



Note

Date :

8 mars 2023

À :

GT Transparence

Numéro du dossier : 212.9-694/16

Questions diverses relatives à la procédure de médiation LTrans

Table des matières

1	Contexte et but de la note	3
2	Demande d'accès	3
2.1	En quoi consiste une demande d'accès selon l'art. 10 LTrans ?.....	3
2.2	Quelle est la qualification juridique d'un accusé de réception de la demande d'accès de la part de l'autorité ?	5
3	Procédure de médiation (questions générales)	6
3.1	Quelles sont les compétences du PFPDT si le document auquel l'accès est demandé n'entre pas dans le champ d'application de la LTrans ou qu'il ne s'agit pas d'un document officiel au sens de l'art. 5 LTrans ? Faut-il mener une procédure de médiation si un examen préliminaire suffit à démontrer que l'accès ne devrait pas être accordé ?	6
3.2	Quelle est l'étendue du droit du PFPDT d'obtenir des renseignements et de consulter les documents ?.....	7
3.3	Comment procéder lorsqu'il y a plusieurs procédures de médiation concernant le même document ?	8
3.4	Selon quels critères détermine-t-on si la procédure est écrite ou orale ?.....	8
3.5	Est-ce qu'une suspension de la procédure est possible si les parties y consentent ?.....	9
3.6	L'office ou le département concerné devrait-il avoir accès à la demande de médiation ?.....	10
3.7	Les tiers dont les données figurent dans les documents auxquels l'accès est demandé devraient-ils être impliqués dans la procédure de médiation ?.....	10
4	Procédure LTrans et délais	12
4.1	Quelle est la nature des délais de la LTrans ? Quelles sont les règles qui les régissent ?.....	12
4.2	Quelle devrait être la durée des délais octroyés par le PFPDT aux offices ou départements concernés pour collaborer suite à une demande de médiation ?.....	15



5	Champ d'application de la LTrans.....	16
5.1	Comment définir quels documents appartiennent à la procédure de co-rapport ?.....	16
5.2	Champ d'application personnel : application de la LTrans aux membres du Conseil fédéral	18
5.3	« Document officiel » et systèmes de communication modernes.....	18

1 Contexte et but de la note

Un échange d'expériences et de points de vue en lien avec la procédure de médiation menée par le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) conformément à la Loi fédérale sur le principe de transparence dans l'administration (LTrans, RS 152.3) a été mis à l'ordre du jour de la séance du Groupe de travail interdépartemental Transparence (GT Transparence) du 31 mai 2022.

Sur proposition de l'Office fédéral de la justice (OFJ), un tour de table a été effectué afin de déterminer si le GT Transparence pouvait apporter une contribution.

Diverses questions relatives à la procédure de médiation LTrans ont été soulevées, c'est pourquoi dans le but de concourir à l'application uniforme de la loi, l'OFJ a proposé d'examiner ces questions sur le plan juridique et de rédiger une note.

Par conséquent, la présente exprime l'avis juridique de l'OFJ sur les questions de procédure de médiation LTrans soulevées par le GT Transparence. En particulier, elle ne saurait lier le PFPDT, qui exerce ses fonctions de manière indépendante.

2 Demande d'accès

2.1 En quoi consiste une demande d'accès selon l'art. 10 LTrans ?

Conformément à l'art. 10, al. 1, 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.

L'objectif de transparence voulu par le législateur s'oppose à ce que des exigences trop strictes quant à la forme de la demande soient fixées¹. C'est dans cette optique que l'art. 7, al. 1, de l'Ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (OTrans, RS 152.31) prévoit que la demande d'accès à un document officiel n'est soumise à **aucune exigence de forme**.

La demande d'accès peut donc être déposée oralement ou par écrit ; les demandes par courriel doivent également être acceptées². L'Office fédéral de la justice a établi un formulaire type qui peut être rempli par le requérant. En outre, l'identité du demandeur n'a, en principe, pas à être contrôlée, étant donné que le droit d'accès est reconnu à tout le monde. Peu important donc la nationalité, le domicile ou même les motivations du demandeur³.

La demande doit être déposée dans une langue officielle (allemand, français, italien), ou en romanche, dans le cadre de relations avec des personnes de langue romanche⁴.

S'agissant du **contenu** de la demande d'accès, l'art. 10, al. 3, LTrans exige qu'elle soit formulée de manière *suffisamment précise*⁵. La demande n'a toutefois pas à être motivée. Un intérêt

¹ Arrêt du TAF, 24.7.2007, A-7369/2006, consid. 4.1.

² HÄNER Isabelle, in : Brunner Stephan C. / Mader Luzius (édit.), Öffentlichkeitsgesetz, Stämpflis Handkommentar, Berne 2008, art. 10 N 30.

³ Message LTrans, FF 2003 1860.

⁴ BHEND Julia / SCHNEIDER Jürg, in : Maurer-Lambrou Urs / Blechta Gabor P. (édit.), Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, Bâle 2014, art. 10 N 35.

⁵ CHATTON Gregor T., La procédure de médiation administrative instaurée par la LTrans, in : Jusletter 3 avril 2017, p. 14, N 24.

privé ou public à consulter les documents requis n'est pas une condition d'accès selon la LTrans⁶.

Plus l'identification du document est facile pour le requérant, plus les exigences en matière de coopération de sa part sont élevées⁷. Selon l'art. 7, al. 2, OTrans, la demande d'accès doit contenir des indications suffisantes pour permettre à l'autorité d'identifier le document demandé. Le demandeur doit, pour autant qu'il soit en mesure de le faire, indiquer : a) les données courantes permettant d'identifier clairement un document comme sa date, son titre ou une référence ; b) une période déterminée ; c) l'autorité qui a établi le document, ou d) le domaine visé.

Selon l'art. 7, al. 3, OTrans, l'autorité peut inviter le demandeur à préciser sa demande. Elle s'oriente en fonction des possibilités concrètes de la personne qui fait la demande de recueillir des informations sur les dossiers et les affaires, par exemple sur Internet⁸.

L'autorité devra évaluer au cas par cas si elle peut exiger d'emblée une précision de la demande sur la base de l'art. 7, al. 3, OTrans ou si elle doit d'abord accorder un soutien en vertu de l'art. 3 OTrans, qui oblige l'autorité à renseigner le demandeur sur les documents officiels accessibles et l'assister dans ses démarches. Ce soutien est indispensable au regard du déséquilibre entre les connaissances de l'autorité et celles du demandeur par rapport aux documents officiels existants⁹. L'autorité ne peut en tout cas pas exiger une précision de la part du requérant lorsqu'elle trouve un document sans grande difficulté et que la demande est déjà formulée de manière suffisamment précise¹⁰.

Si l'autorité, après un examen sommaire de la demande d'accès, constate que celle-ci n'est pas claire, elle demande sans délai au requérant de la préciser. Le délai de 20 jours prévu à l'art. 12, al. 1, LTrans à l'échéance duquel l'autorité doit rendre son avis, ne commence à courir qu'à partir du moment où l'autorité a reçu de la part du demandeur les éléments de précision relatifs à la demande¹¹.

Lorsque l'autorité n'apporte pas au demandeur l'assistance requise de telle manière que son comportement s'apparente à un refus de la demande d'accès, le demandeur doit avoir la possibilité de saisir en tout temps l'organe de médiation (art. 13 LTrans).

Enfin, *ne sont pas* considérées comme des demandes d'accès :

- 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 disposition spéciales (p. ex. extraits de registres publics relatifs aux rapports juridiques de droit privé [notamment le registre du commerce, le registre foncier, le registre de l'état-civil et le registre dans le domaine de la propriété intellectuelle]¹², droit des parties de consulter le dossier dans

⁶ BHEND Julia / SCHNEIDER Jürg (n. 4), art. 10 N 38.

⁷ HÄNER Isabelle (n. 2), art. 10 N 33.

⁸ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE / PRÉPOSÉ À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE, Mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration fédérale : questions fréquemment posées, 7 août 2013, p. 32, ch. 6.1.2.

⁹ HÄNER Isabelle (n. 2), art. 10 N 11.

¹⁰ HÄNER Isabelle (n. 2), art. 10 N 35.

¹¹ HÄNER Isabelle (n. 2), art. 10 N 37.

¹² Message LTrans, FF 2003 1833.

le cadre d'une procédure, droit du demandeur d'accéder à ses propres données personnelles) ;

- des renseignements de nature juridique¹³.

Avec le dépôt de la demande d'accès, s'ouvre la procédure d'accès aux documents officiels. Dans les phases de la procédure réglées aux art. 10 à 14 LTrans, c'est-à-dire jusqu'à l'établissement de la recommandation du PFPDT, la Loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) n'est toutefois pas applicable. En effet, la recommandation selon l'art. 14 LTrans n'a pas force obligatoire et n'est dès lors pas assimilable à une décision au sens de l'art. 5 PA¹⁴.

Il n'en demeure pas moins que la recommandation a des effets juridiques médiats. Premièrement, elle a pour but de convaincre l'autorité à accorder la demande d'accès ou, respectivement, le requérant à renoncer à demander l'établissement d'une décision. Deuxièmement, l'autorité concernée se référera à la recommandation lorsqu'elle rendra une décision selon l'art. 15 LTrans. Ensuite, la recommandation figurera au dossier judiciaire au stade de la phase contentieuse. Finalement, l'avis du PFPDT est susceptible d'entraîner des changements au niveau de la pratique des autorités¹⁵.

Au-delà de la phase prévue aux art. 10 à 14 LTrans, la PA trouve application.

2.2 Quelle est la qualification juridique d'un accusé de réception de la demande d'accès de la part de l'autorité ?

La loi ne prévoit pas l'obligation pour l'autorité d'émettre un accusé de réception lorsqu'elle reçoit une demande d'accès.

En pratique, certaines autorités adressent néanmoins au demandeur un accusé de réception. Il nous semble que le but de cette démarche pourrait être de faciliter le calcul du délai de 20 jours selon l'art. 12, al. 1, LTrans. En effet, d'après cette disposition, l'autorité prend position sur une demande d'accès aussitôt que possible, mais au plus tard dans un délai de 20 jours à compter de la date de *réception* de la demande. Ainsi, l'émission d'un accusé de réception permet de lever tout doute quant au calcul du délai.

La question s'est posée de savoir si, en émettant un accusé de réception, l'autorité avoue implicitement que la demande d'accès est en principe admissible selon les critères de la LTrans.

Tel ne saurait être le cas. Le principe de la bonne foi (art. 9 de la Constitution fédérale [Cst., RS 101]) s'applique à la relation de droit administratif entre le demandeur et l'autorité concernée. On ne saurait inférer d'un simple accusé de réception le fait que l'autorité admet que le droit d'accès doit être accordé dans un cas d'espèce.

En tout état de cause, il est conseillé de libeller l'accusé de réception de manière suffisamment claire afin qu'on ne puisse pas inférer de celui-ci une éventuelle admission de la demande.

¹³ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE / PRÉPOSÉ À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE (n. 8), p. 32, ch. 6.1.1.

¹⁴ Arrêt du TAF, 23.10.2017, A-6755/2016, consid. 4.1.3.2 *in fine*.

¹⁵ Dans ce sens CHATTON Gregor T. (n. 5), p. 19, N 33.

3 Procédure de médiation (questions générales)

3.1 Quelles sont les compétences du PFPDT si le document auquel l'accès est demandé n'entre pas dans le champ d'application de la LTrans ou qu'il ne s'agit pas d'un document officiel au sens de l'art. 5 LTrans ? Faut-il mener une procédure de médiation si un examen préliminaire suffit à démontrer que l'accès ne devrait pas être accordé ?

Les art. 10 ss LTrans mettent en place une procédure précise s'agissant du droit d'accès aux documents officiels. La personne intéressée doit dans un premier temps introduire une demande d'accès auprès de l'autorité qui a produit ou reçu à titre de destinataire principal les documents officiels. L'autorité ainsi saisie doit prendre position sur la demande d'accès (art. 12 LTrans). Lorsque celle-ci est limitée, différée ou refusée, le requérant peut déposer une demande en médiation auprès du PFPDT (art. 13 LTrans). Selon l'art. 14 LTrans, lorsque la médiation n'aboutit pas, le PFPDT établit une recommandation, ceci dans les 30 jours à compter de la réception de la demande en médiation (art. 14 LTrans). Le demandeur ou la personne qui a été entendue peut demander dans les dix jours qui suivent la réception de la recommandation que l'autorité rende une décision selon l'art. 5 PA (art. 15, al. 1, LTrans). Au surplus, l'autorité rend une décision si, en dérogation à la recommandation : a. elle entend limiter, différer ou refuser le droit d'accès ; b. elle entend accorder le droit d'accès à un document officiel contenant des données personnelles (art. 15, al. 2, LTrans). Selon l'art. 15, al. 3, LTrans, une décision est rendue dans un délai de 20 jours à compter de la date de réception de la recommandation ou de la requête en décision au sens de l'al. 1.

La médiation, suivie d'une éventuelle recommandation du PFPDT, est une **étape essentielle** de la procédure instaurée par la LTrans¹⁶. La **recommandation** ne revêt pas le caractère d'une décision au sens de l'art. 5 PA et n'a dès lors **aucune force obligatoire**¹⁷. Les dispositions de la PA ne sont donc pas directement applicables à la procédure de médiation et aux décisions prises par le PFPDT durant cette procédure¹⁸. La jurisprudence a néanmoins reconnu la possibilité d'appliquer par analogie certaines dispositions de cette loi selon les circonstances¹⁹.

Si la demande en médiation ne remplit pas les **exigences formelles**, par exemple parce que le délai pour demander la médiation est échu, le PFPDT en informe le requérant. Ce dernier pourra toutefois déposer une nouvelle demande d'accès à tout moment. En cas de nouvelle prise de position négative de l'autorité, il est possible de demander une médiation au PFPDT²⁰.

En cas de litige entre les parties à la procédure de médiation sur la question de savoir **si la LTrans est applicable à l'accès aux documents concernés, la procédure doit se conclure par une recommandation**, même si le PFPDT partage l'avis de l'autorité et recommande par conséquent le refus de l'accès²¹. Ce n'est qu'ainsi que le demandeur aura la possibilité de demander à l'autorité une décision susceptible de recours (cf. art. 29a Cst.)²².

Dans le même ordre d'idées, si, sur le fond, un **examen préliminaire** permet de constater que l'accès ne devrait pas être accordé, le PFPDT ne pourra pas renoncer à émettre une

¹⁶ Arrêt du TAF, 24.7.2007, A-7369/2006, consid. 4.3.

¹⁷ Message LTrans, FF 2003 1865.

¹⁸ BHEND Julia / SCHNEIDER Jürg (n. 4), art. 13 N 9 ; arrêt du TAF, 23.10.2017, A-6755/2016, consid. 4.1.3.2 *in fine*.

¹⁹ Pour un cas d'application en lien avec les procédures de masse, cf. arrêt du TAF du 23.10.2017, A-6755/2016, consid. 4.1.3.2 (application par analogie des art. 11a et art. 36 let. c PA).

²⁰ GUY-ECABERT Christine, in : Brunner Stephan C. / Mader Luzius (édit.), *Öffentlichkeitsgesetz, Stämpflis Handkommentar*, Berne 2008, art. 13 N 35 ; BHEND Julia / SCHNEIDER Jürg (n. 4), art. 13 N 30.

²¹ Cf. notamment la recommandation LTrans / PFPDT du 28.11.2008 ; recommandation du PFPDT du 18.8.2022, GS-VBS / Schlussbericht, N 48.

²² BHEND Julia / SCHNEIDER Jürg (n. 4), art. 13 N 30.

recommandation. Pour des raisons d'économie de procédure, si la situation juridique est claire (par exemple en cas de demande d'accès à une proposition signée au Conseil fédéral ou à une note de discussion signée au Conseil fédéral, ou encore à un document de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers²³) il conviendrait de privilégier la forme écrite et renoncer à la convocation des parties à une audience de médiation (art. 12, al. 2, OTrans *in fine*). À noter que des échanges par e-mail sont conformes à la notion de forme écrite, qui peut être en l'espèce interprétée de manière extensive compte tenu de l'esprit de la loi et du caractère peu formaliste de la procédure de médiation²⁴.

3.2 Quelle est l'étendue du droit du PFPDT d'obtenir des renseignements et de consulter les documents ?

Selon l'art. 20 LTrans, intitulé « Droit d'obtenir des renseignements et de consulter les documents », le préposé a accès aux documents officiels dans le cadre de la procédure de médiation, même si ceux-ci sont secrets (art. 20, al. 1, LTrans).

Le droit de l'art. 20 LTrans est concrétisé par l'art. 12b, al.1, let. b, OTrans, selon lequel dès qu'il est saisi de la demande en médiation, le préposé en informe l'autorité et lui impartit un délai : [...] b. pour lui transmettre les documents requis.

Ainsi, pendant la procédure de médiation, le PFPDT a un accès illimité aux documents concernés²⁵. Toutefois, en vertu du principe de proportionnalité, le PFPDT aura accès aux documents seulement dans la mesure nécessaire pour formuler une recommandation²⁶. En tout état de cause, en raison de la nature de la procédure de médiation, qui a pour but de tenter de concilier les parties, et non pas de trancher des prétentions juridiques, le PFPDT n'est pas habilité à communiquer, pendant la procédure ou dans la recommandation, des informations que l'autorité ou le tiers entendu ne souhaite pas divulguer. Sa compétence se limite à recommander à l'autorité d'accorder ou non au demandeur l'accès aux documents officiels et aux passages en question²⁷.

Compte tenu de l'obligation de collaborer des parties (art. 12b, al. 2, let. a, OTrans) et du caractère peu formaliste du processus de médiation, le PFPDT pourra obtenir l'information ou la documentation requise de l'autorité par un simple téléphone ou par courriel²⁸.

Même lorsque l'autorité conteste que les documents entrent dans le champ d'application de la LTrans, le PFPDT doit pouvoir y avoir accès afin de se forger sa propre opinion et être en mesure d'examiner la licéité et l'adéquation de l'appréciation de la demande d'accès par l'autorité²⁹.

Si l'accès est d'emblée exclu (par exemple en cas de demande d'accès à une proposition signée au Conseil fédéral ou à une note de discussion signée au Conseil fédéral, ou encore à

²³ Le PFPDT a une autre interprétation.

²⁴ Dans le même sens, mais en lien avec la forme de la demande de médiation : GUY-ECABERT Christine (n. 20), art. 13 N 31 ; *contra* BHEND Julia / SCHNEIDER Jürg (n. 4), art. 13 N 12.

²⁵ Message LTrans, FF 2003 1865.

²⁶ Message LTrans, FF 2003 1872.

²⁷ BHEND Julia / SCHNEIDER Jürg (n. 4), art. 13 N 23 ; recommandation LTrans / PFPDT du 28.7.2008, consid. II.B.2.5.4.

²⁸ CHATTON Gregor T. (n. 5), p. 16 s., N 28.

²⁹ Recommandation PFPDT du 17.12.2020, IFFP / Nom d'un collaborateur, p. 3 N 19 ; COSSALI SAUVAIN Monique, in : Brunner Stephan C. / Mader Luzius (édit.), Öffentlichkeitsgesetz, Stämpflis Handkommentar, Berne 2008, art. 20 N 9 s.

un document de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers³⁰), le PFPDT peut renoncer à demander la transmission des documents concernés de la part de l'autorité.

3.3 Comment procéder lorsqu'il y a plusieurs procédures de médiation concernant le même document ?

Comme expliqué *supra* (cf. ch. 3.1), la procédure de médiation est une étape essentielle de la LTrans. Toutefois, celle-ci ne règle pas la question de savoir comment il faut procéder lorsqu'il y a plusieurs procédures de médiation concernant le même document.

Le PFPDT a une certaine marge de manœuvre et peut aménager les détails de la procédure de manière à ce qu'elle soit la mieux adaptée à chaque cas d'espèce³¹, étant rappelé que la PA n'est pas applicable durant cette phase. Une application analogue de la PA peut entrer en ligne de compte selon les circonstances³².

La jurisprudence a par exemple admis que si plusieurs personnes déposent simultanément une demande en médiation portant sur le même objet, le PFPDT peut, avec l'accord des requérants, procéder selon les dispositions de la PA relatives aux procédures de masse (art. 11a et 36, let. c, PA), applicables par analogie, ou émettre directement une recommandation sans audition lorsque les requérants ne peuvent ou ne souhaitent pas désigner un représentant commun et que l'audition de tous serait disproportionnée³³. Selon GUY-ECABERT, dans les procédures de masse, le PFPDT peut, s'il ne voit pas de possibilité de parvenir à un accord, renoncer à la médiation et émettre directement une recommandation³⁴.

Ainsi, nous estimons que la jonction des causes est possible selon une application par analogie de la PA (art. 4 PA *cum* art. 24 de la Loi fédérale sur la procédure civile fédérale [PCF, RS 273])³⁵. Il faut toutefois que les affaires pendantes se fondent sur les mêmes faits, en particulier que les demandes de médiation concernent la même prise de position de l'autorité. Dans ces circonstances, le principe d'économie de procédure justifie de réunir plusieurs procédures en une seule procédure de médiation. En cas d'échec de la médiation, et pour autant que les demandes d'accès jointes demeurent pendantes, le PFPDT pourra décider de rendre une seule recommandation. Chaque requérant pourra, à titre indépendant, faire usage de la faculté accordée par l'art. 15 LTrans et demander à l'autorité de rendre une décision selon l'art. 5 PA.

3.4 Selon quels critères détermine-t-on si la procédure est écrite ou orale ?

Il convient de préciser en préambule que le choix de la forme de la procédure de médiation est laissé à l'appréciation du PFPDT.

Selon l'art. 12, al. 2, OTrans, le PFPDT est tenu d'entendre les parties à la procédure de médiation. Cela ne leur confère toutefois pas un droit directement justiciable. Elles n'ont par exemple pas un droit à pouvoir s'exprimer oralement devant le PFPDT.

Les dispositions de la PA ne sont pas directement applicables à la procédure de médiation au sens de l'art. 13 LTrans. Le droit constitutionnel d'être entendu s'applique à une procédure qui

³⁰ Le PFPDT a une autre interprétation.

³¹ Message LTrans, FF 2003 1865.

³² Arrêt du TAF, 17.6.2020, A-4781/2019, consid. 3.5.1.

³³ Arrêt du TAF, 23.10.2017, A-6755/2016, consid. 4.1.3.2.

³⁴ GUY-ECABERT Christine (n. 20), art. 13 N 26.

³⁵ Arrêt du TAF, 28.11.2017, B-1715/2015 et B-1720/2015, consid. 2.1 ; arrêt du TAF, 02.2.2017, B-4920/2015, consid. 2.1 ; MOSER André / BEUSCH Michael / KNEUBÜHLER Lorenz, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Bâle 2013, N 3.17.

conduit à une décision et ne peut pas être invoqué devant une instance qui se contente d'émettre un avis ou de faire une proposition³⁶.

La procédure peut se dérouler oralement ou par écrit (art. 12, al. 2, *in fine* OTrans). Il est ici rappelé que la forme écrite englobe aussi les échanges par courriel³⁷. Comme le PFPDT dispose d'une grande marge d'appréciation, il peut, selon la situation, se limiter à un échange de prises de position. Mais il est sans doute parfois plus facile de parvenir à un accord par une communication directe entre les parties³⁸.

A cet égard, le PFPDT relève dans son rapport d'activité 2021 / 2022 qu'il « convient de souligner l'efficacité constante des procédures de médiation orales qui permettent l'émergence de solutions consensuelles. De l'avis du Préposé, il convient de continuer à privilégier et à encourager ce type de procédure par rapport aux procédures écrites. La tenue de séances de médiation en présentiel se révèle profitable pour toutes les parties à la procédure. Dans certains cas, celles-ci ont d'ailleurs demandé, compte tenu des mesures sanitaires, une suspension de la procédure jusqu'au moment où les négociations orales seraient à nouveau possibles »³⁹.

Dès lors, si l'affaire se prête à une solution transactionnelle, la médiation orale – qui est plus propice à la conclusion d'un arrangement à l'amiable – devrait être favorisée. En effet, l'objectif de la médiation est d'essayer de résoudre le litige portant sur l'accès aux documents officiels en évitant que les tribunaux ne soient saisis. Cette solution est aussi conforme aux principes de célérité et d'économie de procédure.

En tout état de cause, la forme orale ne saurait être utilisée afin de permettre aux parties requérantes d'obtenir, dans le cadre de la médiation, des renseignements et des informations qui ne relèvent pas du droit d'accès selon l'art. 6 LTrans.

La procédure écrite présente aussi des avantages et peut être utilisée dans certains cas. Il en va par exemple des situations dans lesquelles un examen préliminaire suffit au PFPDT pour constater que le document n'entre manifestement pas dans le champ d'application de la LTrans. On peut aussi songer aux situations dans lesquelles le demandeur vit à l'étranger, ou lorsqu'il y a un grand nombre de demandeurs.

3.5 Est-ce qu'une suspension de la procédure est possible si les parties y consentent ?

La LTrans ne règle pas cette question.

La PA n'est pas applicable à la procédure de médiation, mais la jurisprudence a reconnu la possibilité d'appliquer par analogie certaines dispositions de cette loi selon les circonstances⁴⁰. Compte tenu du but de la procédure de médiation, qui est celui de favoriser autant que possible le règlement à l'amiable des demandes d'accès litigieuses, la possibilité de suspendre la procédure si les parties y consentent ne doit pas être entravée. Cela leur permettra de prendre plus de temps pour discuter d'une solution transactionnelle.

³⁶ Arrêt du TAF, 23.10.2017, A-6755/2016, consid. 4.1.3.2.

³⁷ Dans le même sens, mais en lien avec la forme de la demande de médiation GUY-ECABERT Christine (n. 20), art. 13 N 31 ; *contra* BHEND Julia / SCHNEIDER Jürg (n. 4), art. 13 N 12.

³⁸ GUY-ECABERT Christine (n. 20), art. 13 N 42.

³⁹ Rapport 2021/2022 PFPDT, p. 77.

⁴⁰ Pour un cas d'application en lien avec les procédures de masse, cf. arrêt du TAF du 23.10.2017, A-6755/2016, consid. 4.1.3.2 (application par analogie des art. 11a et art. 36 let. c PA).

Dès lors, la suspension de la procédure de médiation est possible selon une application par analogie de l'art. 33b PA⁴¹.

3.6 L'office ou le département concerné devrait-il avoir accès à la demande de médiation ?

Selon l'art. 13 LTrans, toute personne peut déposer une demande en médiation : a. lorsque sa demande d'accès à des documents officiels est limitée, différée ou refusée ; b. lorsque l'autorité n'a pas pris position sur la demande dans les délais ; c. lorsque l'autorité, après l'avoir entendue selon l'art. 11, entend accorder l'accès aux documents malgré son opposition.

Selon l'art. 12b, al. 1, OTrans, dès qu'il est saisi de la demande en médiation, **le PFPDT en informe l'autorité** et lui impartit un délai : a. pour compléter si nécessaire la motivation de sa prise de position ; b. pour lui transmettre les documents requis.

L'art. 12b OTrans a été introduit dans le cadre de la modification du 1^{er} juillet 2011 de l'OTrans. Cette disposition a été ajoutée afin de détailler sous divers aspects la collaboration des parties et de contribuer à la célérité de la procédure⁴².

L'art. 12b OTrans doit à notre avis être interprété au sens large, en ce sens qu'une information complète doit être fournie à l'autorité. Ainsi, pour autant que l'examen formel du PFPDT conduise à la recevabilité de la demande de médiation, une copie de celle-ci devrait être transmise à l'autorité.

En effet, le but de l'art. 12b OTrans est celui de favoriser la collaboration des parties dans le cadre de la médiation. Cet objectif pourra être plus facilement atteint si une communication transparente des actes de procédure leur est garantie. Par ailleurs, les versions française et italienne de l'art. 12b al. 1 OTrans permettent d'inférer que la demande devrait être transmise à l'autorité (« *en informe l'autorité* » / « *ne informa l'autorità* »).

À noter que la transmission de la demande de médiation n'appelle pas un échange d'écritures. Le droit constitutionnel d'être entendu ne s'applique d'ailleurs pas à la procédure de médiation⁴³. Il n'en demeure pas moins que si le PFPDT a besoin d'autres renseignements, il peut impartir un délai à l'autorité pour compléter si nécessaire la motivation de sa prise de position conformément à l'art. 12b, al. 1, let. a, OTrans.

3.7 Les tiers dont les données figurent dans les documents auxquels l'accès est demandé devraient-ils être impliqués dans la procédure de médiation ?

Lorsque la demande porte sur des documents officiels contenant des données personnelles (qui ne concernent pas le requérant), l'autorité diffère l'accès jusqu'à droit connu (art. 12, al. 3, LTrans). En effet, lorsque l'autorité envisage de donner suite à la requête, la personne concernée doit être consultée et bénéficie d'un délai de 10 jours pour se prononcer. Elle sera ensuite informée de la prise de position de l'autorité sur la demande d'accès (art. 11 LTrans)⁴⁴.

⁴¹ Dans le même sens PFISTERER Thomas, Einigung, Mediation und Schlichtung – Einführung in Art. 33b VwVG, AJP/PJA 12/2010, p. 12.

⁴² OFJ, Modification de l'ordonnance sur la transparence. Commentaire des nouvelles dispositions, 11.03.2011, p. 2.

⁴³ Arrêt du TAF, 23.10.2017, A-6755/2016, consid. 4.1.3.2.

⁴⁴ BOILLAT Joséphine / WERLY Stéphane, Transparence passive – aspects pratiques, in : Sylvain Métille (édit.), Le droit d'accès, Berne 2021, p. 211 s.

S'agissant de **l'audition de tiers par l'autorité saisie d'une demande d'accès**, le Tribunal fédéral préconise une méthode en plusieurs étapes⁴⁵ :

- Dans un premier temps, il convient d'examiner, sur la base d'une pesée des intérêts en principe provisoire, si la publication du document entre en ligne de compte ou si elle échoue d'emblée en raison d'intérêts publics ou privés prépondérants.
- Si ce dernier scénario s'applique, il faut s'en tenir là. Dans le même sens, le PFPDT et l'OFJ indiquent que « 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) »⁴⁶.
- Si la possibilité d'accorder l'accès est confirmée, les tiers concernés doivent en règle générale être entendus, c'est-à-dire qu'il faut leur donner la possibilité de faire valoir leurs intérêts qui s'opposent à la publication. C'est sur la base de ces prises de position qu'il faut procéder à la pesée définitive des intérêts et prendre la décision proprement dite sur l'octroi de l'accès au document en question.

Le PFPDT et l'OFJ ont d'ailleurs relevé que « 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 »⁴⁷.

En définitive, selon le Tribunal fédéral⁴⁸, il ne peut être fait abstraction de l'audition du tiers qu'à deux conditions cumulatives :

- 1) Premièrement, la pesée préliminaire des intérêts doit être si clairement en faveur de la publication qu'il ne faut pas sérieusement s'attendre à ce qu'il existe des intérêts privés non encore identifiés qui pourraient conduire à un autre résultat ;
- 2) Secondement, la mise en œuvre du droit de consultation doit paraître disproportionnée, notamment parce que la consultation serait liée à un effort démesuré.

À noter que si le document a pu être rendu anonyme (art. 9, al. 1, LTrans), le tiers n'a pas à être entendu⁴⁹.

⁴⁵ ATF 142 II 340, consid. 4.6 ; arrêt du TF, 21.3.2019, 1C_222/2018, consid. 3.4.

⁴⁶ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE / PRÉPOSÉ À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE (n. 8), p. 38, ch. 7.2.4.

⁴⁷ *Idem*, p. 38 s., ch. 7.2.4.

⁴⁸ Arrêt du TF, 21.3.2019, 1C_222/2018, consid. 3.4.

⁴⁹ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE / PRÉPOSÉ À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE (n. 8), p. 17, ch. 3.3.1.

S'agissant de la participation des tiers à la procédure de médiation, selon l'art. 13, al. 1, let. c, LTrans, le tiers peut déposer une demande de médiation lorsque l'autorité, après l'avoir entendu selon l'art. 11 LTrans, entend accorder l'accès aux documents malgré son opposition. Dans ce cas, le tiers, demandeur à la procédure de médiation, participe évidemment à celle-ci.

La question se pose toutefois de savoir si le tiers doit être impliqué dans la procédure de médiation également lorsque la demande de médiation n'émane pas de lui mais de la personne qui a requis l'accès aux documents.

Dans un arrêt du Tribunal administratif fédéral, les juges ont estimé que les tiers avaient pu exprimer leur point de vue de manière suffisante, malgré le fait que le PFPDT ne les ait pas invités à la procédure de médiation⁵⁰. Cet arrêt n'est cependant pas encore définitif, un recours étant actuellement pendant devant le Tribunal fédéral.

Quoi qu'il en soit, l'implication du tiers dans la procédure de médiation n'exempte pas l'autorité requise d'entendre le tiers conformément à l'art. 11 LTrans, avant de prendre position sur la demande d'accès.

Finalement, le tiers a la faculté de déclarer qu'il renonce à participer à la procédure. Ce faisant il perd, toutefois, son droit de demander une décision selon l'art. 15, al. 1, LTrans, ainsi que son droit de recours (art. 48, al. 1, let. a, PA)⁵¹.

4 Procédure LTrans et délais

4.1 Quelle est la nature des délais de la LTrans ? Quelles sont les règles qui les régissent ?

Il faut distinguer entre deux phases :

a) *La PA n'est pas applicable à la procédure prévue aux art. 10 à 14 LTrans (demande d'accès et procédure de médiation). Durant cette phase, le régime des délais est le suivant :*

- Selon l'art. 12, al. 1, LTrans, suite à une demande d'accès, l'autorité **prend position** aussitôt que possible, mais au plus tard dans un **délai de 20 jours** à compter de la date de la réception de la demande. À noter que la prise de position de l'autorité peut être motivée de manière sommaire, compte tenu du stade initial de la procédure⁵². Ce délai de 20 jours est un **délai d'ordre**.
- Si, à l'échéance du délai de 20 jours, voire du délai exceptionnellement plus long selon l'art. 12, al. 2, LTrans, l'autorité ne rend pas sa prise de position, l'administré peut demander qu'une procédure de médiation soit engagée sur la base de l'art. 13, al. 1, let. b, LTrans. La demande de médiation peut également être déposée si la demande d'accès à des documents officiels est limitée, différée ou refusée (art. 13, al. 1, let. a, LTrans). Selon l'art. 13, al. 2, let. c, LTrans, la personne entendue selon l'art. 11 LTrans peut également demander la médiation si l'autorité entend accorder l'accès aux documents malgré son opposition.

⁵⁰ Arrêt du TAF, 16.3.2022, A-741/2019, A-743/2019, A-745/2019, A-746/2019, consid. 5.3.3 (décision attaquée devant le TF, recours pendant à ce jour [8.3.2023]).

⁵¹ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE / PRÉPOSÉ À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE (n. 8), p. 38, ch. 7.2.2.

⁵² ATF 142 II 324, consid. 3.6.

Le délai pour **demandeur la médiation** est de **20 jours** (art. 13, al. 2, LTrans) à partir de la date de réception de la prise de position de l'autorité ou à l'échéance des délais fixés à l'autorité pour prendre position. Il s'agit d'un **délai de péremption**⁵³, **non prolongeable**.

À cet égard, il sied de préciser que le non-respect du délai n'entraîne que peu de conséquences pour le demandeur, qui pourra, le cas échéant, déposer une nouvelle demande d'accès auprès de l'autorité pour faire débiter une nouvelle procédure. Il n'en va pas de même pour la personne concernée dont des données personnelles figurent dans le document ; en effet, cette dernière se devra de respecter le délai, faute de quoi le document sera transmis⁵⁴.

- Lorsque la médiation n'aboutit pas, le PFPDT établit une recommandation écrite à l'attention des participants à la procédure dans les **30 jours** qui suivent la réception de la demande en médiation (art. 14 LTrans). Il s'agit d'un **délai d'ordre**. La recommandation que le préposé peut être amené à rendre « doit être formulée avant l'échéance du délai de trente jours »⁵⁵. L'administré peut exiger du préposé qu'il agisse dans le respect des délais légaux. À défaut, le retard pris par l'autorité viole les art. 14 ss LTrans⁵⁶. À noter toutefois que selon l'art. 12a, al. 2, OTrans, lorsqu'une demande en médiation nécessite un surcroît important de travail pour le préposé, celui-ci peut prolonger d'une durée raisonnable le délai pour mener à terme la médiation ou établir la recommandation.
- Aucune disposition de la LTrans ne prévoit la suspension des délais de la procédure d'accès et de médiation pendant les fêtes. La PA n'est pas applicable à cette phase de la procédure et l'art. 22a PA (Féeries) ne peut à notre sens pas être appliqué par analogie. En effet, la LTrans ponctue de délais précis la procédure d'accès et de médiation. Le législateur n'a pas introduit des cas de suspension de ces délais. Appliquer dans ce contexte l'art. 22a PA par analogie contreviendrait à notre sens à sa volonté. Il en va donc différemment des cas dans lesquels une application par analogie de la PA a été admise, notamment en lien avec les art. 11a, 33b et 36 let. c PA : dans ces hypothèses, la LTrans ne dit rien sur la manière d'organiser la procédure, si bien qu'on peut s'inspirer de la PA pour rechercher des solutions.

En tout état de cause, comme mentionné auparavant, les délais prévus aux art. 12, al. 1, et 14 LTrans (soit le délai dans lequel l'autorité requise doit prendre position après la demande d'accès, et le délai dans lequel le PFPDT doit établir sa recommandation) sont des délais d'ordre, à savoir des délais dans lesquels l'autorité est tenue d'agir conformément à ce qui est prévu dans la loi. Ces délais présentent le caractère d'une simple prescription d'ordre et garantissent le bon déroulement de la procédure. Leur non-respect entraîne tout au plus la possibilité d'interjeter recours pour retard injustifié⁵⁷.

La jurisprudence a toutefois établi que l'acte à accomplir peut encore l'être après l'expiration du délai, pour autant et aussi longtemps que le bon déroulement de la procédure ne l'exclut pas⁵⁸. En l'espèce, la prolongation des délais est en outre possible dans les limites des art. 12, al. 2, LTrans et 12a, al. 2, OTrans.

⁵³ GUY-ECABERT Christine (n. 20), art. 13 N 34.

⁵⁴ BOILLAT Joséphine / WERLY Stéphane (n. 44), p. 212.

⁵⁵ Message LTrans, FF 2003 1865.

⁵⁶ Arrêt du TAF, 15.05.2012, A-6037/2011, consid. 5.3.1.

⁵⁷ Arrêt du TAF, 14.2.2014, A 2186/2013, consid. 3.1.1.

⁵⁸ Arrêt du TAF, 18.5.2020, A-458/2020, consid. 5.2 et 5.3 ; arrêt du TAF, 19.8.2011, A-3454/2010, consid. 2.3.1 ; arrêt du TAF, 7.7.2010, A-3213/2009, consid. 1.4.2.

Les délais d'ordre se distinguent des délais de péremption. La péremption signifie qu'un droit disparaît lorsque l'ayant droit ou l'obligé n'accomplit pas un acte dans le délai imparti⁵⁹. Or, si dispositions sur les délais prévues aux art. 20 à 24 PA s'appliquent aux délais de péremption, elles ne sont en principe pas applicables aux délais d'ordre⁶⁰. La suspension des délais prévus aux art. 12, al. 1, et 14 LTrans est donc exclue pour ce motif également.

b) La phase de médiation terminée, une nouvelle étape de la procédure débute, soit celle tendant au prononcé d'une décision (art. 15 LTrans). La PA s'applique à celle-ci⁶¹. Le régime des délais est donc le suivant :

- Selon l'art. 15 al. 1 LTrans, le demandeur ou la personne qui a été entendue peut demander **dans les dix jours** qui suivent la réception de la recommandation que l'autorité rende une décision selon l'art. 5 PA. Il s'agit d'un **déla****i de péremption**. Les art. 20 ss PA s'appliquent à ce délai. Cela signifie notamment que le délai est **suspendu** pendant les périodes prévues à l'art. 22a PA⁶². Il n'en demeure pas moins qu'en tant que délai légal, le délai de dix jours de l'art. 15, al. 1, LTrans **ne peut pas être prolongé** (art. 22, al. 1, PA).
- Selon l'art. 15, al. 3, LTrans, **l'autorité rend sa décision dans un délai de 20 jours** à compter de la requête de décision. D'après l'art. 15, al. 2, LTrans, toujours dans les 20 jours, l'autorité rend une décision si, en dérogation à la recommandation : a. elle entend limiter, différer ou refuser le droit d'accès ; b. elle entend accorder le droit d'accès à un document officiel contenant des données personnelles.

Comme mentionné ci-dessus, s'agissant d'un délai fixé par la loi à l'autorité pour accomplir un acte de procédure, le délai mentionné à l'art. 15, al. 3, LTrans est un *déla***i d'ordre**⁶³. Dès lors, la suspension de l'art. 22a PA ne lui est pas applicable.

Il est toutefois relevé au passage que l'autorité amenée à rendre une décision pourra suspendre la procédure à la demande d'une partie ou d'office, jusqu'à nouvel ordre ou jusqu'à une date ou un événement déterminé. Une suspension doit toutefois être justifiée par des motifs suffisants. Elle peut être envisagée lorsqu'il ne se justifie pas, du point de vue de l'économie de la procédure, de prendre une décision immédiate, notamment lorsque la décision rendue dans une autre procédure peut influencer l'issue de la procédure. Elle ne doit toutefois en aucun cas aller à l'encontre d'intérêts publics ou privés prépondérants. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, elle doit même rester l'exception. Si une autorité suspend une procédure sans motif suffisant ou si elle maintient une suspension alors que le motif de suspension a disparu, il y a violation du principe de célérité de l'art. 29, al. 1, Cst. et le justiciable peut invoquer le grief de déni de justice ou de retard injustifié⁶⁴.

⁵⁹ Par exemple le délai pour recourir ; arrêt du TAF, 7.7.2010, A-3213/2009, consid. 1.4.2.

⁶⁰ CAVELTI Urs Peter, Vorbemerkungen zu Art. 20-24 VwVG, in : AUER Christoph, MÜLLER Markus, SCHINDLER Benjamin, VwVG – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar, 2^{ème} éd., 2019, p. 298 s., N 4.

⁶¹ ATF 142 II 324, consid. 3.6 ; arrêt du TAF, 6.8.2018, A-6475/2017, consid. 4.1.1.

⁶² BHEND Julia / SCHNEIDER Jürg (n. 4), art. 15 N 6.

⁶³ Arrêt du TAF, 18.5.2020, A-458/2020, consid. 5.3.

⁶⁴ Arrêt du TAF, 15.5.2012, A-6037/2011, consid. 5.1.1 s.

4.2 Quelle devrait être la durée des délais octroyés par le PFPDT aux offices ou départements concernés pour collaborer suite à une demande de médiation ?

Pour que le principe de transparence soit efficace, il est important de garantir la célérité de la procédure⁶⁵.

Le préposé est lié par le délai de 30 jours prévu à l'art. 14 LTrans, lequel n'est en principe pas prolongeable, hormis le cas de figure visé à l'art. 12a al. 2 OTrans.

Le respect du délai imparti au préposé dépend aussi de la collaboration diligente de l'autorité saisie de la demande d'accès. L'art. 12b OTrans a été introduit pour renforcer cette collaboration. Il prévoit que dès qu'il est saisi de la demande de médiation, le préposé en informe l'autorité et lui impartit un délai : a. pour compléter si nécessaire la motivation de sa prise de position ; b. pour lui transmettre les documents requis ; c. pour lui communiquer le nom de la personne habilitée à agir dans la médiation.

L'art. 12b, al. 2, let. a, OTrans prévoit que les parties sont **tenues de faire en sorte que le délai dans lequel doit se dérouler la médiation soit respecté**.

Dans la mesure où, dans les cas standards, le préposé n'a que 30 jours dès la réception de la demande en médiation pour non seulement tenter la médiation, mais aussi établir une recommandation écrite à l'attention des participants à la procédure, on estime que le délai imparti à l'autorité pour fournir les informations et/ou la documentation nécessaires sur la base de l'art. 12b, al. 1, OTrans doit être bref. À ce titre, il est suggéré que le délai ne dépasse pas 5 jours.

Il est relevé au passage que lorsque les parties refusent de prêter le concours nécessaire à l'aboutissement d'un accord ou qu'elles retardent abusivement la médiation, l'art. 12, al. 4, LTrans habilite le préposé à constater que la médiation n'a pas abouti.

Les art. 10, al. 4, let. c, LTrans *cum* art. 12a OTrans accordent toutefois au préposé une certaine souplesse dans les délais de traitement de la médiation et de l'établissement de la recommandation : lorsqu'une demande en médiation nécessite un surcroît important de travail pour le préposé, notamment du fait que la demande d'accès porte sur des documents particulièrement nombreux et complexes ou qu'elle soulève des questions juridiques, techniques ou politiques particulièrement ardues, celui-ci pourra prolonger d'une durée raisonnable le délai pour mener à terme la médiation ou établir la recommandation⁶⁶. Dans ce cas, il nous semble que le préposé devrait également accorder un délai plus long à l'autorité pour se prononcer.

En tout état de cause, la prolongation du laps de temps consacré à la médiation doit rester d'une durée raisonnable, c'est-à-dire en relation avec les causes du surcroît de travail. Il ne s'agit pas de donner un blanc-seing au PFPDT. Dans les cas ordinaires, le PFPDT reste tenu de respecter le délai de l'art. 14 LTrans⁶⁷.

⁶⁵ Dans ce sens HÄNER Isabelle (n. 2), art. 12 N 11.

⁶⁶ CHATTON Gregor T. (n. 5), p. 17 s. N 29 s.

⁶⁷ OFJ (n. 42), p. 2 s.

5 Champ d'application de la LTrans

5.1 Comment définir quels documents appartiennent à la procédure de co-rapport ?

Selon l'art. 8 LTrans (« Cas particuliers »), le droit d'accès n'est pas reconnu *pour les documents officiels afférents à la procédure de co-rapport*.

Toutes les affaires que le Conseil fédéral doit trancher sont soumises aux membres du Conseil fédéral pour co-rapport (art. 15, al. 1, de la Loi sur l'organisation du gouvernement et l'administration, LOGA, RS 172.010). La procédure de co-rapport sert à préparer la décision du Conseil fédéral et doit lui permettre de concentrer ses délibérations sur les aspects essentiels de l'affaire (art. 5, al. 1 et 5, de l'Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, OLOGA, RS 172.010.1). Comme le prévoit l'art. 5 al. 1^{bis} OLOGA, **la procédure de co-rapport commence au moment où la Cheffe ou le Chef de département compétent signe sa proposition adressée au Conseil fédéral**. Cette disposition est déterminante pour interpréter l'art. 8, al. 1, LTrans⁶⁸.

Le département remet ensuite sa proposition définitive à la Chancellerie fédérale en vue de l'ouverture de la procédure de co-rapport proprement dite (art. 5, al. 2, OLOGA). La proposition est alors transmise aux autres départements, pour prises de position.

La procédure de co-rapport **prend fin avec la décision formelle du Conseil fédéral**.

Pour déterminer la portée de l'art. 8, al. 1, LTrans, il est important de saisir le but de cette disposition. L'exclusion d'accès pour les documents relatifs à la procédure de co-rapport a **pour objectif de préserver le principe de collégialité prévalant pour le gouvernement fédéral (art. 177 Cst. ; art. 12 LOGA) et de protéger la libre formation de son opinion et de sa volonté**⁶⁹.

Sont donc visés par l'exclusion, notamment⁷⁰:

- Les projets de lois, les messages et les rapports de postulats qui sont annexés à une proposition au Conseil fédéral signée⁷¹ ;
- La proposition signée par la cheffe ou le chef de département ;
- Les notes de discussion et les notes d'information signées par la cheffe ou le chef de département ;
- Les co-rapports des autres départements et de la Chancellerie fédérale ;
- Les éventuelles réponses (répliques et duplicques) et projets de réponses, qui n'ont pas été signés ou qui ne le sont pas encore (par exemple des projets de réponse qui ont été élaborés par un office et transmis ensuite au département dans le cadre de la procédure de co-rapport en cours) ;
- Les feuilles d'accompagnement, les notes des conseillers fédéraux, de leurs conseillers personnels ou d'autres collaborateurs.

⁶⁸ Elle a été modifiée lors de l'adoption de l'OTrans afin de clarifier la situation, cf. ATF 136 II 399, consid. 2.3.1.

⁶⁹ ATF 136 II 399, consid. 2.3.2.

⁷⁰ ATF 136 II 399, consid. 2.3.2. s. ; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Loi sur la transparence : guide pour l'appréciation des demandes et check-list, p. 4, ch. 2.1 ; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE / PRÉPOSÉ À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE (n. 8), p. 27, ch. 5.1.2.

⁷¹ Le PFPDT tire en revanche de l'ATF 136 II 399 le fait que les annexes à la proposition au Conseil fédéral signée, établies avant l'ouverture de la procédure de co-rapport, ne sont d'une manière générale pas visées par l'exclusion de l'art. 8 al. 1 LTrans et sont donc accessibles.

L'exclusion du droit d'accès est définitive et se poursuit indéfiniment même après la décision du Conseil fédéral⁷².

En revanche, le **projet de proposition de l'office fédéral élaboré à l'attention du département** en vue de la procédure de co-rapport ne tombe pas dans le champ d'application de l'art. 8 al. 1 LTrans. Ce document ne fait pas encore partie de la procédure de co-rapport, puisque celle-ci commence le jour où le département compétent signe sa proposition. 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 département⁷³.

Les documents de la **consultation des offices** ne sont pas non plus concernés par l'exception de l'art. 8, al. 1, LTrans⁷⁴. L'art. 8, al. 2, LTrans est toutefois applicable, en ce sens que l'accès à ces documents n'est autorisé qu'après la décision politique ou administrative dont ils constituent la base. Pour cette catégorie de documents, il convient de relever que le Conseil fédéral peut, exceptionnellement, les déclarer non accessibles même après la prise de décision (art. 8, al. 3, LTrans)⁷⁵.

S'agissant des **documents établis avant la proposition du département compétent et annexés à celle-ci pour permettre l'information du Conseil fédéral**, la situation juridique est plus délicate.

Dans un arrêt de 2010 (ATF 136 III 399), le Tribunal fédéral a établi que deux conventions de départ, préparées et établies avant⁷⁶ la signature de la proposition du DFJP, c'est-à-dire avant la procédure de co-rapport, **n'étaient pas soustraites au droit d'accès selon l'art. 8, al. 1, LTrans**. Il y a toutefois lieu de préciser que, dans cette affaire, l'élément décisif a été le fait que le contenu des documents en question a été arrêté antérieurement à l'ouverture de la procédure de co-rapport proprement dite. Même si, matériellement, leur contenu se confond avec les propositions faites par le département, seules ces dernières constituent les documents d'ouverture de la procédure de co-rapport. Finalement, la consultation de ces conventions ne relevait rien sur la procédure ayant abouti aux décisions d'approbation du Conseil fédéral et ne portait par conséquent aucune atteinte au principe de collégialité et au secret des délibérations, soit le critère essentiel au regard de l'art. 8, al. 1, LTrans⁷⁷.

Il sied donc de retenir de cette jurisprudence que l'exception de l'art. 8, al. 1, LTrans doit être **interprétée eu égard à son but, à savoir de préserver le principe de collégialité prévalant pour le gouvernement fédéral et de protéger la libre formation de son opinion et de sa volonté**.

⁷² Arrêt du TAF, 16.05.2018, A-2070/2017, consid. 4.3.4.2.

⁷³ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE / PRÉPOSÉ À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE (n. 8), p. 23, ch. 4.2.1.

⁷⁴ ATF 136 II 399, consid. 2.3.3.

⁷⁵ MADER Luzius, La nouvelle loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration, in : Flückiger Alexandre (édit.), La mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration, p. 23.

⁷⁶ « La convention passée avec le Secrétaire général a été signée par les parties le 4 janvier 2008 et la procédure de co-rapport a été ouverte le 15 janvier 2008 par la présentation de la proposition du département. Elle s'est achevée le lendemain par la décision d'approbation du Conseil fédéral. La convention concernant le Secrétaire général suppléant n'a été signée que le 22 février 2008, mais elle a manifestement été élaborée auparavant et les parties ont donné leur accord de principe avant le 19 février 2008, date de la proposition du DFJP. Celle-ci a également été approuvée le lendemain par le Conseil fédéral » (ATF 136 III 399, consid. 2.4).

⁷⁷ ATF 136 II 399, consid. 2.3.4.

La motivation succincte de l'arrêt ne permet toutefois pas de répondre à toutes les questions quant à la manière d'interpréter la notion de documents officiels « afférents à la procédure de co-rapport » au sens de l'art. 8, al. 1, LTrans.

En tout état de cause, même dans l'hypothèse où un document ne devait pas être afférent à la procédure de co-rapport et donc être accessible en soi, l'art. 7 LTrans ou l'art. 8 al. 2 LTrans pourraient trouver application en fonction du cas d'espèce⁷⁸.

5.2 Champ d'application personnel : application de la LTrans aux membres du Conseil fédéral

Selon l'art. 2 al. 1 LTrans, la loi s'applique à toute l'administration fédérale, qu'elle soit centralisée ou décentralisée. Le Conseil fédéral, en tant qu'autorité collégiale, n'est pas visé par la LTrans : le Conseil fédéral dirige l'administration fédérale, mais n'en fait pas partie (art. 2 al. 1 LOGA).

S'agissant des membres du Conseil fédéral, il faut distinguer deux situations :

- a) Lorsqu'un Conseiller fédéral agit en tant que Chef de département, 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 outre, les documents établis pour les réunions de travail des conseillers fédéraux avec des organisations, des représentants de l'économie ou des homologues étrangers entrent généralement dans le champ d'application de la LTrans.
- b) En revanche, lorsqu'un Conseiller fédéral agit en qualité de membre du gouvernement, il n'est pas soumis au champ d'application de la LTrans. Tel est le cas lorsqu'un Conseiller fédéral – en tant que représentant ou au nom de l'ensemble du Conseil fédéral – informe sur des objets de votation fédéraux. Enfin, les informations sur les dépenses logistiques globales du Conseil fédéral sont également des informations qui relèvent de la sphère du Conseil fédéral.

5.3 « Document officiel » et systèmes de communication modernes

Selon l'art. 5, al. 1, LTrans, on entend par document officiel toute information : a. qui a été enregistrée sur un quelconque support ; b. qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a été communiquée, et c. qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique. Ces conditions sont cumulatives.

La LTrans est neutre du point de vue technologique. Un document officiel peut donc également être contenu dans un enregistrement sonore ou visuel ainsi que sur un support de données électronique. Le moyen de communication n'est pas non plus relevant.

Dès lors, en principe, des emails, SMS, messages Whatsapp ou Threema, tout comme la messagerie instantanée de Skype sont en principe des documents au sens de la LTrans.

Ne sont pas visés par la LTrans en tant que documents officiels des emails ou échanges électroniques dont le contenu est exclusivement privé, et cela même si leur envoi ou réception se fait via les systèmes de l'administration fédérale (art. 5, al. 3, let. c LTrans).

⁷⁸ ATF 136 II 399, consid. 2.4 et, pour le développement de la pesée des intérêts selon l'art. 7 al. 2 LTrans, arrêt du TAF, 17.2.2011, A-3609/2010 (arrêt de renvoi du Tribunal fédéral du 19 mai 2010).

Selon l'art. 1, al. 3, OTrans, on entend par document destiné à l'usage personnel, toute information établie à des fins professionnelles mais qui est utilisée exclusivement par son auteur ou par un cercle restreint de personnes comme moyen auxiliaire, tel que des notes ou des copies de travail. Cette notion recouvre les documents qui servent de base de travail ou d'outils de travail (p. ex. copies de travail de documents, propositions de correction, aides à la réflexion ou notes d'accompagnement) et qui sont également échangés au sein d'une équipe ou entre collaborateurs et supérieurs hiérarchiques. Dans cette mesure, le but de cette exception est d'exclure de la divulgation les documents qui, bien que rédigés ou établis dans le cadre de l'exercice de la profession, servent exclusivement à l'usage personnel ou à l'usage interne dans un cercle de personnes étroitement limité.

Ainsi, sont considérés comme documents destinés à l'usage personnel les outils de travail qui servent de *base au traitement de documents* (tels que remarques, compléments, corrections, aide-mémoire, etc.) ou qui *contribuent à leur préparation* (tels que des plans, sommaires, esquisses, etc.)⁷⁹. Un plan de projet ou une esquisse d'acte normatif validés par la hiérarchie ne sont à notre avis cependant plus des documents destinés à l'usage personnel et sont dès lors soumis au droit d'accès.

⁷⁹ ATF 142 II 324, consid. 2.5.2 et les réf. citées.