En anonymisant les documents, il faut supprimer le lien avec la personne de telle sorte qu'un tiers ne puisse plus retrouver son identité sans des efforts disproportionnés (voir ch. 6.2.2 : Directives concernant le caviardage de documents).

La LTrans permet, à titre exceptionnel, de donner accès à des documents qui contiennent des données personnelles alors qu'il n'est pas possible de les anonymiser et que les personnes concernées ne consentent pas à leur divulgation (voir ch. 3.3.2 : Demandes mixtes LTrans / LPD). Ainsi, l'accès est accordé lorsqu'il existe un intérêt public prépondérant. Selon l'art. 6, al. 2, let. c, OTrans, ce peut être le cas lorsque la personne concernée 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. La publication est ainsi concevable lorsqu'il s'agit de documents liés à l'octroi d'avantages économiques considérables à des particuliers (contrats, subventions), lorsque des titulaires d'autorisations ou de concessions sont touchés ou lorsqu'il s'agit de contrats passés entre l'Etat et des particuliers. Il est dans l'intérêt public de savoir comment l'autorité a agi dans le cas d'espèce et comment elle a utilisé l'argent des contribuables. En effet, la LTrans est aussi un instrument de lutte contre la fraude et la corruption. Les personnes concernées doivent être entendues au préalable et peuvent participer à la suite de la procédure (voir ch. 7.2.1 à 7.2.4 : droits des tiers concernés).

Renvois: art. 7, al. 2, art. 9 et 11 LTrans; art. 6 OTrans; art. 19, al. 2 et 4, LPD, Handkommentar BGÖ, art. 7, ch. 47; FF **2003** 1854, 1857 s., 1863; guide pour l'appréciation des demandes et check-list, p. 8,

ch. 3.1.; Handkommentar BGÖ, art. 9, ch. 20 ss; Häfeli/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zurich, 2010, ch. 441; Office fédéral de la justice, Gutachten betreffend die Zugänglichkeit nach dem Öffentlichkeitsgesetz von Abgaben über Beratungsmandate vom 5.07.2012, ch. 2.1.4; Brunner / Flückiger, Nochmals: Der Zugang zu amtlichen Dokumenten, die Personendaten enthalten, in: Jusletter 4.10.2010, ch. 5, 13; Handkommentar DSG, art. 19, al. 1^{bis}, ch. 48, Zurich 2008.

3.2. Questions 2012

3.2.1. Réserve de la législation spéciale en matière d'accès

Question: Est-ce que l'art. 4, let. b, de la loi sur la transparence réserve uniquement les dispositions spéciales en matière d'information passive ou également les dispositions spéciales en matière d'information active?

Réponse: L'art. 4, let. b, LTrans réserve les dispositions spéciales qui instituent un régime de publicité spécifique en privilégiant certains domaines aussi bien dans le cadre de l'information passive que dans le cadre de l'information active. Ces normes ont pour objet soit de garantir la publicité absolue des documents désignés (et dans ce cas les exceptions de la LTrans ne sont pas applicables) soit d'instituer des dérogations moins étendues que celles posées à l'art. 7 LTrans, soit encore de prévoir des modalités de consultation spécifiques. Ces normes spéciales priment si elles vont plus loin en matière d'accès à l'information que la LTrans. Tel est le cas par exemple si une disposition spéciale prévoit une obligation pour l'autorité de publier un document.

Renvois: FF **2003** 1832-1833; Handkommentar BGÖ, art. 4, ch. 3 et ss; note de l'OFJ du 3.02.2012 concernant l'interprétation de l'art. 4, let. b, LTrans.

3.2.2. Principe de finalité selon l'art. 19, al. 1^{bis}, let. a, LPD

Question: Comment faut-il interpréter l'art. 9, al. 2, LTrans en liaison avec l'art. 19, al. 1^{bis}, LPD? Plus précisément, comment faut-il comprendre le principe de finalité régissant la communication des données conformément à l'art. 19, al. 1^{bis}, let. a, LPD en relation avec la définition prévue à l'art. 5, al. 1, let. c, LTrans?

Réponse: Lorsque la demande d'accès porte sur des documents officiels qui ne peuvent pas être rendus anonymes, les organes fédéraux peuvent communiquer des données personnelles en vertu de la LTrans à condition toutefois que les données concernées soient en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques et que la communication réponde à un intérêt public prépondérant (art. 19, al. 1^{bis}, LPD).

S'agissant du principe de finalité, le Tribunal administratif fédéral a statué ce qui suit: selon l'art. 19, al. 1^{bis}, qui constitue une norme de coordination réglementant l'accès aux documents officiels contenant des données personnelles [...], les organes fédéraux peuvent communiquer des données personnelles en vertu de la loi sur la transparence, lorsque les données concernées sont en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques (let. a) et que la communication répond à un intérêt public prépondérant (let. b; voir également l'art. 7, al. 2, LTrans). La première condition tient compte du principe de finalité. En outre, elle découle de la définition du terme « document officiel », telle qu'elle ressort de la LTrans (art. 5, al. 1, let. c) [...]. Quant à la seconde condition, son application exige une pesée des intérêts en jeu dans le cas d'espèce.

Renvois: Handkommentar BGÖ, art. 5 ch. 19 ss, art. 7 ch. 79 ss, art. 9 ch. 47; FF **2003** 1873; Basler Kommentar Datenschutzgesetz, Maurer-Lambrou/Vogt (ed.) Bâle 2006, art. 19 ch. 96; arrêt du TAF (A-1135/2011) du 7.12.2011.

3.2.3. Transparence et droit d'auteur

Question: Quels sont les documents protégés par le droit d'auteur? Qui est le titulaire des droits d'auteur ? Quelles sont les restrictions d'utilisation prévues par le droit d'auteur ?

Réponse: Le droit d'auteur se rattache toujours à une « œuvre ». L'art. 2 de la loi sur le droit d'auteur du 9 octobre 1992 (LDA; RS 231.1) définit cette notion. Il y a œuvre au sens du droit d'auteur lorsque les trois critères suivants sont remplis: l'œuvre est une création de l'esprit; elle est de nature littéraire ou artistique; enfin, elle a un caractère individuel (art. 2, al. 1, LDA). En d'autres termes, tout ce qui ne réunit pas ces trois critères, n'est pas protégé par le droit d'auteur. Tel est, par exemple, le cas des formulaires administratifs ou des lettres-type pour prendre le domaine des documents officiels.

Par principe, les œuvres administratives ne sont pas protégées par le droit d'auteur. En effet, l'intérêt à ce que ces œuvres soient diffusées sans entrave prime la protection de celles-ci par le droit d'auteur. Aux termes de l'art. 5 LDA, cette règle d'exclusion s'applique aux actes officiels suivants:

- Les lois, ordonnances, accords internationaux et autres actes officiels. Ne sont pas protégés non plus les actes du degré inférieur à l'ordonnance, tels que les circulaires, les instructions ou les directives relatives à l'interprétation de normes (let. a) et
- les décisions, procès-verbaux et rapports qui émanent des autorités ou des administrations publiques (let. b). Entrent notamment dans cette catégorie, les jugements, ordonnances, décisions, communications officielles, messages à l'appui de projets législatifs, notices et autres explications, commentaires ou exposé de motifs, enfin documents mis en consultation. A cette énumération, il convient d'ajouter les rapports d'experts et les documents émanant de commissions ou de groupes de travail de même que les avis de droit et autres expertises qui ont été repris dans des rapports officiels. Enfin les œuvres de particuliers qui figurent dans des décisions, procès-verbaux et rapports.

Les contenus qui ne répondent pas à la définition de l'œuvre au sens de l'art. 2, al. 1, LDA et qui figurent au nombre des exceptions prévues à l'art. 5 LDA, ne sont pas protégés par le droit d'auteur. Ils peuvent être utilisés librement, y compris à des fins commerciales. Seul le principe de transparence leur est donc applicable (art. 6, al. 3, LTrans, interprété a contrario).

La réserve de l'art. 6, al. 3, LTrans s'applique aux contenus qui répondent à la définition de l'œuvre au sens de l'art. 2, al. 1, LDA et qui ne figurent pas au nombre des exceptions prévues à l'art. 5 LDA. Dans le cas d'une demande d'accès, les art. 2, 5, 10 et 19 LDA revêtent une grande importance pour les personnes et organes concernés. Aux termes de l'art. 10 LDA, *seul l'auteur a le droit* de déterminer si l'œuvre peut être utilisée et, dans l'affirmative à quel moment et de quelle manière. L'autorisation d'utiliser à des fins déterminées des œuvres protégées qui ont été publiées découle directement de la loi sur le droit d'auteur. Tel est notamment le cas des citations (art. 25 LDA) et de l'utilisation de l'œuvre à des fins privées (art. 19 LDA). L'art. 19 LDA statue l'autorisation générale d'utiliser les œuvres à des fins privées tout en prévoyant que, dans les écoles, celles-ci ne peuvent être utilisées qu'à des fins pédagogiques et qu'au sein des entreprises, administrations publiques, institutions, commissions et organismes analogues, des exemplaires des œuvres ne peuvent être reproduits qu'à des fins d'information interne ou de documentation. Lorsqu'une œuvre est disponible sur le marché, seule la reproduction d'extraits est autorisée. L'autorisation fondée sur la loi permet d'utiliser les œuvres sans consulter préalablement les ayants droit.

Quiconque est habilité à utiliser une œuvre à *des fins privées*, peut en faire lui-même des copies, utiliser à cette fin les photocopieuses d'un tiers ou encore charger ce tiers de faire lui-même les copies. Lorsque les copies sont réalisées par un tiers au sens de l'art. 19, al. 2, LDA, l'œuvre n'est plus utilisée à des fins purement privées. Dans ces cas également, seule la reproduction d'extraits de l'œuvre est autorisée lorsque celle-ci est disponible sur le marché.

Le fait d'avoir accès à un document officiel (LTrans) et le droit d'en faire usage à des fins personnelles (LDA) *ne permettent pas* à l'usager de reproduire ou d'utiliser les copies qu'il a tirées lui-même ou qui lui ont été remises, dans *une mesure sortant des limites imparties par l'autorisation dans le cas concret*. Il convient de relever que le principe de l'égalité en matière d'accès, statué à l'art. 2 OTrans, lie l'autorité en ce sens qu'une fois qu'elle a accordé l'accès à une personne, elle ne peut plus appliquer des modalités plus rigoureuses aux demandeurs qui suivront. Ce principe ne signifie en rien que le *demandeur a le droit de permettre à d'autres personnes d'accéder au document officiel qu'il a obtenu*, par exemple, en publiant une copie sur Internet. Les demandeurs sont, en effet, tenus de respecter les normes de la LDA (notamment, l'art. 25 et les conditions auxquelles il soumet les citations).

Quiconque entend réutiliser une copie obtenue suite à une demande d'accès (quel que soit le support d'information choisi, y compris une page Internet), doit en demander l'autorisation à l'auteur (titulaire du droit). Aux termes de l'art. 5, al. 2, OTrans, l'autorité qui remet une copie du document protégé par le droit d'auteur, attire l'attention du demandeur sur les restrictions d'utilisation. Cette communication n'est, cependant, pas constitutive des restrictions proprement dites. Elle a valeur de simple avertissement et peut donc être formulée en termes généraux. Cela étant, il incombe au demandeur d'examiner si l'utilisation qu'il entend faire du document qu'il a obtenu en vertu de la LTrans, est compatible avec le droit d'auteur, en particulier avec l'art. 10, al. 1, LDA.

Les restrictions d'utilisation imposées par le droit d'auteur pourraient faire obstacle à la diffusion de documents officiels. Si ces documents émanent de tiers, ces restrictions sont légitimes car, en transmettant ces documents, ceux-ci n'ont pas automatiquement renoncé à exercer leurs droits d'exclusivité. En revanche, ces restrictions ne sont guère appropriées s'agissant de documents qui ont été établis par l'administration ou à la demande de celle-ci et auxquels s'applique le principe de transparence. Il est incompatible avec le but du principe de transparence que l'administration invoque le droit d'auteur pour faire obstacle à la diffusion du document demandé. Ce qui importe en l'occurrence est que l'autorité veille à déterminer qui détient les droits tant sur les œuvres produites par l'administration que sur celles dont la réalisation a été confiée à un mandataire. Lorsque des documents sont transmis en vertu d'un contrat ou d'une obligation légale, il y a lieu d'appliquer la théorie de la finalité (« *Zwecksübertragungstheorie* »). En revanche, lorsqu'un document protégé par le droit d'auteur est communiqué spontanément à l'autorité, l'auteur conserve ses droits sur ce document.

Renvois: FF **2003** 1822 ss et 1844 ss; Handkommentar BGÖ, art. 6 ch. 49 ss; Cherpillod, Stämpfli Handkommentar Urheberrechtsgesetz (URG), Berne 2006, art. 5 ch. 5, art. 19 ch. 5 ss; Barrelet/Egloff: Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, troisième édition augmentée et entièrement remaniée, Berne 2008, art. 5 ch. 4 ss, art. 16 ch. 20 ss, art. 19 ch. 1 ss; ATF 133 III 473; Message concernant l'arrêté fédéral relatif à l'approbation de deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et concernant la modification de la loi sur le droit d'auteur, FF **2006** 3263.

3.3. Questions 2013

3.3.1. Loi sur la transparence et protection des données

Question: Comment la coordination de la loi sur la transparence et la loi sur la protection des données est-elle assurée?

Réponse: Le législateur a réglé le rapport entre la LTrans et la LPD aux art. 3, al. 2, 7, al. 2 et 9 LTrans ainsi qu'aux art. 19, al. 1^{bis} et 25^{bis} LPD.

Il convient de distinguer quatre situations:

1. Le demandeur demande l'accès à ses données personnelles:

- L'art. 3, al. 2, LTrans prescrit que l'accès aux documents officiels contenant les données personnelles du demandeur est régi par la LPD. Il s'agit donc d'une demande d'accès au sens de l'art. 8 LPD.
- En cas de refus ou de restriction du droit d'accès conformément à l'art. 9 LPD, l'autorité doit notifier au demandeur une décision au sens de l'art. 5 PA.
- La procédure de recours est régie par les dispositions générales de la procédure fédérale.

2. Le demandeur demande l'accès à des documents contenant des données personnelles de tiers qui peuvent être anonymisées:

- L'art. 9, al. 1, LTrans dispose que les documents contenant des données personnelles doivent si possible être rendus anonymes avant qu'ils soient consultés.
- Comme il s'agit de documents qui ont été rendus anonymes, l'accès aux documents et la procédure sont régis par la LTrans.
- Le tiers ne doit pas être entendu (voir ch. 7.2.4: consultation des tiers concernés).
- Le demandeur peut demander une procédure de médiation s'il n'est pas d'accord avec l'anonymisation (art. 13 LTrans).
- Le demandeur peut exiger une décision (art. 15 LTrans).
- La procédure de recours est régie par les dispositions générales de la procédure fédérale.

3. Le demandeur demande l'accès à des documents contenant des données personnelles de tiers qui ne peuvent pas être anonymisées:

- L'art. 9, al. 2, 2^{ème} phrase LTrans prévoit que la procédure d'accès est régie par la LTrans.
- Le tiers doit être entendu conformément à l'art. 11 LTrans (voir ch. 7.2.4: consultation des tiers concernés).
- Le tiers peut faire valoir les droits que lui confère l'art. 25 LPD (art. 25^{bis} LPD).
- Le demandeur et le tiers peuvent demander une procédure de médiation (art. 13 LTrans) et exiger, le cas échéant, une décision (art. 15 LTrans).
- La procédure de recours est régie par les dispositions générales de la procédure fédérale.

4. Le demandeur demande l'accès à des documents contenant non seulement ses données personnelles mais aussi celles de tiers: voir ci-après ch. 3.3.2.

3.3.2. Demandes mixtes LTrans / LPD

Question: Comment convient-il de traiter les « demandes mixtes » concernant l'accès à des documents contenant des données personnelles non seulement du demandeur mais encore de tiers ?

Réponse: La loi sur la transparence règle trois cas de figure.

Premièrement, les documents officiels contenant des données personnelles doivent être si possible rendus anonymes avant d'être consultés (art. 9, al. 1). Une consultation au sens de l'art. 11 LTrans n'est alors pas nécessaire.

Deuxièmement, lorsque la demande d'accès porte sur des documents officiels qui ne peuvent pas être rendus anonymes, l'art. 19 de la loi sur la protection des données est applicable (art. 9, al. 2, LTrans). Une consultation au sens de l'art. 11 LTrans doit éventuellement être effectuée.

Troisièmement, l'accès aux documents officiels contenant les données personnelles du demandeur est régi par la LPD (art. 3, al. 2, LTrans).

Un cas de figure n'est pas réglé par la LTrans: celui dans lequel l'autorité est saisie d'une demande d'accès à un document officiel contenant à la fois des données personnelles se rapportant au demandeur (A.) et à des tiers (p. ex. B. et/ou C.). C'est ce que l'on désigne par le terme de « demande mixte ».

Lors du traitement d'une demande d'accès, il faut respecter les principes de l'anonymisation des données (art. 9, al. 1, LTrans) et de l'égalité d'accès aux documents officiels (art. 2 OTrans).

S'il est possible de rendre anonymes les données personnelles du demandeur (A.) et des tiers (B. et C.), le document officiel concerné remplit les conditions permettant de respecter l'obligation imposée par l'art. 9, al. 1, LTrans et le principe de l'égalité d'accès des justiciables aux documents officiels (art. 2 OTrans). Le demandeur devrait recevoir, selon ces principes, un document dans lequel tant ses données personnelles que les données des tiers ont été caviardées (conformité avec l'art. 9, al. 1, LTrans et l'art. 2 OTrans). Mais l'art. 3, al. 2, LTrans doit aussi être pris en compte : il impose de suivre la procédure de la loi sur la protection des données lorsque les demandes d'accès portent sur des documents contenant les données personnelles du demandeur. En cas de demande mixte, celui-ci pourra donc consulter les données qui le concernent, c'est-à-dire que ses données personnelles ne devront pas être anonymisées (demande d'accès au sens de l'art. 8 LPD, justification de l'identité du demandeur selon l'art. 1 OLPD). En l'occurrence, A. exerce son droit d'accès au sens de l'art. 8 LPD. Pour l'accès aux données personnelles de B. et de C. contenues dans le document, c'est la procédure prévue à l'art. 9 LTrans qui doit s'appliquer, pour autant que A. souhaite les consulter. Eventuellement, la consultation des tiers concernés (art. 11 LTrans) sera nécessaire. Dans l'hypothèse où l'autorité entend accorder à A l'accès à ses données personnelles ainsi qu'aux données personnelles de B. et C., celle-ci devrait mentionner dans sa prise de position que l'accès est accordé en vertu de la LPD et de la LTrans.

Si le demandeur A. ne peut pas justifier de manière satisfaisante de son identité, l'autorité traite la demande d'accès comme une demande relevant uniquement de la LTrans. Autrement, il serait facile à une personne de se procurer des données sur un tiers par la voie d'une demande d'accès. De plus, l'autorité risquerait de communiquer des données illicitement, sans identifier avec certitude leur destinataire.

Si, par contre, une autre personne (D.) dépose une demande d'accès au document que A. a reçu à la fois selon la procédure prévue par la LTrans (données sur B. et sur C.) et selon les modalités de la LPD (données sur A., en vertu de l'art. 3, al. 2, LTrans), c'est la seule LTrans qui s'appliquera (art. 9, al. 1, LTrans). Les données relatives à A. devront être rendues anonymes avant la consultation dans la mesure du possible. Si ce n'est pas possible, l'art. 9, al. 2, LTrans s'appliquera, avec une éventuelle consultation de A. (art. 11 LTrans). Il faut noter que le droit d'accès de D. aux données personnelles se rapportant à A., régi par la LTrans, ne peut pas être plus étendu que le droit d'accès de A. aux termes de la LPD. Quant aux données relatives à B. et à C., elles obéissent au principe de l'égalité de l'accès aux documents officiels (art. 2 OTrans). Elles doivent être divulguées au demandeur D. dans la même mesure qu'elles l'ont été au demandeur A.

Renvois: FF **2003** 1860; Handkommentar BGÖ, art. 9 ch. 15 ss et art. 11, ch. 11 ss; arrêt du TAF (A-3192/2010) du 17.06.2011.

3.3.3. Transparence et archivage

Question: Comment la coordination entre la loi sur la transparence et la loi sur l'archivage est-elle assurée?

Réponse: Le législateur n'a pas jugé nécessaire de régler le rapport entre la loi sur la transparence et la loi sur l'archivage. Toutefois, il faut partir du principe que le versement de documents aux archives fédérales ne doit pas péjorer l'accès aux documents officiels. Pour garantir la coordination entre la loi sur la transparence et la loi sur l'archivage, il faut donc appliquer les dispositions les plus favorables au demandeur.

Il convient de distinguer trois catégories de documents:

- 1. Les documents étaient accessibles en vertu de la LTrans le jour de leur dépôt aux Archives fédérales:**
 - Les documents consultables par le public avant d'être versés aux Archives fédérales le restent par la suite (art. 9, al. 2, LAr).
 - Les restrictions d'accès moins favorables de la LAr ne s'appliquent pas (p. ex. délai de protection, imposition de charges).
 - Par contre les modalités d'accès plus favorables de la LAr sont applicables (p.ex. accès gratuit).
- 2. Les documents n'étaient pas accessibles en vertu de la LTrans le jour de leur dépôt aux Archives fédérales:**
 - Le réexamen du statut secret du document est régi par les règles plus favorables de la LTrans.
 - La procédure applicable aux litiges est régie par les règles plus favorables de la LTrans, notamment les règles concernant la procédure de médiation.
 - Par contre, les modalités d'accès sont régies par les règles plus favorables de la LAr.
- 3. Les documents archivés ne sont pas soumis à la LTrans:**
 - La législation sur l'archivage s'applique en plein. Elle régit le statut public ou secret des documents versés, la procédure d'accès et les voies de droit en cas de litige.

Renvois: art. 9, al. 2, de la loi sur l'archivage (LAr; RS 152.1); art. 5, al. 2, de l'ordonnance sur l'archivage (OLAr; RS 152.11); FF **2003** 1821 ss; Handlomentar BGÖ, art. 4, ch. 17.

3.3.4. Archivage et protection des données

Question: Comment la coordination entre la loi sur l'archivage et la loi sur la protection des données est-elle assurée?

Réponse: La communication de renseignements aux personnes concernées et le droit d'accès de celles-ci aux Archives fédérales sont régis par les dispositions de la LPD. Il appartient au service versant de prononcer la décision de refus (art. 15 LAr). Avant qu'une décision ne soit rendue, la personne concernée doit être entendue (art. 22, al. 1, OLAr). La personne concernée peut exiger une décision susceptible de recours (Art. 22, al. 1, OLAr)

3.3.5. Transparence et procédure de consultation externe

Question: est-ce que les avis exprimés lors d'une procédure d'audition selon l'art. 10 de la loi sur la consultation sont soumis au principe de transparence?

Réponse: Les règles de publicité concernant les documents d'une procédure de consultation externe ne sont pas les mêmes que celles applicables aux documents d'une procédure d'audition.

Lors d'une procédure de consultation externe, l'art. 9 de la loi sur la consultation prévoit que les documents suivants sont accessibles au public:

- le dossier soumis à consultation (projet de loi et rapport explicatif);
- les avis exprimés après expiration du délai de consultation;
- le rapport rendant compte des résultats de la consultation, après que le Conseil fédéral en a pris connaissance.

L'art. 9 LCo constitue une disposition spéciale au sens de l'art. 4, let. b, LTrans qui réserve les normes d'autres fédérales qui déclarent certaines informations accessibles à des conditions qui dérogent à la LTrans. La loi sur la transparence et en particulier ses exceptions ne s'appliquent donc pas aux documents de la procédure de consultation externe (art. 9, al. 3, LCo). Par contre, l'accès aux autres documents, par exemple les prises de position dans le cadre d'une procédure de consultation des offices, est régi par la loi sur la transparence.

L'art. 9 LCo est applicable par analogie aux auditions visées à l'art. 10 LCo. Les avis exprimés doivent être traités de la même manière que ceux issus d'une consultation. En pratique, ils sont publiés tant dans le cadre d'une consultation que dans celui d'une audition. Si ce n'est pas le cas, ils doivent être mis à la disposition de qui les demande (information passive). Le principe de la publicité (titre de l'art. 9 LCo) doit être respecté dans tous les cas.

L'art. 10, al. 2, LCo a la teneur suivante : « Le résultat de ces auditions est public. » D'autre part, l'obligation de rédiger un rapport sur les résultats de l'audition présuppose que les avis sont accessibles. Comme ils sont à la base du rapport, il est indiqué de les publier, pour des raisons de transparence. Si ce n'est pas le cas, ils doivent être rendus accessibles sur demande.

Renvois: loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation (loi sur la consultation, LCo; RS 172.061); ordonnance du 17 août 2005 sur la procédure de consultation (ordonnance sur la consultation, OCo; RS 172.061).

4. Notion de « document officiel »; cas particuliers

4.1. Questions 2006-2011

4.1.1. Documents qui ont atteint leur stade définitif d'élaboration

Question: Quand est-ce qu'un document a atteint son stade définitif d'élaboration au sens de la loi?

Réponse: Un document est censé avoir atteint son stade définitif d'élaboration s'il a été signé ou caractérisé d'une autre manière comme finalisé. Peu importe si la signature est olographe, digitale ou apposée au moyen d'un timbre. Même si un document est pourvu du terme "signé" en lieu et place d'une signature, il est considéré comme signé, de même si la remarque "version finale" ou un autre terme similaire y a été apposé.

On considère également qu'un document a atteint son stade définitif d'élaboration, lorsqu'il a été définitivement transmis à une personne, à un service ou à une autorité pour prise de connaissance ou de position, comme base de décision ou en vue d'une autre utilisation. A titre d'exemple, il convient de citer le projet de proposition au Conseil fédéral transmis par l'office en charge d'un dossier à son département (voir ci-après ch. 4.2.1: Projet de proposition au Conseil fédéral). La transmission d'un document diffusé au sein d'une équipe de travail ou entre un collaborateur et son supérieur afin qu'il soit corrigé, complété ou finalisé ne doit pas être considérée comme une transmission à son destinataire au sens de la loi sur la transparence. La transmission est « définitive », lorsqu'il incombe principalement au destinataire de décider de la suite qu'il entend donner au document.

Renvois: art. 5, al. 3, let. b, LTrans; art. 1, al. 2, OTrans; FF **2003** 1840 ss; commentaire OTrans ch. 2; guide pour l'appréciation des demandes, ch. 1.1. arrêt du TAF (A-1156/2011) du 22.12.2011.

4.1.2. Documents destinés à l'usage personnel

Question: Quand est-ce qu'un document est un document « destiné à l'usage personnel » non soumis au droit à l'accès?

Réponse: Représentent des documents destinés à l'usage personnel d'une part les documents personnels qui se trouvent certes à la place de travail, mais qui ne présentent pas de lien avec les tâches du service (p. ex. des courriers électroniques personnels, des tableaux ou des livres; voir également ch. 4.2.4: Agenda, calendrier outlook et liste de voyage). Tombent également sous cette notion, d'autre part, des notes, projets etc. qui servent uniquement à l'usage personnel ou à l'usage au sein d'un cercle de personnes très restreint ou lorsqu'ils sont transmis entre un collaborateur et son supérieur (p. ex. une équipe de projet). En général, des copies de dossiers pourvues d'annotations et de notes par la personne responsable de son traitement tombent également sous cette notion.

Renvois: art. 5, al. 3, let. c, LTrans; art. 1, al. 3, OTrans; FF **2003** 1842; commentaire OTrans ch. 2; arrêt du TAF (A-1156/2011) du 22.12.2011.

4.1.3. Banques de données

Question: Est-ce que les informations enregistrées dans des banques de données sont accessibles selon la loi sur la transparence?

Réponse: La loi sur la transparence prévoit que les documents officiels englobent également les documents pouvant être établis par un traitement informatisé simple sur la base d'informations enregistrées (documents "virtuels").

De ce fait, l'autorité saisie d'une demande d'accès doit procéder à de simples interrogations de banques de données.

Si aucune clause d'exception et aucune disposition de la législation spéciale ne s'y opposent, il est en principe possible de demander également l'accès à toutes les informations figurant dans une banque de données.

Ne sont pas soumises au droit d'accès les banques de données et les données qui y figurent si une autorité les commercialise.

Pour ce qui est des banques de données comprenant des données personnelles (collectes de données au sens de la législation sur la protection des données), les explications fournies au ch. 3.1.3 sont valables par analogie.

Renvois: art. 5, al. 2, LTrans; FF **2003** 1838; recommandation du PFPDT du 18.03.2013 (ENSI/Messdaten der Kaminsinstrumentierung des Kernkraftwerks Mühleberg).

4.1.4. Courrier électronique

Question: Est-ce que des messages envoyés par courrier électronique sont également accessibles en vertu de la loi sur la transparence?

Réponse: Sont accessibles selon la LTrans tous les messages du courrier électronique qui correspondent aux critères du document officiel et qui concernent donc en particulier l'accomplissement d'une tâche publique. Ne sont pas accessibles les messages du courrier électronique à contenu purement privé qui sont envoyés ou reçus par le système de courrier électronique d'une autorité. A certaines conditions, un message du courrier électronique pourrait toutefois représenter un "support personnel pour le travail" et ne serait donc pas non plus un document officiel. Tel est le cas lorsque le message en question est adressé à un cercle de personnes très restreint (en particulier aux membres d'une équipe ou d'un petit groupe de travail) pour lequel il sert de base commune de travail, par exemple pour l'élaboration de rapports, conceptions, propositions, prises de position etc. (et donc pour des documents officiels).

Renvois: ch. 4.1.2; art. 5, al. 1, LTrans; guide pour l'appréciation des demandes, ch. 1.1; arrêt du TAF (A-1156/2011) du 22.12.2011.

4.1.5. Documents "internes"

Question: Est-ce que l'accès à des documents purement internes, par exemple à des procès-verbaux de la direction d'un office, peut être refusé de manière générale?

Réponse: La catégorie des documents « internes » ne figure pas dans la loi sur la transparence. Si un document correspond aux critères fixés par la loi, soit qu'il concerne l'accomplissement d'une tâche publique, qu'il a atteint son stade définitif d'élaboration et qu'il n'est ni commercialisé ni destiné à l'usage personnel, le document est en principe accessible. Si le document en question ne tombe pas en dehors du champ d'application de

la loi ou s'il n'existe pas de dispositions légales spéciales qui s'appliquent, l'accès peut être limité, différé ou totalement refusé lorsqu'une clause d'exception est remplie. Il faut examiner dans chaque cas d'espèce si tel est le cas.

Renvois: art. 3 à 5 et 7 LTrans; guide pour l'appréciation des demandes, ch. 1 et 2.

4.2. Questions 2012

4.2.1. Projet de proposition au Conseil fédéral

Question: Pourquoi un projet de proposition transmis au département par l'office qui en est responsable est en principe accessible?

Réponse: Même si le projet de proposition préparé par l'office n'est pas encore signé par le chef de département, un tel document revêt, pour l'office, un caractère définitif (art. 1, al. 1, let. b, OTrans). En effet, l'office, en tant qu'auteur, a transmis le document à son destinataire pour prise de position ou pour décision (voir ch. 4.1.1: Documents qui ont atteint leur stade définitif d'élaboration).

Un projet de proposition transmis par un office au secrétariat général d'un département ne fait pas encore partie de la procédure de co-rapport, puisque celle-ci commence le jour où le département compétent signe sa proposition (art. 5, al. 1bis et 2, de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [OLOGA; RS 172.010.1]).

Si l'office doit corriger le projet de proposition à la demande de son chef de département ou du secrétariat général, le projet de proposition corrigé constitue un nouveau document officiel qui atteint son stade définitif d'élaboration dès qu'il est transmis à son destinataire pour prise de position. Il en va de même du document que le chef de département retourne à l'office pour correction.

Le projet de proposition est accessible en vertu de la LTrans sauf si les exceptions de l'art. 7 LTrans lui sont applicables. L'office peut notamment limiter ou différer le droit d'accès, si l'accès au projet de proposition est susceptible de porter notablement atteinte au processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté de son chef de département.

Une fois la procédure de co-rapport ouverte, la règle du secret s'applique à tous les documents qui en font partie, à savoir la proposition signée, les co-rapports des autres départements et de la Chancellerie fédérale, les éventuelles réponses, répliques et duplications, ainsi que les projets ou les « feuilles d'accompagnement » préparés par exemple par les offices ou certains services des départements (voir ci-après ch. 5.1.2: Procédure de co-rapport).

Renvois: FF **2003** 1855; guide pour l'appréciation des demandes d'accès ch. 2.1; Hankommentar BGÖ, art. 8, ch. 17 ss; ATF 136 II 399; arrêt du TAF (A-1156/2011) du 22.12.2011.

4.2.2. Documents transmis aux commissions parlementaires

Question: Comment convient-il de traiter les demandes d'accès à des documents qui ont été établis sur mandat d'une commission parlementaire?

Réponse: En principe, tous les documents établis ou reçus par l'administration fédérale sont soumis à la LTrans. Toutefois, pour tenir compte du fait que le parlement n'est pas assujéti à la LTrans, un compromis a dû être trouvé avec les services du parlement concernant les documents transmis aux commissions parlementaires (voir ci-dessus ch. 2.1.5: Commissions parlementaires). La pratique distingue trois catégories de documents:

1. Les documents établis expressément sur mandat d'une commission parlementaire: par exemple une commission parlementaire charge un office d'établir un avis de droit. L'accès à ces documents est régi par la loi sur le parlement.
2. Les documents qui, au départ, n'ont pas été établis par l'administration fédérale pour une commission parlementaire mais qui ont ensuite été transmis à une commission: par exemple un office demande à un autre organe fédéral d'établir une expertise; celle-ci est ensuite transmise à une commission parlementaire. Ce document est soumis à la loi sur la transparence.
3. Les documents officiels établis par l'administration fédérale pour une commission parlementaire mais sans mandat express de cette dernière: l'OFJ et le PFPDT ont un avis différent à ce sujet.

Selon l'OFJ, il y a lieu ici de distinguer dans chaque cas d'espèce pour qui les documents ont été établis en tant que destinataire principal:

- Si les documents ont été établis exclusivement à l'intention d'une commission parlementaire (par exemple, dans le cadre d'une procédure parlementaire, un office décide de sa propre initiative de préparer une nouvelle formulation d'une disposition légale), ils doivent être rangés dans la première catégorie de documents mentionnée ci-dessus et ils tombent donc sous le coup de la loi sur le parlement.
- Si en revanche les documents ont été établis pour l'administration fédérale et qu'ils sont ensuite mis à la disposition d'une commission parlementaire parce qu'ils pourraient être utiles à cette dernière (par exemple un chef de département souhaite faire examiner une question par son office, puis décide de transmettre les résultats de cet examen à une commission parlementaire), de tels documents entrent dans la seconde catégorie de documents et sont donc soumis à la LTrans.

Le PFPDT estime, pour sa part, que la loi sur la transparence n'exclut de son champ d'application aucun document à raison du cercle des destinataires. Au contraire, tous les documents que l'administration établit sans mandat exprès d'une commission parlementaire sont, par principe, soumis à la LTrans. On ne voit pas pourquoi le public ne pourrait pas y avoir accès. Il est conforme au but de la LTrans que la transparence règne également sur les propositions, les prises de position et les idées que l'administration communique aux commissions parlementaires. Sont réservées les exceptions réglées à l'art. 7, al. 1, LTrans.

Le Conseil fédéral a eu l'occasion de répondre à une question parlementaire (Question 12.1134 – Question « Transparence des procédures de consultation ») portant sur cette problématique. De l'avis de celui-ci, le service responsable de la consultation devrait, en règle générale, prendre l'initiative en rendant accessibles au public les documents essentiels à l'élaboration d'un dossier mis en consultation. Cette façon de procéder peut se déduire de l'article 10 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010), en vertu duquel le Conseil fédéral et l'administration fédérale assument des tâches d'information; elle découle en outre de l'art. 19 OTrans qui prévoit que l'autorité compétente publie aussitôt que possible sur Internet les documents officiels importants. Selon le Conseil fédéral, ce principe devrait également s'appliquer aux expertises réalisées sur mandat d'une commission parlementaire. L'autorité compétente devrait donc demander suffisamment tôt à la commission concernée l'autorisation de publier les expertises concernées, avant la publication du dossier de consultation dans lequel une expertise est citée.

Renvois: recommandation du PFPDT du 19.06.2009 (UVEK/Zusatzdokumentation Staatsrechnung), recommandation du PFPDT du 2.11.2009 (EDI, EJPD, VBS, EFD, EVD, UVEK / Zusatzdokumentation

Voranschlag 2010); recommandation du PFPDT du 18.11.2010 (VBS/Inspektionsberichte ND-Aufsicht).

4.2.3. Documents classifiés

Question: Les documents classifiés constituent-ils, par principe, une exception au droit d'accès au sens de la LTrans ?

Réponse: La définition des échelons de classification qui figure dans l'ordonnance sur la protection des informations (OPrl; RS 510.411) s'inspire du libellé de l'art. 7 LTrans (exceptions) et doit être interprétée à la lumière de cette disposition. Le fait qu'un document officiel est classifié constitue un élément important pour l'appréciation d'une demande d'accès. Cependant, il n'est, à lui seul, pas suffisant, pour motiver un refus de l'accès. Lorsqu'elle a affaire à une telle demande d'accès, l'autorité doit, en vertu de l'art. 11, al. 5, OTrans, examiner si le document en cause ne peut pas être déclassifié. Aux termes de l'art. 13, al. 3, OPrl l'instance compétente examine, indépendamment de l'éventuelle mention de classification, s'il y a lieu d'autoriser, de limiter, de différer ou de refuser l'accès, conformément aux dispositions de la LTrans. S'il ressort de cet examen que la classification ne se justifie plus, le document doit être déclassifié (soit en totalité soit partiellement en application du principe de proportionnalité) et rendu accessible au demandeur. En d'autres termes, il résulte de la coordination des dispositions pertinentes de la LTrans et de l'OPrl que, dans le cadre de l'examen d'une demande d'accès, les classifications d'informations ne se justifient que si l'on a affaire à une exception au sens de l'art. 7, al. 1, LTrans ou à un cas particulier au sens de l'art. 8, al. 1 à 4, LTrans.

Renvois: FF **2003** 1848; commentaires de l'OTrans, ch. 4.5 ; Handkommentar BGÖ, art. 4 ch. 28 ss, art. 12 ch. 8 ss; recommandation du PFPDT du 18.11.2010 (VBS/Inspektionsberichte); recommandation du PFPDT du 21.10.2010 (Islamistische Imame).

4.2.4. Agenda, calendrier outlook et liste de voyage

Question: Comment faut-il apprécier une demande d'accès à une liste des déplacements à l'étranger du directeur ou à une copie de son agenda?

Réponse: Le critère déterminant est de savoir s'il s'agit de documents officiels au sens de l'art. 5 LTrans et, en particulier, s'ils concernent l'accomplissement d'une tâche publique.

Liste des déplacements à l'étranger: Une telle liste, pour autant qu'elle existe ou ait été établie par un traitement informatisé simple sur la base d'informations enregistrées (art. 5, al. 2, LTrans), est un document officiel au sens de l'art. 5, al. 1, LTrans, document qui est donc accessible au public, sous réserve des exceptions des art. 7 et 8 LTrans.

Agenda: Les agendas tels que le calendrier outlook sont mis à la disposition des agents de l'administration au titre de l'accomplissement de tâches publiques. Ils répondent donc à la définition des documents officiels statuée à l'art. 5, al. 1, LTrans; partant, ils sont accessibles au public sous réserve des exceptions prévues aux art. 7 et 8 LTrans. L'utilisateur d'un calendrier outlook qui entend y inscrire des rendez-vous privés en sus des pages réservées aux obligations professionnelles peut marquer ceux-ci comme « privés » (Onglet Calendrier/nouveau rendez-vous/catégories/cocher case « Privé »).

4.3. Questions 2013

4.3.1. Demandes d'accès à des documents futurs

Question: Un demandeur désire consulter des documents qui ne seront établis ou du moins finalisés que plus tard. Comment traiter une telle demande ?

Réponse: La définition du terme de « document officiel » se fonde sur l'art. 5, al. 1 et 2, LTrans. Il s'agit de « toute information qui a été enregistrée sur un quelconque support (al. 1, let. a), qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a été communiquée (al. 1, let. b) et qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique (al. 1, let. c) ». Pour toute demande d'accès, il faut vérifier si ces conditions sont remplies. L'existence du document demandé au moment où la demande est faite, ou bien la possibilité de créer un document à partir d'une information enregistrée par un traitement informatisé simple, est un critère décisif. Les données qui devraient être supprimées au bout d'un certain délai doivent toutefois être conservées dès le moment où la demande d'accès est arrivée. Celles qui ne sont pas encore créées, mais le seront après l'entrée de la demande, ne sauraient être considérées comme « détenues par l'autorité ». Ce ne sont donc pas des documents officiels. Les documents établis après la réception de la demande ne peuvent plus être requis dans le cadre d'une éventuelle procédure de médiation. Il faut établir une nouvelle demande pour requérir un accès à ces documents.

Les modalités de l'accès sont régies exclusivement par l'art. 6, al. 2, LTrans. Il n'existe pas de droit à un accès en ligne. En conclusion, les documents futurs auquel l'accès serait demandé ne sont pas des documents officiels au sens de l'art. 5 LTrans. La loi ne fonde donc pas de droit invocable à accéder à ces documents (al. 1, let. b, *a contrario*).

Renvois: Handkommentar BGÖ, art. 5, ch. 11 et ss; recommandation du PFPDT du 18.03.2013 (ENSI / Messdaten der Kamininstrumentierung des Kernkraftwerks Mühleberg).

4.3.2. Accès à un ensemble de documents sur la base de plusieurs demandes émanant de la même personne

Question: Un demandeur (ou un groupe de demandeurs) dépose plusieurs demandes portant chacune sur un document officiel. Rien ne s'oppose à la communication de chacun de ces documents, mais l'accès à l'ensemble des documents réalise la condition de l'art. 7, al. 1, let. c, LTrans, qui fonde une exception. Comment l'autorité doit-elle agir ?

Réponse: Toute demande doit être traitée selon les critères de la loi sur la transparence. La somme des documents n'est pas en soi un motif de restriction du droit d'accès selon la loi. Si l'autorité veut faire valoir une exception, elle doit en exposer le motif de manière claire. La communication d'un document peut créer un nouveau contexte et influencer sur l'appréciation du caractère accessible ou non d'un autre document. Il n'en reste pas moins que chaque document doit faire l'objet d'un examen à part. Cet examen relève de la responsabilité de l'autorité. Elle doit attester que la divulgation des informations est dommageable. Le principe du libre accès aux documents officiels conduit en effet à un renversement du fardeau de la preuve : l'autorité doit prouver qu'il existe un motif pour restreindre l'accès.

Renvois: Handkommentar BGÖ, art. 7 ch. 4 et s; concernant le fardeau de la preuve de l'autorité, voir arrêt du TAF (A-4962/2012) du 22.04.2013, consid. 6.2.

5. Clauses d'exception, dispositions particulières

5.1. Questions 2006-2011

5.1.1. Protection des procédures décisionnelles internes

Question: Est-ce que l'administration peut préparer des décisions sans subir des pressions ?

Réponse: Afin d'éviter que les processus décisionnels internes à l'administration soient passablement compromis à la suite de la publication avancée de bases décisionnelles déterminantes, la loi institue plusieurs mécanismes:

- les documents ne peuvent être rendus accessibles qu'à partir du moment où la décision qui se fonde sur eux a été prise;
- en plus, la loi prévoit une clause d'exception selon laquelle l'accès à un document peut être limité, différé ou refusé lorsque l'autorisation de l'accès est susceptible de porter notablement atteinte au processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité ou d'autres organes (il peut également s'agir d'une autorité ou d'un organe cantonal); tel peut également être le cas si la décision a déjà été prise pour laquelle le document représente la base immédiate;
- les documents liés à la procédure de co-rapport sont exclus du droit à l'accès (voir ch. 5.1.2: Procédure de co-rapport);
- quant aux documents de la procédure de consultation des offices, le Conseil fédéral peut décider exceptionnellement qu'ils ne sont pas non plus accessibles après la prise de la décision (voir ch. 5.1.3: Procédure de consultation des offices).

Renvois: art. 7, al. 1, let. a, et art. 8, al. 1 à 3, LTrans; FF **2003** 1848 ss, 1854 ss; guide pour l'appréciation des demandes, ch. 2.1.

5.1.2. Procédure de co-rapport

Question: Quels sont les documents qui font partie de la procédure de co-rapport et qui ne sont donc pas accessibles en vertu de la loi sur la transparence?

Réponse: La procédure de co-rapport est conduite par la Chancellerie fédérale. Elle est ouverte lorsque la Chancellerie fédérale a reçu la proposition définitive de la part du département responsable.

La proposition signée par le chef de département à l'intention du Conseil fédéral n'est pas accessible selon les règles posées par la loi sur la transparence, car elle représente déjà un document de la procédure de co-rapport. Ne sont pas non plus accessibles les prises de position fournies dans le cadre de la procédure de co-rapport, y compris les répliques et les duplicques du département responsable. Ceci vaut également pour les projets de tels documents qui ont été élaborés par exemple par un office et transmis ensuite au département dans le cadre de la procédure de co-rapport en cours.

La proposition émanant de l'office responsable qui est transmise au département ne fait toutefois pas encore partie de la procédure de co-rapport, de sorte qu'elle est en principe accessible selon la LTrans (voir ch. 4.2.1: Projet de proposition au Conseil fédéral).

Renvois: art. 8, al. 1, LTrans; art. 5, al. 1^{bis} et 2, de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA; RS 172.010.1); FF **2003** 1855; guide pour l'appréciation des demandes, ch. 2.1; ATF 136 II 399.

5.1.3. Procédure de consultation des offices

Question: A quelles conditions et selon quelle procédure le Conseil fédéral peut-il exclure l'accès à des documents liés à la procédure de consultation des offices?

Réponse: Si le Conseil fédéral entend exclure l'accès à des documents faisant partie de la procédure de consultation des offices, il doit se servir des clauses d'exception prévues par la LTrans.

La décision statuant une exception par rapport à l'accessibilité est prise avec la décision portant sur le fond et doit figurer dans le dispositif de la décision.

Renvois: art. 8, al. 3, LTrans; FF **2003** 1856 ss.

5.1.4. Accès aux rapports d'évaluation

Question: Quels sont les documents qui doivent être considérés comme des rapports d'évaluation et qui sont donc dans tous les cas accessibles ?

Réponse: Sont considérés comme des rapports d'évaluation des prestations fournies par l'administration et de l'efficacité des mesures prises par cette dernière, les rapports qui sont établis dans le cadre d'un examen concernant son efficacité. Tel est notamment le cas des analyses en matière de mise en œuvre, d'efficacité ou concernant les effets, qui ont été exécutés dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 170 Cst.

Ne sont pas considérés comme des rapports d'évaluation les documents portant directement sur l'évaluation des prestations de personnes ou sur l'évaluation de produits dans le cadre d'un programme d'acquisition (p. ex. produits informatiques ou biens d'équipement militaire).

Renvois: art. 8, al. 5, LTrans ; FF **2003** 1857;

http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/staat_und_buerger/evaluation.html.

5.2. Questions 2013

5.2.1. Secrets d'affaires ou de fabrication

Question: Quels sont les éléments d'un contrat qui peuvent être caviardés, s'il y a lieu, en tant que secrets d'affaires au sens de l'art. 7, al. 1, let. g, LTrans (p. ex. raison sociale, nom de collaborateurs de l'autre partie au contrat, prestations concrètes, prix, offres, etc.) ?

Réponse: Toute demande d'accès à un contrat doit être traitée selon les critères de la loi sur la transparence. Selon l'art. 7, al. 1, let. g, LTrans, l'accès à des documents officiels est limité, différé ou refusé s'il peut révéler des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication. Le message précise que le principe de transparence ne doit en aucun cas entraîner la divulgation de ces secrets à des tiers extérieurs à l'administration. *La loi sur la transparence ne doit pas entraîner une distorsion de la concurrence entre acteurs du marché.* On peut en déduire que le secret d'affaires ne se rapporte pas à toutes les données de l'affaire, mais seulement aux données essentielles qui, si elles étaient connues par la concurrence, créeraient une distorsion sur le marché, en donnant à l'entreprise concernée un avantage concurrentiel ou en lui faisant subir un désavantage concurrentiel. Cela présuppose que cette entreprise ne soit pas seule sur le marché et qu'il existe une situation

de concurrence. Reste à savoir quelles informations la concernant doivent être qualifiées de secrets d'affaires ou de fabrication.

La législation suisse ne définit pas les termes de secret d'affaires et de fabrication. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, établie à partir de l'art. 162 CP et de l'art. 6 LCD, ce sont tous les faits qui ne sont ni de notoriété publique, ni généralement accessibles, pour lesquels il existe un intérêt légitime au maintien du secret et que le détenteur du secret veut garder confidentiels. Quatre conditions cumulatives sont requises pour qu'une information sur une entreprise soit un secret digne de protection :

- a) il existe un lien entre le fait à garder secret et l'entreprise.
- b) le fait est relativement inconnu.
- c) le détenteur du secret a la volonté de garder l'information secrète (intérêt subjectif au maintien du secret).
- d) il existe un intérêt légitime au maintien du secret (intérêt objectif au maintien du secret)

Pour juger si un document contient des secrets d'affaires ou de fabrication, il faut se fonder sur ces conditions. En pratique, cela est souvent difficile.

L'objet du secret d'affaires ou de fabrication est une information pertinente pour les affaires ou un processus de fabrication. Le secret de fabrication porte généralement sur un savoir technique, soit une connaissance relative à la manière de procéder à un acte technique (recette de fabrication, résultats de recherches, processus ou moyen de production, etc.). Les secrets d'affaires peuvent porter sur tous les faits qui concernent des connaissances principalement commerciales, p. ex. des possibilités d'écoulement de la marchandise, une politique de prix et de rabais, le calcul du prix, des informations sur la situation générale des affaires et sur les intentions commerciales d'une entreprise, le plan de lancement d'un produit, l'échec d'un projet, le chiffre d'affaires, les comptes annuels, les comptes de résultat, les bilans, les listes de clients, les sources d'approvisionnement, une stratégie de marché, des documents concernant la solvabilité d'une entreprise, des projets de recherches prévus ou en cours, certaines informations concernant l'acquisition de biens culturels par une autorité, ou des informations qui pourraient influencer sur le cours des actions de l'entreprise si elles étaient connues.

Conformément à la jurisprudence évoquée plus haut, des informations relatives à une entreprise sont des secrets d'affaires ou de fabrication lorsque les quatre conditions ci-dessous sont réunies :

- a) Il existe un lien entre l'information et l'entreprise. Il s'agit de l'intérêt d'une entreprise donnée à maintenir le secret. Si ce lien fait défaut ou est si lâche que le fait concerné se réfère à la situation du marché en général ou à d'autres entreprises, la protection de l'information ne s'applique pas.
- b) Le fait en question est relativement inconnu. Tel est le cas lorsque seul un petit cercle de personnes le connaît. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un fait perd son caractère secret s'il est notoire ou facilement accessible. Dans un cas d'espèce, ce qui est décisif est de savoir si le détenteur du secret contrôle le cercle des personnes informées ou non.
- c) Le détenteur du secret veut garder le secret. La volonté du détenteur du secret doit être clairement exprimée ou pouvoir être déduite des circonstances. Elle doit s'appliquer exclusivement à des faits qui ne sont ni notoires ni facilement accessibles.

- d) L'autorité doit reconnaître qu'il existe un intérêt objectif et fondé au maintien du secret. Elle ne doit le faire que si les informations à garder secrètes peuvent influencer sur le résultat de processus économiques. Seules les données importantes dont la divulgation à la concurrence causerait une distorsion du marché (en faisant subir un désavantage concurrentiel à l'entreprise concernée) peuvent être secrètes. *La pertinence de l'information en matière de concurrence est décisive.*

L'autorité qui traite la demande d'accès doit *vérifier si les informations sur l'entreprise représentent en l'occurrence des secrets d'affaires ou de fabrication.* L'affirmation générale d'une entreprise que tel est le cas ne saurait suffire. Il est recommandable, de fait, que l'autorité prenne contact avec l'entreprise et lui demande de décrire les données secrètes dans le document demandé, même si la LTrans ne l'oblige pas à le faire. Cette description permet d'une part d'attester la volonté de l'entreprise concernée de garder le secret, d'autre part d'offrir à celle-ci la possibilité de donner son point de vue. Certes, l'autorité peut en règle générale partir du principe que les informations décrites sont des secrets d'affaires ou de fabrication. Mais elle ne peut pas se fonder simplement sur les indications de l'entreprise. Elle doit constater par elle-même si celle-ci a un intérêt fondé à la protection de ces informations. Comme dans sa prise de position au sens de l'art. 11, al. 2, LTrans, elle doit exposer à l'entreprise entendue sa propre estimation des secrets d'affaires décrits par cette dernière. Il peut tout à fait arriver que leurs positions divergent. L'autorité ne peut donc pas se contenter de se référer à l'avis de l'entreprise entendue dans sa prise de position au demandeur et aux personnes consultées, ni dans sa prise de position au PFPDT.

Concernant les données personnelles, l'art. 9 LTrans est applicable.

Renvois: FF 2003 1853; ATF 80 IV 22 consid. 2.a; 103 IV 283 consid. 2.b; 109 Ib 47 consid. 5.c; 118 Ib 547 consid. 5; BSK-StGB II – Amstutz/Reinert, art. 162 ch. 11 s.; Baudenbacher/Glückner, in: Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bâle 2001, art. 6 ch. 6 ss, 16 ss, 32, 24 ss; BSK-StGB II - Amstutz/Reinert, art. 162 ch. 12; ATF 80 IV 22; 88 II 319; détails dans BSK-StGB II; Mabillard, in: Jung / Spitz (éd.), Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Berne 2010, art. 6 ch. 9 ss, 12, 15, 16; Ritz, Die Geheimhaltung im Schiedsverfahren nach schweizerischem Recht, 2007, p. 45 s.; ATF 109 Ib 47 consid. 5.c; Handkommentar BGÖ, art. 7, ch. 4; Klöpfer, Informationsfreiheitsgesetz und Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Berlin 2011, p. 14 ss.

Recommandation du PFPDT du 6.7.2011 (SECO/Vollzugskostenbeiträge PLK); recommandation du PFPDT du 5.8.2011 (BLW/Controlling-Formulare Milchmengen); recommandation du PFPDT du 16.5.2011 (OFEV/Rapports d'analyse des carburants); recommandation du PFPDT du 19.6.2012 (BAG/Liste Acrylamidmessungen); recommandation du PFPDT du 25.6.2012 (BAG/Protokoll-Beilagen Eidgenössische Arzneimittelkommission (sog. Résumés); recommandation du PFPDT du 16.7.2012 (ETH/Vertragsdokumente); recommandation du PFPDT du 9.8.2012 (BWO/Verkauf SWAG); recommandation du PFPDT du 4.12.2012 (Swissmedic/Überprüfung der Rechtmässigkeit von Medizinalprodukten).

5.2.2. Convention de confidentialité bilatérale

Question: Comment procéder si un partenaire à un contrat en puissance n'est prêt à le conclure qu'à la condition de rester anonyme ?

Réponse: On se demande pour quelle raison un particulier ne voudrait conclure un contrat avec l'Etat que sous couvert d'anonymat. Pour que la clause d'exception de l'art. 7, al. 1, let. h, LTrans permettant de garder des données confidentielles déploie ses effets, *trois conditions doivent être réunies* :

- a) L'information doit avoir été donnée à l'autorité par un particulier et non par une autre autorité.
- b) Elle doit avoir été fournie librement, et non sur la base d'une obligation légale ou contractuelle.
- c) L'administration doit s'être engagée à en préserver la confidentialité.

Pour ce dernier point, la garantie du secret doit avoir été expressément demandée, et expressément accordée par l'autorité. Cette promesse de confidentialité ne doit d'ailleurs pas être donnée trop facilement, même si l'autorité doit parfois renoncer à l'information offerte. Une pratique trop souple irait à l'encontre du principe de transparence.

Dans le cas d'un contrat entre l'Etat et un particulier, il manque une des conditions posées par l'art. 7, al. 1, let. h, LTrans : l'information librement fournie.

Les dispositions d'exception de la LTrans s'appliquent cependant à ces contrats. S'il n'y a pas de motif pour faire une exception au sens des art. 7 et 8, l'art. 9 LTrans s'applique (voir ch. 3.1.3 : Documents contenant des données personnelles).

Renvois: Handkommentar BGÖ, art. 7 ch. 47; FF **2003** 1853; guide pour l'appréciation des demandes, ch. 2.4.8.

5.2.3. Protection des données personnelles des employés de l'autorité

Question: Est-ce que les données personnelles de l'employé qui a établi un document officiel doivent-elles être rendues anonymes, avant que le document officiel ne soit rendu public?

Réponse: Lorsqu'il s'agit de rendre public le nom de l'employé qui a agi, sa fonction, la position qu'il représente dans sa fonction officielle ou le nom d'une autre personne qui agit dans le cadre d'une fonction officielle, les données personnelles de ces personnes sont accessibles (notamment leur nom et la désignation de leur fonction). Ces personnes ne doivent, dans ce cas, pas être traitées comme des « tiers privés ». Leur droit à une protection de leur sphère privée passe après le droit à la transparence.

Toutefois, il y a lieu de renoncer à toute publication si elle a ou peut avoir selon une grande probabilité des conséquences négatives concrètes pour l'employé de l'autorité. En principe, la primauté de la protection des données personnelles vaut cependant également pour les données personnelles des employés des autorités soumises au principe de transparence. Il va de soi par exemple que les dossiers personnels des employés de la Confédération ne sont pas en règle générale accessibles.

Enfin, le législateur a voulu honorer la confiance des fonctionnaires qui ont établi les documents avant l'entrée en vigueur de la loi sur la transparence en partant légitimement du principe que ces derniers étaient et resteraient confidentiels. A cette fin, il a adopté une norme transitoire (art. 23 LTrans). A partir du moment où la loi sur transparence est entrée en vigueur, les employés savent que les documents établis par eux sont accessibles en vertu de cette loi, sous réserve d'exceptions. Ils ne bénéficient donc plus de la protection accordée par la norme transitoire.

Renvois: arrêt du TAF (A-4962/2012) du 22.04.2013; recommandation du PFPDT du 16.08.2012 (BSV/AHV/IV Sitzungsprotokolle; recommandation du PFPDT du 19.09.2012 (ESTV/Cockpits und Amtsreportings; arrêt du TAF (A-2165/2009) du 19.10.2009; Handkommentar BGÖ art. 23 ch. 3; recommandation du PFPDT du 22.02.2012: (Bundesanwaltschaft / Arbeitsvertrag als Bundesanwalt).

6. Traitement des demandes d'accès

6.1. Questions 2006-2011

6.1.1. Demande

Question: Dans quels cas une requête doit être considérée comme une demande d'accès au sens de la LTrans?

Réponse: Une requête doit être considérée comme une demande d'accès au sens de la LTrans, lorsqu'elle porte sur un ou plusieurs documents officiels au sens de la loi précitée. Ne sont pas considérées comme des demandes d'accès, les requêtes concernant:

- des renseignements généraux (p. ex. l'état d'un projet, l'autorité compétente dans un certain domaine).
- la consultation ou la remise d'informations régies par des dispositions spéciales (p. ex. extraits de registres, droit des parties de consulter le dossier dans le cadre d'une procédure, droit du demandeur d'accéder à ses propres données personnelles).
- Des renseignements de nature juridique.

Renvois: art. 3, 4 et 5 LTrans; FF **2003** 1832 ss.

6.1.2. Forme et contenu de la demande

Question: Sous quelle forme la demande doit-elle être présentée et quelles indications doit-elle contenir?

La demande doit être formulée de manière suffisamment précise, c'est-à-dire qu'elle doit contenir suffisamment d'indications permettant l'identification du ou des documents demandés. L'autorité ne peut par contre pas exiger que le demandeur motive sa demande ou qu'il indique les intentions poursuivies au moyen de sa demande.

Le demandeur doit permettre à l'autorité d'identifier le document demandé en lui indiquant des données généralement accessibles afférentes au document (par exemple la date de l'établissement, le titre ou la référence), le domaine exact, l'autorité ayant éventuellement publié des documents à ce sujet, la date de la publication, l'espace de temps concerné, etc.

Le degré de précision qui peut être exigé dépend dès lors notamment des moyens dont dispose le demandeur pour formuler sa demande, p. ex. des informations sur les domaines de tâches, des dossiers et des affaires publiés sur Internet par l'autorité.

L'autorité doit, quant à elle, aider le demandeur à formuler sa demande de manière plus précise, si elle en a sans autres la possibilité et si on peut l'exiger d'elle. Cela vaut notamment pour le cas où elle n'a rendu généralement accessibles que peu d'indications relatives à des documents officiels disponibles.

Renvois: art. 10, al. 3, LTrans; art. 7 et 17 s OTrans; FF **2003** 1860 ss; recommandation du PFPDT du 3.04.2009 (ESTV/Cockpits und Amtreportings).

6.1.3. Demandes abusives

Question: Quels sont les mécanismes prévus pour empêcher que le droit d'accès à des documents officiels ne soit utilisé dans le but de perturber le bon fonctionnement d'une autorité?

Réponse: La loi ne prévoit aucune réglementation au sujet des demandes abusives; un principe général du droit veut que l'abus de droit ne trouve aucune protection. Puisque toute personne peut déposer une demande d'accès sans remplir des conditions particulières, il est de toute façon quasiment impossible – et également peu sensé – de définir quand on se trouve en présence d'un abus.

La loi prévoit néanmoins des mécanismes susceptibles d'empêcher que des demandes soient déposées dans l'unique but de perturber le travail de l'autorité. Ainsi, il est possible de prélever des émoluments pour des demandes dont le traitement cause un travail substantiel. L'ordonnance prévoit par ailleurs que le demandeur doit expressément confirmer sa demande lorsque les émoluments dépasseront vraisemblablement CHF 100.-.

Lorsque le traitement d'une demande entraîne un effort qui ne peut pas être fourni avec les ressources existantes sans que l'accomplissement d'autres tâches soit largement compromis, le délai peut être prolongé. Le terme des "ressources disponibles" couvre en premier lieu le personnel compétent dans le domaine concerné et disposant des connaissances spécifiques nécessaires pour le traitement de la demande.

Renvois: art. 10, al. 4, let. c, LTrans; art. 10 OTrans; FF **2003** 1858, 1862.

6.1.4. Demandes en grand nombre

Question: De quelle manière l'autorité peut-elle procéder lorsqu'elle reçoit un grand nombre de demandes concernant les mêmes documents, p. ex. dans le cadre d'une action concertée?

Réponse: S'il s'agit dans un tel cas de documents qui peuvent être rendus accessibles, l'autorité peut tout simplement placer les documents concernés sur le site Internet ou les publier dans un organe officiel. Les droits découlant de la loi sur la transparence sont ainsi satisfaits.

Si la publication d'office de la documentation en question n'est pas possible ou ne l'est qu'en partie, le droit de la procédure administrative prévoit des instruments qui pourraient s'appliquer dans un cas de procédures impliquant un grand nombre de personnes. En premier lieu, il y a lieu de relever ici la jonction des procédures. Lorsque plus de 20 personnes participent à une procédure, il existe la possibilité de demander ou d'imposer une représentation. En plus, des règles particulières s'appliquent à la notification des décisions.

Renvois: art. 10, al. 4, let. b, LTrans; art. 11a et 36 de la loi sur la procédure administrative (PA; RS 172.021); FF **2003** 1858, 1862.

6.1.5. Accès partiel

Question: Quand et dans quelle mesure faut-il autoriser, le cas échéant, un accès partiel?

Réponse: Lorsque seules certaines parties d'un document officiel tombent sous le coup d'une clause d'exception prévue par la loi, l'accès ne saurait être interdit totalement. Toute restriction du droit d'accès doit être proportionnelle, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas aller plus

loin qu'un intérêt public ou privé qui serait réellement mis en danger (ou pourrait l'être) si les informations en question étaient publiées.

L'accès ne peut en principe pas être limité à un certain cercle de destinataires, il peut uniquement être restreint à des parties d'un document.

L'accès peut être totalement refusé lorsque la partie restante d'un document n'a plus aucun sens après l'élimination des passages ou parties sensibles (voir ci-après ch. 6.2.3: Caviardage total).

Renvois: art. 7, al. 1, LTrans; FF **2003** 1846 ss.

6.1.6. Consultation

Question: Est-ce que les demandeurs peuvent choisir librement le mode et le lieu de la consultation?

Réponse: Les demandeurs ont le choix entre la consultation sur place des documents officiels souhaités et l'obtention de copies de ces documents, sauf si le document devait subir des détériorations ou dommages suite à leur reproduction.

La consultation des documents a lieu auprès de l'autorité compétente pour le traitement de la demande d'accès.

Les demandeurs peuvent en principe choisir entre une copie papier et une copie électronique d'un document, ou encore une copie sous une autre forme (si le document demandé est par exemple une bande sonore). Les demandeurs peuvent également copier eux-mêmes des documents lors d'une consultation sur place (p. ex. la prise de photographies digitales au moyen de leur propre caméra est également admissible).

Renvois: art. 6, al. 2, LTrans; art. 4 et 5 OTrans; FF **2003** 1844 ss.

6.2. Questions 2012

6.2.1. Traitement des demandes d'accès volumineuses

Question: Comment convient-il de traiter les demandes d'accès volumineuses?

Réponse: Lorsque l'autorité est saisie d'une demande portant sur un grand nombre de documents, il lui est recommandé de se mettre en rapport avec le demandeur. Une demande qui, de par son caractère général, contraint l'administration à faire de longues recherches n'est en soi pas abusive a priori. Le contact direct entre l'autorité et le demandeur permet le cas échéant de préciser l'ampleur de la demande et de restreindre le nombre des documents à produire. D'une part, l'autorité peut inviter le demandeur à préciser sa demande (art. 7, al. 3, OTrans). D'autre part, elle est tenue de renseigner le demandeur sur les documents officiels accessibles et d'assister celui-ci dans ses démarches (art. 3, al. 1, OTrans). L'autorité est par exemple tenue de remettre au demandeur un extrait de son gestionnaire électronique de documents ou – à défaut d'un tel outil – une liste des documents disponibles. Cette manière de procéder permet au demandeur de préciser sa demande et d'en mieux apprécier l'ampleur.

Si le demandeur ne fournit pas, dans un délai de dix jours, les indications complémentaires requises pour l'identification du document officiel, sa demande est considérée comme retirée (art. 7, al. 4, OTrans).

Lorsque l'établissement d'une liste de documents occasionne un surcroît important de travail, il peut donner lieu à une prolongation du délai de traitement de la demande

conformément à l'art. 12, al. 2, LTrans ou à l'art. 10, al. 4, let. c, LTrans en liaison avec l'art. 10 OTrans.

Renvois: recommandation du PFPDT du 3.04.2009 (EStV/Cockpits und Amtsreportings); arrêt du TAF (A-3631/2009) du 15.09.2009; Handkommentar BGÖ, art. 10 ch. 30 ss; FF **2003** 1862.

6.2.2. Directives concernant le caviardage des documents

Question: Existe-t-il des directives concrètes concernant le caviardage de documents?

Réponse: Ni la LTrans ni le message à l'appui de cette loi contiennent des indications claires sur la manière de rendre anonymes ou de recouvrir (caviardage noir ou blanc) des passages de textes. Il est conforme à l'esprit de la LTrans que le demandeur puisse se rendre compte par lui-même des passages précis d'un document qui ont été soit rendus anonymes soit caviardés par l'autorité. Aussi, l'anonymisation ou le caviardage de passages bien déterminés doivent-ils être pratiqués de telle manière que le demandeur puisse constater de visu que des passages déterminés du document ont été masqués. A cette fin, l'autorité peut enduire de noir les passages en question ou les signaler d'une autre façon (par exemple, en introduisant des crochets assortis de points de suspension ([...])). Le fait d'enduire le texte d'une couche de blanc ne permet pas toujours d'indiquer à coup sûr les parties du texte et les passages précis qui ont été caviardés. Aussi convient-il, par principe, de renoncer à recouvrir de blanc les textes, à moins que l'autorité ne marque, en outre, expressément les passages qui ont été caviardés.

Renvois: Handkommentar BGÖ, art. 6 ch. 31 ss, art. 9 ch. 30 ss; recommandation du PFPDT du 28.07.2008 (EDA/Projektunterlagen DEZA).

6.2.3. Caviardage total

Question: Dans quelle mesure faut-il octroyer l'accès à des procès-verbaux de séance qui ont trait à un objet sur lequel l'autorité n'a pas encore statué ou qui recèlent des secrets d'affaire ? Convient-il de refuser l'accès ou de caviarder la majeure partie du procès-verbal ?

Réponse: La LTrans prévoit trois façons de restreindre le droit d'accès. L'autorité peut non seulement refuser l'accès mais aussi le limiter ou le différer. La restriction appliquée au cas d'espèce doit respecter le principe de proportionnalité. L'accès ne doit pas être refusé pour le simple motif que le document contient quelques informations secrètes. Dans ce cas, un accès limité sera octroyé (voir ci-dessus ch. 6.1.5: Accès partiel).

En vertu de l'art. 8, al. 2, LTrans, l'accès aux documents officiels qui constituent la base d'une décision politique ou administrative, est différé jusqu'à ce que la décision soit prise. Toutefois, comme presque chaque document constitue la base d'une telle décision, l'autorité pourrait être encline à interpréter de manière large l'art. 8, al. 2, LTrans. Aussi faut-il que, dans le cas d'espèce, il existe un rapport direct entre le document et la décision à prendre concrètement et que ce document ait, quant au fond, une importance non négligeable au regard de cette décision.

Le processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité est aussi protégé en vertu de l'art. 7, al. 1, let. a, LTrans. Toutefois, en l'occurrence et à la différence de ce qui vaut pour les autres exceptions prévues à l'art. 7, al. 1, l'autorité doit établir qu'il existe un risque non négligeable que cette liberté soit entravée.

Des documents ne peuvent qu'à titre exceptionnel être déclarés secrets d'affaires dans leur intégralité. En règle générale, les passages des documents qui sont révélateurs de tels secrets seront caviardés (voir ci-dessus ch. 5.2.1: secrets d'affaires et de fabrication).

Renvois: Handkommentar BGÖ, art. 8 ch. 30; Handkommentar BGÖ, art. 7 ch. 15 et ch. 43 ss; recommandation du PFPDT du 6.07.2011 (SECO/Vollzugskostenbeiträge PLK).

6.2.4. Statistiques en matière de transparence

Question: Comment l'autorité doit-elle procéder pour établir correctement une statistique des demandes d'accès au sens de la LTrans, d'une part, et des pures demandes de renseignement émanant de journalistes, d'autre part?

Réponse: La LTrans confère à toute personne un droit d'accès subjectif. Aussi, lorsqu'un journaliste demande l'accès à un document officiel, y a-t-il lieu de respecter la procédure prévue par la LTrans de même que les prescriptions sur la saisie des informations exigées par l'art. 21 OTrans. Il appartient à l'autorité d'organiser aussi rationnellement que possible la tenue des statistiques découlant de la LTrans. A noter que les simples demandes de renseignement émanant de journalistes (autrement dit des demandes qui ne visent pas à obtenir l'accès à des documents officiels) ne sont pas soumises à la LTrans.

Renvois: commentaire OTrans, ch. 8.

7. Procédure

7.1. Questions 2006-2011

7.1.1. Nature juridique de la prise de position de l'autorité

Question: Quelle est la nature juridique de la prise de position de l'autorité et quelles sont les dispositions formelles applicables?

Réponse: La prise de position de l'autorité peut consister en l'octroi de l'accès (au moyen de l'envoi d'une copie ou de la consultation sur place). Lorsque l'accès est limité, différé ou refusé, le demandeur doit en être informé par écrit.

La prise de position sous forme de la communication d'une restriction d'accès ne représente pas une décision, celle-ci n'est rendue qu'au cours de la procédure ultérieure. Une simple lettre ou une formule standardisée suffit pour la communication.

Renvois: art. 12 LTrans; FF **2003** 1863.

7.1.2. Accès aux documents dans le cadre des procédures de médiation et de recours

Question: Est-ce que dans le cadre des procédures de médiation et de recours le demandeur peut demander l'accès aux documents dont la consultation est litigieuse, en vertu de son droit de consulter les pièces du dossier dans une procédure administrative ?

Réponse: Le droit des parties de consulter les pièces du dossier dans une procédure administrative ne saurait porter sur les documents dont la consultation est litigieuse, puisqu'il s'agit de l'objet du litige. Le PFPDT ainsi que les autorités de recours doivent donc prendre toutes les mesures nécessaires afin de garantir que le demandeur ou son représentant légal

ne puissent pas avoir accès aux documents litigieux dans le cadre de la procédure de médiation ou de recours.

S'il s'agit d'informations particulièrement sensibles (p.ex. des documents classifiés), il est possible d'envisager que le médiateur ou les autorités de recours consultent les documents sur place, afin d'éviter qu'ils ne fassent partie des pièces de procédure. Une consultation sur place de l'autorité n'est toutefois pas toujours nécessaire. En effet, la question de savoir si ces informations particulièrement sensibles sont accessibles, peut en règle générale déjà être tranchée au vu de la nature des informations ou selon la catégorie des documents concernés.

7.1.3. Recours de l'autorité

Question: Est-ce qu'une autorité peut recourir auprès du Tribunal fédéral, lorsque le Tribunal administratif fédéral ne confirme pas sa décision de refuser ou de restreindre le droit d'accès ?

Réponse: La loi sur la transparence et son ordonnance ne prévoient pas de droit de recours pour les autorités. Un office ou une unité administrative qui lui est subordonnée ne peut donc pas recourir auprès du Tribunal fédéral contre une décision du Tribunal administratif fédéral. Il peut uniquement faire valoir l'intérêt d'une correcte interprétation du droit fédéral, ce qui ne constitue pas, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une légitimation suffisante pour recourir. Le département compétent dans le domaine concerné a en revanche la qualité pour recourir.

Renvois: art. 89, al. 2, let. a, de la loi sur Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110).

7.2. Questions 2012

7.2.1. Droits des tiers concernés dans une procédure d'accès

Question: Dans le cadre de la procédure d'accès, quels sont les droits des tiers concernés (par exemple, les destinataires de la décision ou les auteurs d'écrits adressés à l'administration)?

Réponse: Jusqu'à l'ouverture d'une procédure de décision (art. 15, al. 1 et 2, LTrans), les droits procéduraux des tiers sont régis notamment par les art. 11 et 13, al. 1, let c, LTrans. La suite de la procédure est régie par la loi sur la procédure administrative (art. 1, al. 1, PA et art. 16, al. 1, LTrans). Eu égard au libellé de l'art. 48, al. 1, let a, PA et au principe de l'unité de la procédure, la définition de partie telle que prévue par la PA doit être respectée, dès qu'il y a application des art. 10 à 14 LTrans.

Renvois: Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021); arrêt du TAF (A-4356/2010) du 25.01.2011 et arrêt du TF (2C_234/2011) du 23.08.2011.

7.2.2. Qualité de partie des tiers concernés

Question: Qu'en est-il de la qualité de partie des différentes personnes impliquées lorsque l'autorité est amenée à rendre une décision et dans le cadre de la procédure de recours (notamment quel est le statut du demandeur lorsque seul le tiers qui a été entendu conformément à l'art. 11 LTrans, demande à l'autorité de rendre une décision) ?

Réponse: Si l'on en arrive à une procédure de médiation (art. 13 LTrans) et éventuellement à une procédure tendant à ce que l'autorité rende une décision (art. 15 LTrans), le

demandeur et les tiers devant être entendus conformément à l'art. 11 LTrans, y ont qualité de partie. Dans la procédure de médiation, l'autorité a également qualité de partie (art. 10, al. 1, LTrans). Les tiers ont la faculté de déclarer qu'ils renoncent à participer à la procédure. Ce faisant, ils perdent, toutefois, leur droit de recours (art. 48, al. 1, let. a, PA). Si, de son côté, le demandeur ne maintient pas sa requête, la procédure est classée comme étant sans objet. Si plus de 20 personnes participent à la procédure pour défendre les mêmes intérêts, l'autorité peut exiger d'elles qu'elles choisissent un ou plusieurs représentants (art. 11a PA).

Dans le cadre de la procédure tendant au prononcé d'une décision, il y a lieu d'entendre toutes les parties, y compris celles qui n'ont pas demandé un tel prononcé. Font exception les parties qui, dans le cadre de la médiation, ont déclaré renoncer à participer à la procédure.

La qualité de partie dans la procédure de recours est régie par les dispositions usuelles (art. 6 et 48 PA, art. 89 LTF).

Renvois: arrêt du TAF (A-4356/2010), du 25.01.2011, cons. 5.1; MARINO LEBER, Parteistellung im Verwaltungsverfahren, in: Isabelle Häner / Bernhard Waldmann [éd.], Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zurich 2008, p. 17 ss.

7.2.3. Droits des tiers concernés dans la procédure de médiation et dans la procédure de recours

Question: Dans ces deux procédures, comment peut-on garantir les droits de participation des tiers concernés, de telle sorte que, d'une part, ceux-ci ne perdent pas leurs droits parce qu'ils ont été associés trop tard à la procédure et que, d'autre part, la procédure ne traîne pas en longueur ?

Réponse: L'autorité qui assure la direction de la procédure au stade en question doit veiller à ce que les droits des parties, notamment le droit d'être entendu (art 31 et 57, al. 1, PA) soient sauvegardés. Lorsque l'autorité qui statue entend faire pleinement droit à la demande des parties, elle peut se dispenser de les entendre (art. 30, al. 2, let. c, PA). Compte tenu du délai imparti par la loi à l'autorité pour rendre sa décision, celle-ci est contrainte de fixer aux parties de courtes échéances. Lors de procédures impliquant plusieurs participants, il n'est, toutefois, pas toujours possible de respecter le délai dans lequel l'autorité doit rendre sa décision, selon l'art. 15, al. 3, LTrans. D'où la possibilité de prolongation prévue à l'art. 12, al. 2, LTrans.

7.2.4. Consultation des tiers concernés

Question: Est-il correct que l'autorité renonce à entendre le tiers concerné lorsqu'une décision comporte une donnée personnelle qu'il est impossible de rendre anonyme ?

Réponse: L'autorité peut renoncer à l'audition des personnes dont les données personnelles figurent dans les documents officiels en cause, lorsqu'il ressort d'un examen sommaire de la situation juridique qu'il est exclu d'accorder l'accès auxdites données, même compte tenu de l'art. 9, al. 2, LTrans (conclusion inverse de celle qui découle de l'art. 11, al. 1, LTrans). En revanche, même s'il est manifeste que des données personnelles peuvent être communiquées à un tiers avec ou sans le consentement de la personne concernée (art. 9, al. 2, LTrans en liaison avec l'art. 19 LPD), l'autorité ne saurait être déliée de son obligation d'entendre cette personne. Il convient, au contraire, de lui laisser la possibilité de contester l'appréciation provisoire de la situation à laquelle l'autorité s'est livrée.

Si, à la lumière d'une demande de médiation émanant du demandeur, il appert que l'accès peut être accordé, le PFPDT est en droit d'exiger de l'autorité qu'elle procède conformément à l'art. 11, al 1, LTrans, à l'audition qu'elle avait jusque-là négligée. Cette compétence est fondée d'une part sur l'art. 12b, al. 1, OTrans et, d'autre part, sur l'idée qu'il ne saurait être conforme à l'esprit qui sous-tend le déroulement de la procédure que le tiers concerné ne puisse s'exprimer qu'au stade de la procédure de médiation.

7.2.5. Droit de consulter

Question: Comment les parties à la procédure exercent-elles le droit de consulter les pièces du dossier de l'instance inférieure dans le cadre de la procédure devant l'autorité de recours ?

Réponse: Sous réserve des exceptions prévues par la loi, les parties ont le droit de consulter les pièces (art. 26 à 28 et 57, al. 1, PA). Ce droit de consultation vaut également pour le dossier de l'instance inférieure. S'agissant de la consultation des pièces à laquelle se rapporte la demande d'accès litigieuse, voir ch. 7.1.2.

7.2.6. Commissions extraparlimentaires et pouvoir décisionnel

Question: Quelles sont les autorités compétentes (commissions, offices, etc.) pour traiter les demandes concrètes d'accès aux documents des commissions extraparlimentaires ?

Réponse: Les commissions consultatives sont des commissions extraparlimentaires qui donnent leur avis et préparent des projets. Elles sont rattachées administrativement à un département. Elles font partie de l'administration décentralisée et sont soumises au champ d'application de la LTrans (voir ch. 2.1.4: Application aux commissions extraparlimentaires).

Une commission extra-parlementaire ne peut pas se voir reconnaître un pouvoir de décision sans base légale formelle. Comme la LTrans n'attribue pas elle-même un pouvoir de décision à des organes spécifiques, il appartient à une autre autorité de statuer. La seule autorité entrant en ligne de compte est l'autorité de surveillance. S'il est vrai que le département auquel la commission est rattachée doit respecter l'indépendance de celle-ci dans l'exécution de ses tâches, il n'en demeure pas moins que ledit département est compétent pour exercer une surveillance administrative sur celle-ci. L'autorité exerçant la surveillance administrative est, dès lors, également compétente à titre subsidiaire pour rendre une décision lorsque l'organe qu'elle surveille n'a pas de compétence décisionnelle.

Par conséquent, il incombera au département, respectivement à l'office auquel une commission consultative est rattachée, de rendre une décision selon l'art. 15 LTrans.

Renvois: art. 57a, al. 2, de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010) et art. 8a de l'ordonnance y relative (OLOGA; RS 172.010.1) ; arrêts du TAF (A-1135/2011) du 7.12.2011 et (A-3192/2010) du 17.6.2011.

7.3. Questions 2013

7.3.1. Autorité compétente pour prendre position

Question: Est-ce qu'une autorité A. peut renvoyer une personne qui demande un document qu'elle n'a pas rédigé mais qui lui a été remis en tant que destinataire principale à l'autorité B. dont émane le document, si cette dernière est aussi soumise à la LTrans ? Comment procéder si l'autorité A. a retravaillé le document de l'autorité B. et est devenue pour une petite part coautrice ?

Réponse: Selon l'art. 10 LTrans, la demande d'accès à des documents officiels est adressée à l'autorité:

- qui les a produits; ou
- qui les a reçus en tant que destinataire principal de la part de tiers qui ne sont pas soumis à la LTrans.

Cette disposition pose donc comme principe que lorsqu'un document a été établi par une autorité soumise à la LTrans et transmis à une autre autorité également assujettie au principe de transparence, la demande doit être adressée à l'autorité qui est l'auteur du document.

Toutefois, dans certains cas, des documents peuvent concerner plusieurs autorités. L'art. 11 OTrans prévoit dès lors certaines règles de coordination:

- a. Lorsque le document sollicité a été élaboré par différentes autorités, l'autorité en charge de l'affaire est compétente pour prendre position conformément à l'al. 1 (critère de la « Federführung »). L'autorité compétente a la faculté de consulter les autres autorités concernées même si elle n'y est pas tenue.
- b. Lorsque la demande d'accès porte sur plusieurs documents qui concernent la même affaire et qui ont été établis ou reçus par différentes autorités soumises à la loi sur la transparence, l'al. 2 prévoit que la demande d'accès sera traitée par une seule autorité. Ici aussi, la compétence est attribuée à l'autorité en charge de l'affaire. Celle-ci a faculté de consulter les autres autorités intéressées.
- c. Si le dossier ne relève pas de la responsabilité d'une seule autorité, toutes les autorités intéressées devront se mettre d'accord pour désigner l'autorité compétente (al. 3). Cette dernière devra prendre position sur la demande d'accès, d'entente avec les autres autorités intéressées. Elle devra donc obtenir le consentement de chaque autorité. Si un accord ne peut pas être trouvé, il incombera à chaque autorité de se prononcer sur les documents qu'elle a établis ou qu'elle a reçus en tant que destinataire principal.
- d. Si la demande d'accès porte sur des documents qui ont été élaborés à la demande d'une autre autorité, cette dernière devra être entendue avant que l'autorité compétente ne prenne position (al. 4). Par « demande », on vise l'hypothèse dans laquelle une autorité établit un document sur la base d'indications spécifiques de la part d'une autre autorité. Dans ce cas, l'autorité « mandante » doit être entendue par l'autorité qui a établi le document, avant que cette dernière ne prenne position.

On demande également comment il faut procéder lorsque l'autorité A a retravaillé le document de l'autorité B devenant ainsi co-auteur du document. Il s'agit ici d'un document élaboré par deux autorités. Il y a dès lors lieu de déterminer l'autorité qui est en charge de l'affaire conformément à l'art. 11, al. 1, OTrans. Si l'affaire ne relève pas de la responsabilité d'une seule autorité, les autorités A et B devront se mettre d'accord conformément à l'art. 11, al. 3, OTrans.

Si une demande d'accès est adressée à tort à une autorité qui n'est ni l'auteur ni le destinataire du document sollicité, il incombe à cette autorité de transmettre, d'office et dans les meilleurs délais, la demande à l'autorité compétente.

Renvois: commentaire OTrans ch. 4; Handkommentar BGÖ art. 10 ch. 17 et art. 12 ch. 5 ss.

7.3.2. Identité du demandeur

Question: Sur le plan de la protection des données, le nom du demandeur peut-il être communiqué aux tiers concernés sans son consentement ? Comment procéder face à de telles demandes ? Le nom du demandeur peut-il être transmis à d'autres services de l'administration ?

Réponse: L'art. 1 OLPD prévoit que toute personne qui demande si des données la concernant sont traitées doit justifier de son identité. Mais la loi sur la transparence part de prémisses fondamentalement différentes. Selon l'art. 6, al. 1, LTrans, toute personne a le droit de consulter des documents officiels, si bien qu'il n'y a en principe pas lieu de vérifier l'identité de ceux qui font une demande en ce sens. De fait, le droit d'accès au sens de la loi sur la transparence se rapporte à des données de tiers, et non à ses propres données. Lorsque la procédure prévue par la LTrans est applicable, les dispositions formelles sur le dépôt de la demande (art. 10, al. 3, LTrans et art. 7 OTrans) ne prévoient pas de contrôle d'identité. Sur le plan pratique, il existe cependant quelques restrictions. Un contrôle d'identité peut être imposé, pour des raisons de sécurité, lorsque le demandeur pénètre dans les locaux de l'autorité pour une consultation sur place. Il est aussi évident que le demandeur devra donner son nom et son adresse si le traitement de la demande est susceptible de faire l'objet d'un émolument. Enfin, le nom et l'adresse seront aussi nécessaires si le document demandé doit être envoyé par la poste.

L'identité du demandeur ne doit pas être transmise aux tiers entendus si une consultation a lieu, à moins qu'il n'y consente.

A l'intérieur de l'administration, le nom du demandeur peut être communiqué s'il y consent ou sur la base de l'art. 19, al. 1, let. a, LPD. Il existe des cas dans lesquels le traitement de la demande d'accès requiert le concours de plusieurs autorités (art. 11 OTrans). Ces dernières devront alors connaître l'identité du demandeur.

Dans la procédure de médiation, l'identité du demandeur ne peut être divulguée que s'il y consent. Il faut toutefois noter que dans le cadre d'une médiation orale (art.12b, al. 2, let. c, OTrans) ou dans la procédure administrative qui suit éventuellement cette médiation, les parties sont en principe connues les unes des autres.

Renvois: FF **2003** 1843 ss; Handkommentar BGÖ, art. 6 ch. 23 et art. 10 ch. 31.

7.3.3. Notification d'une décision selon l'art. 15 LTrans

Question: A quelles parties l'autorité doit-elle notifier une décision au sens de l'art. 15 LTrans ?

Réponse: Si l'autorité est appelée à rendre une décision, le demandeur et les tiers concernés doivent être entendus, même ceux qui n'ont pas demandé qu'une décision soit rendue. Cependant, les parties qui ont déjà renoncé à participer à la médiation sont exclues. Toute décision au sens de l'art. 15 LTrans doit être notifiée par écrit à toutes les parties (art. 34, al. 1, PA en relation avec l'art. 15, al. 1, LTrans).

Quant à savoir qui a qualité de partie : tant dans la médiation (art. 13 LTrans) que lorsque l'autorité doit rendre une décision (art. 15 LTrans), les parties sont le demandeur et les tiers qui doivent être consultés en vertu de l'art. 11 LTrans. Dans la procédure de médiation, l'autorité est aussi partie (art. 10, al. 1, LTrans). Les tiers peuvent déclarer qu'ils renoncent à

participer à la procédure, mais ils perdent alors leur droit de recours (art. 48, al. 1, let. a, PA). Si le demandeur ne maintient pas sa requête, celle-ci est déclarée sans objet et la procédure est classée.

La qualité de partie dans le cadre d'une procédure de recours est régie par les dispositions générales de procédure fédérale (art. 6 et 48 PA; Art. 89 LTF).

8. Emoluments

8.1. Questions 2006-2011

8.1.1. Remise ou réduction des émoluments pour les personnes indigentes

Question: De quelle manière l'autorité peut-elle constater que le demandeur est indigent?

Réponse: Il appartient au demandeur de prouver qu'il vit dans le besoin. A cet effet, il peut produire des pièces fiscales ou d'autres documents prouvant son indigence.

Renvois: art. 15 OTrans; art. 13 de l'ordonnance générale sur les émoluments (OGEmol; RS 172.041.1); FF **2003** 1867 ss.

8.1.2. Perception d'émoluments en cas de limitation ou de refus de l'accès

Question: Est-il exact que des émoluments sont également dus lorsque l'accès n'est pas accordé ou qu'en partie ?

Réponse: La LTrans prévoit le principe de la perception d'un émolument pour l'accès à des documents officiels. Toutefois, l'ordonnance atténue ce principe en prévoyant que l'autorité peut remettre ou réduire l'émolument lorsqu'elle refuse l'accès ou lorsqu'elle ne l'accorde que partiellement.

Renvois: art. 17 LTrans; art. 15, al. 3, OTrans; FF **2003** 1867 ss.

8.1.3. Avance et paiement anticipé des émoluments

Question: A quelles conditions peut-on demander une avance ou le paiement anticipé des émoluments?

Réponse: Dans des cas fondés, notamment lorsque le demandeur est domicilié à l'étranger ou s'il y a des arrérages dans les paiements, il est possible d'exiger une avance. Si les coûts attendus sont connus d'emblée, le paiement anticipé entre également en ligne de compte. En l'absence de circonstances particulières, il y a lieu de facturer les émoluments.

Renvois: art. 14 OTrans; art. 10 de l'ordonnance générale sur les émoluments (OGEmol; RS 172.041.1).

8.2. Questions 2012

8.2.1. Cas de perception

Question: Dans quels cas, l'autorité est-elle fondée à exiger un émolument? Peut-on partir du principe qu'un émolument de base est exigible pour toute demande d'accès compte tenu de la charge de travail qu'occasionne ne serait-ce que son examen?

Réponse: L'accès aux documents officiels est en principe onéreux (art. 17, al. 1, LTrans). La notion « en principe » est traduite en allemand par « in der Regel ». En revanche, elle ne figure pas dans la version italienne, ce qui est une lacune. La version allemande correspond à la volonté du législateur.

Si la LTrans prévoit le principe de l'accès onéreux, il n'en demeure pas moins que l'autorité ne saurait exiger un émolument de base pour toute demande d'accès, sans examiner si les exceptions prévues dans la LTrans s'appliquent au cas d'espèce (art. 14 OTrans). De plus, comme cela ressort du terme « in der Regel », elle dispose d'une certaine marge de manœuvre pour décider de la perception d'un émolument. Elle peut donc tenir compte d'autres circonstances, par exemple les cas de réduction ou de remise prévus aux art. 3 et 13 de l'ordonnance générale sur les émoluments (OGEmol; RS 172.041.1), sous réserve des dispositions spéciales prévues dans l'ordonnance sur la transparence (art. 14 OTrans).

L'autorité ne perçoit pas d'émolument dans les cas suivants (art. 17 LTrans et art. 15 OTrans):

- pour le règlement de demandes occasionnant peu de frais : tel est le cas lorsque la perception de l'émolument occasionne des frais d'un montant supérieur à celui des prestations fournies;
- pour des frais inférieurs à CHF 100.-;
- pour des frais liés aux besoins particuliers des personnes handicapées;
- pour la procédure de médiation;
- pour la procédure de première instance.

L'autorité compétente peut facturer un émolument lorsqu'il s'agit d'une demande nécessitant beaucoup de travail, d'une demande abusive ou d'une demande manifestement adressée à une autorité afin de rendre l'accomplissement de ses tâches légales plus difficiles.

L'autorité peut également remettre ou réduire l'émolument lorsqu'elle refuse l'accès ou qu'elle ne l'accorde que partiellement (art. 15, al. 3, OTrans).

Voir également le ch. 8.2.6, Emolument pour la demande d'accès d'un journaliste.

Renvois: FF **2003** 1867; commentaire OTrans ch. 6.

8.2.2. Emolument pour des demandes d'accès successives

Question: Est-ce que l'émolument exigé pour une demande d'accès doit être d'un montant identique pour les demandes successives ?

Réponse: Si les frais encourus pour le traitement des demandes successives sont inférieurs aux coûts supportés lorsque les documents ont été publiés pour la première fois, l'émolument sera adapté en conséquence. Le principe de la couverture des frais l'emporte par conséquent sur le principe d'égalité d'accès.

8.2.3. Facturation

Question: Comment convient-il de facturer les coûts engendrés par le règlement de la demande d'accès?

Réponse: Selon l'ordonnance générale sur les émoluments, les émoluments sont calculés de manière à ce que leur produit total ne dépasse pas le montant total des coûts de l'unité administrative, conformément au principe de la couverture des frais.

Lorsque l'autorité reçoit une demande d'accès, elle doit tout d'abord estimer les coûts prévisibles et, si ceux-ci dépassent 100.-, en informer le demandeur (art. 16, al. 2, OTrans). Ce dernier doit confirmer sa demande dans un délai de 10 jours; à défaut elle est considérée comme retirée.

Lors du calcul de l'émolument, l'autorité doit comptabiliser les frais occasionnés par le règlement de la demande d'accès conformément au descriptif du tarif de l'ordonnance sur la transparence, à savoir:

- le temps consacré à l'examen des documents (prise de connaissance des documents, analyse juridique et consultation d'experts tels que conseillers à la transparence, juristes ou spécialistes du domaine concerné, consultation des tiers concernés);
- le temps consacré à la préparation des documents, par exemple l'occultation de certaines parties;
- le temps consacré à la reproduction des documents;
- le nombre et la forme des copies demandées.

En revanche, à défaut de base légale prévue dans le tarif, l'autorité ne comptabilisera pas:

- le temps consacré à la recherche des documents dans son système de gestion;
- les entretiens avec le demandeur;
- le temps consacré à la préparation de la prise de position;
- le temps consacré à la préparation de l'audience de médiation;
- la durée des audiences de médiation devant le PFPDT;
- le temps consacré à l'examen de la recommandation du PFPDT afin de décider de la suite à donner à la demande d'accès;
- le temps consacré à la préparation de la décision de première instance;
- les frais d'expédition.

Lors du calcul de l'émolument, l'autorité doit également tenir compte des circonstances particulières du cas d'espèce (demandeur dans le besoin, intérêt public, accès partiellement refusé).

Renvois: Commentaire OTrans, ch. 6.

8.2.4. Emolument en cours de procédure

Question: Est-il admissible que l'autorité perçoive aussi un émolument à un stade avancé de la procédure (par exemple, après réception de la recommandation du PFPDT), si l'administration doit faire face à des coûts plus élevés que prévu ?

Réponse: Lorsque l'autorité reçoit une demande d'accès, elle doit estimer les coûts prévisibles et, si ceux-ci dépassent CHF 100.-, en informer le demandeur (art. 16, al. 2, OTrans). En principe, elle ne facture donc que les frais encourus dans les limites des coûts prévisibles qui ont été communiqués au demandeur.

Toutefois, si l'autorité décide, après une recommandation du PFPDT, d'accorder l'accès à tout ou partie des documents, elle peut estimer une nouvelle fois les coûts prévisibles et doit, le cas échéant, en informer le demandeur comme mentionné ci-dessus.

8.2.5. Emolument pour un document qui sera publié

Question: L'autorité peut-elle (doit-elle) percevoir un émolument lorsqu'un document traité en prévision de sa publication sur Internet est remis, à sa demande, à un journaliste quelques jours avant la date prévue pour cette publication ?

Réponse: En pareil cas, il n'y a pas lieu de percevoir d'émolument. Lors du traitement de la demande, il y a lieu de veiller au respect des points suivants: délai de 20 jours pour prendre position sur la demande (art. 12, al. 1, LTrans), ajournement de l'accès au sens de l'art. 8, al. 2, LTrans et documents n'ayant pas atteint leur stade définitif d'élaboration selon l'art. 5, al. 3, let. b, LTrans.

Lorsqu'il existe des dispositions spéciales d'autres lois fédérales qui déclarent certaines informations accessibles, la LTrans n'est pas applicable (art. 4, al. 1, let. b, LTrans).

8.2.6. Emolument pour une demande d'accès d'un journaliste

Question: Dans quelle mesure une autorité peut-elle percevoir un émolument pour une demande d'accès d'un journaliste?

Réponse: La LTrans ne prévoit pas d'accès gratuit aux documents officiels. L'accès peut donc être accordé à un journaliste moyennant paiement d'un émolument. En outre, les exceptions au principe de l'accès onéreux s'appliquent également aux journalistes (voir ch. 8.2.1: Cas de perception).

Toutefois, la perception d'un émolument ne doit pas constituer un obstacle à la transparence dans l'administration fédérale. Les autorités disposent de plus d'une certaine marge de manœuvre, puisque l'art. 17, al. 1, LTrans prescrit qu'un émolument est perçu « en règle générale ». Il convient également de tenir compte du devoir d'informer du Conseil fédéral ou des départements qui peut justifier une prise en compte particulière des intérêts des médias (art. 10 et 40 de la loi sur l'organisation sur l'administration et le gouvernement (LOGA; RS 172.010). Le Tribunal fédéral a donné de l'art. 3, al. 2, let. a, OGEmol l'interprétation suivante : on peut partir du principe qu'il existe un intérêt public dans le cas des journalistes, ce qui peut justifier la réduction ou la non-perception d'un émolument dans les cas d'espèce. Dans le cas qu'il examinait, le tribunal a conclu qu'il fallait fixer un montant particulier (inférieur) de l'émolument, à moins que l'autorité ne renonce à le percevoir en vertu de son pouvoir d'appréciation.]

Renvois: FF **2003** 1861 ss; ATF (1C_64/2013) du 26.04.2013, consid. 4.3 et 4.4.

8.2.7. Litiges concernant les émoluments

Question: Après de quelle autorité faut-il recourir en cas de contestation du montant de l'émolument ?

Réponse: L'autorité doit informer le demandeur sur les coûts prévisibles si ceux-ci dépassent CHF 100.- (art. 16, al. 2, OTrans). Même si le demandeur confirme sa demande, il conserve la faculté de contester le montant de l'émolument perçu par l'autorité à l'issue de la procédure d'accès. En effet, l'art. 16 OTrans prévoit comme seule conséquence juridique le retrait de la demande d'accès si le demandeur ne la confirme pas. Par contre, faute de base légale, sa confirmation de maintenir sa demande d'accès ne saurait être interprétée en ce sens qu'il renonce d'entrée de cause à contester, le cas échéant, le montant de l'émolument qui sera facturé à l'issue de la procédure d'accès.

A ce stade du traitement de la demande d'accès, c'est-à-dire lorsque le demandeur est informé sur les coûts prévisibles, celui-ci ne peut pas saisir le PFPDT d'une demande en médiation. Toutefois, une procédure de médiation peut exceptionnellement être ouverte lorsque les coûts communiqués sont à ce point excessifs qu'ils équivalent à une restriction du droit d'accès.

Dans le cas où le demandeur entend contester l'accès qui lui a été accordé et le montant de l'émolument facturé, il peut déposer une demande en médiation. Les deux objets du litige sont étroitement liés et doivent donc faire l'objet d'une seule et même procédure.

Lorsque le demandeur a obtenu tout ou partie des documents sollicités mais entend contester uniquement le montant de l'émolument facturé, la procédure de médiation ne lui est pas ouverte car la question principale du droit d'accès n'est pas contestée. Le demandeur a la faculté d'exiger de l'autorité compétente qu'elle rende une décision susceptible de recours.

Renvois: art. 13, al. 1 et 16 LTrans; art. 14 OTrans; art. 11, al. 2, de l'ordonnance générale sur les émoluments (OGEmol; RS 172.041.1).

9. Mise en œuvre et autres questions

9.1. Questions 2012

9.1.1. Rapport de confiance entre autorités

Question: Pour pouvoir exercer leurs activités, certaines autorités fédérales ont besoin de nouer avec d'autres des rapports de confiance réciproques. Or, en adoptant une pratique trop libérale en matière de consultation des documents, elles peuvent saper cette confiance et entraver ainsi l'exercice de leurs activités. Comment faut-il aborder cette problématique?

Réponse: Cette problématique touche en particulier les domaines dans lesquels les autorités fédérales exercent des tâches de surveillance sur d'autres autorités (par exemple le Contrôle fédéral des finances ou la Surveillance des services de renseignements).

La LTrans ne prévoit pas comme motif de restriction la protection des rapports de confiance entre deux autorités. Un tel motif serait en effet contraire à l'objectif de la loi, qui vise à promouvoir la transparence quant à l'activité de l'administration et à renforcer la confiance des citoyens dans leurs institutions.

Il n'en demeure pas moins que cette loi offre un arsenal d'exceptions (art. 7 et 8 LTrans) qui permettent de protéger certains intérêts et, dans certains cas, de tenir compte de cette problématique, par exemple lorsque la publication des données, qui ont été obtenues dans le cadre d'un rapport de confiance, risque de porter atteinte à la sûreté de la Suisse (art. 7, al. 1, let. c, LTrans). De plus, une autorité de surveillance peut envisager de restreindre le droit d'accès lorsque l'accès à un document officiel est susceptible de porter notablement atteinte au processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité (art. 7, al. 1, let. a, LTrans) ou entrave l'exécution de mesures concrètes prises par une autorité conformément à ses objectifs (art. 7, al. 1, let. b, LTrans).

Renvois: Recommandation du PFPDT du 18.11.2010 (VBS/Inspektionsberichte ND-Aufsicht); arrêt du TAF (A-3443/2010) du 18.10. 2010; Urteil des Oberverwaltungsgerichtes für das Land Nordrhein-Westfalen vom 26. Oktober 2011 (8A 2593/10), Urteil des deutschen Bundesverwaltungsgerichtes vom 15. November 2012 (BVerwG 7 C 1.12).

9.1.2. Création d'une banque de données des demandeurs

Question: Comment peut-on mettre sur pied une banque informatisée recensant les demandes d'accès pendantes (y compris celles qui émanent de journalistes) et les décisions qu'elles appellent?

Réponse: La première question à se poser est de savoir si une telle banque de données traite des données personnelles au sens de la LPD, par exemple des données concernant le demandeur ou des tiers concernés. La définition de données personnelles doit être interprétée de manière large, puisqu'elle comprend toute information se rapportant à une personne identifiée, mais également à une personne identifiable. Si toutes les données personnelles contenues dans la banque de données sont caviardées (comme c'est le cas par exemple dans la banque de jurisprudence du Tribunal fédéral), les exigences de la loi sur la protection des données ne sont pas applicables. Cette loi vise en effet à protéger la personnalité des personnes physiques et morales et non les données comme telles.

Si en revanche la banque de données contient des données personnelles, il y a lieu de tenir compte des exigences de la LPD, notamment la base légale et les principes de proportionnalité et de finalité (art. 19, al. 3, LPD).

Conformément au principe de proportionnalité, il y a lieu de déterminer si l'octroi d'un accès en ligne est indispensable aux autorités pour l'accomplissement de leurs tâches en matière de transparence. Un accès en ligne pour des raisons de commodité ne suffit pas. La finalité de la banque de données devra également être définie conformément aux objectifs de la LTrans. En particulier, la banque de données ne devrait pas avoir pour finalité détournée de restreindre le droit d'accès de certaines personnes ou de certains groupes de personnes contrairement au principe d'égalité en matière d'accès (« access to one access to all »).

Renvois: Guide de l'OFJ pour l'élaboration des bases légales nécessaires pour exploiter un système de traitement automatisé de données personnelles (version du 16.12.2010; http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/legistik/leitf-rechtsgrundlagen-f.pdf).

9.1.3. Pratique en matière d'émoluments

Question: Les pratiques en matière de perception des émoluments ne sont-elles pas disparates?

Réponse: L'OFJ et le PFPDT rappellent que l'accès est en règle générale onéreux, sous réserve d'exceptions. Les explications du ch. 8 devraient permettre d'instaurer une pratique uniforme. Toutefois en raison de la marge de manœuvre accordée aux autorités (art. 17, al. 1, LTrans: « in der Regel »), des différences peuvent subsister.

Renvois: arrêt du TAF (A 3363/2013) du 22. 04.2013; ATF (1C_64/2013) du 26.4.2013,

9.2. Questions 2013

9.2.1. Coordination pour les demandes multiples

Question: Comment la coordination des demandes multiples est-elle assurée?

Réponse: Aujourd'hui, le service d'information de la Chancellerie fédérale assure la coordination du traitement des demandes d'accès des médias. Lorsqu'une demande d'un journaliste est adressée à plusieurs départements, le service d'information prépare une réponse coordonnée de tous les départements concernés après avoir consulté lesdits départements ainsi que la section Droit de la Chancellerie fédérale. Le groupe interdépartemental « Datenschutz » assure également la coordination du traitement des demandes d'accès adressées simultanément par un ou des citoyens à plusieurs autorités fédérales, par l'intermédiaire des conseillers à la transparence des départements représentés dans ledit groupe.

9.2.2. Droits des tiers concernés dans le cadre de l'information active

Question: Quels sont les droits des personnes concernées lorsque l'autorité envisage de publier d'office un document contenant leurs données personnelles? Est-ce que les règles de procédure de la LTrans s'appliquent?

Réponse: L'art. 19 LPD détermine à quelles conditions les organes fédéraux peuvent communiquer des données personnelles à des tiers. L'al. 1 prévoit que ceux-ci ne sont en droit de communiquer des données personnelles que si une base légale le prévoit. Avant de communiquer des données personnelles à un tiers, l'autorité doit donc déterminer si la législation applicable au cas d'espèce prévoit une base légale suffisante pour communiquer ces données et, le cas échéant, les conditions applicables. S'il n'existe pas de base légale au sens de l'art. 17 LPD, l'art. 19, al. 1, LPD prévoit que les organes fédéraux sont en droit de communiquer des données personnelles dans un certain nombre de cas, par exemple lorsque la personne y a consenti ou lorsqu'elle a rendu ses données accessibles à tout un chacun.

L'art. 19, al. 1^{bis}, LPD prescrit en outre que les organes fédéraux peuvent communiquer des données personnelles dans le cadre de l'information officielle du public, d'office ou en vertu de la loi sur la transparence aux conditions suivantes: les données concernées sont en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques et la communication répond à un intérêt public prépondérant.

Contrairement aux règles de procédure prévue par la LTrans, l'autorité qui envisage de publier d'office un document contenant des données personnelles n'est pas tenue d'entendre

la personne concernée. Elle doit uniquement respecter les exigences de l'art. 19 LPD. Cependant, la personne concernée a certains droits. La publication d'un document contenant des données personnelles est en effet un acte matériel au sens de l'art 25a de la loi sur la procédure administrative. Selon cette disposition, toute personne qui a un intérêt digne de protection peut exiger une décision de l'autorité compétente pour un acte matériel. De plus, en vertu de l'art. 20 LPD, la personne concernée qui rend vraisemblable un intérêt légitime, peut s'opposer à la communication de ses données personnelles. Elle peut, en vertu de l'art. 25 LPD, s'opposer à tout traitement illicite de la part de l'organe fédéral responsable, le cas échéant en faisant valoir ses droits en justice.

Renvois: Handkommentar BGÖ, Einleitung ch. 87 ss et art. 6 ch. 66, Stephan Brunner, Persönlichkeitsschutz bei der behördlichen Information der Öffentlichkeit von Amtes wegen: Ein Leitfaden, in: ZBI 2010 595 ss.