



Berne, le 18.10.2012

Recommandation

émise au titre

**de l'art. 14
de la loi fédérale
sur le principe de la transparence
dans l'administration
concernant la demande en médiation introduite**

**par X
(demanderesse)**

contre

la Chancellerie fédérale (ChF)

I. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence constate:

1. Par courrier du 23 août 2012, la demanderesse a requis auprès du Ministère Public de la Confédération une copie de la décision prise par le Conseil fédéral le 4 avril 2012 concernant la transmission par certaines banques suisses de données relatives à leurs employés au Département américain de la justice, dans le cadre d'une procédure en cours d'instruction à laquelle elle est partie. Par acte du 30 août 2012, le procureur en charge de la cause a refusé d'accorder à la demanderesse l'accès au dossier à ce stade de l'instruction. De plus, il l'a priée de s'« adresser directement à la Chancellerie fédérale, conformément à l'art. 10 de la Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration », si elle souhaitait obtenir une copie de la décision formelle du Conseil fédéral.
2. Conformément à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans, RS 152.3), la demanderesse a déposé, par courrier du 4 septembre 2012, une demande d'accès auprès de la Chancellerie fédérale (ChF) afin d'obtenir une copie de ladite décision.



3. La ChF a pris position le 12 septembre 2012. Invoquant les art. 2 al. 1, 3 al. 1 let. a ch. 2 LTrans et l'art. 21 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010), l'autorité a informé la demanderesse qu'elle rejetait la demande d'accès pour les motifs suivants :

La ChF a premièrement indiqué que « *le Conseil fédéral, en tant qu'autorité collégiale, est exclu du champ d'application de la LTrans (art. 2, al. 1, LTrans ; FF 2003 1828). Ses délibérations et la procédure de co-rapport ne sont pas publiques (art. 21 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration ; RS 172.010). Par conséquent, elles sont exclues du droit d'accès prévu dans la LTrans* ».

D'autre part, la ChF a relevé que « *même s'il était admis que la décision du Conseil fédéral pouvait entrer dans le champs d'application de la LTrans, sa consultation ne serait pas rendue possible, en application de l'art. 3, al. 1, let.a, ch. 2 LTrans, lequel précise que la LTrans ne s'applique pas à l'accès aux documents officiels concernant les procédures pénales. En inscrivant cette réglementation dans la LTrans, le législateur a voulu que les procédures relatives à la consultation des documents qui sont inscrites dans les lois de procédures afférentes soient réservées* ».

4. Faisant suite à la notification de la prise de position de la ChF survenue le 13 septembre 2012 en son étude, le mandataire de la demanderesse a déposé une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé), par courrier remis à un guichet de La Poste Suisse le 21 septembre 2012.
5. Par courrier électronique du 27 septembre 2012, la ChF a transmis au Préposé une copie du dossier (à l'exception du document requis).

II. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence considère ce qui suit :

A. Considérants formels : Médiation et recommandation selon l'art. 14 LTrans

6. En vertu de l'art. 13 LTrans, toute personne peut déposer une demande en médiation lorsque sa demande d'accès à des documents officiels est limitée, différée ou refusée, ou lorsque l'autorité n'a pas pris position sur sa demande dans les délais impartis par la loi.
7. Le Préposé n'agit pas d'office, mais seulement sur la base d'une demande déposée par écrit.¹ Toute personne qui a pris part à une procédure de demande d'accès à des documents officiels est habilitée à introduire une demande en médiation. La forme écrite simple suffit. La demande doit spécifier que l'affaire est confiée au Préposé. Elle doit être remise dans les 20 jours à compter de la réception de la prise de position de l'autorité.
8. La demanderesse a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès de la ChF et a reçu une réponse négative. Etant partie à la procédure de demande d'accès, elle est légitimée à déposer une demande en médiation. Celle-ci a été remise au Préposé selon la forme prescrite et dans le délai légal.

¹ FF 2003 1864 .



9. La procédure de médiation peut se dérouler par écrit ou par oral (en présence de tous les intéressés ou de certains d'entre eux), sous l'égide du Préposé. C'est à lui qu'il incombe de fixer les modalités.²
10. Si la médiation n'aboutit pas ou si aucune solution consensuelle n'est envisageable, le Préposé est tenu par l'art. 14 LTrans de formuler une recommandation fondée sur son appréciation du cas d'espèce.

B. Considérants matériels

11. Selon l'art. 12 al. 1 de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (Ordonnance sur la transparence, OTrans, 152.31) le Préposé examine la licéité et l'adéquation de l'appréciation de la demande d'accès par l'autorité. Il peut ainsi vérifier dans le cadre de la procédure de médiation si la demande d'accès a été traitée conformément à la loi par l'autorité. Ainsi, le Préposé vérifie notamment si l'autorité compétente dans le cadre d'une demande d'accès a correctement appliqué les dispositions relatives à la notion de document officiel (art. 5 LTrans) ainsi que la clause d'exception (art. 7 s. LTrans), ou les dispositions relatives à la protection des données personnelles (art. 9 LTrans). Par ailleurs, il peut examiner, pour tous les domaines dans lesquels la loi sur la transparence confère un certain pouvoir d'appréciation à l'autorité (p.ex. les modalités d'accès à des documents officiels) si la solution retenue par l'autorité est adéquate et proportionnée au vu des circonstances du cas d'espèce. Le Préposé peut faire des propositions dans le cadre de la procédure de médiation (art. 12 al. 2 OTrans) ou le cas échéant émettre une recommandation (art. 14 LTrans).³
12. La loi sur la transparence s'applique, sous réserve des exceptions prévues à l'art. 2 al. 2 et 3 LTrans), à l'administration fédérale, aux organismes et personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale dans la mesure où ils édictent des actes ou rendent en première instance des décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) ainsi qu'aux services du Parlement (art. 2 al. 1 LTrans).
13. Le Conseil fédéral constitue le gouvernement (art. 1 LOGA). Conformément à l'art. 177 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst, RS 101) et l'art. 12 LOGA, il prend ses décisions en tant qu'autorité collégiale. Dans ce cas, il constitue une autorité distincte de l'administration et n'est dès lors pas soumis à la loi sur la transparence (art. 2 al. 1 let. a LTrans *a contrario*).⁴

Ses délibérations et la procédure de co-rapport⁵ ne sont pas publiques (art. 21 LOGA). La notion de délibération comprend également la prise de décision.⁶ La procédure de co-rapport (art. 8 al. 1 LTrans) commence le jour où le département compétent signe sa proposition (art. 5 al. 1^{bis} de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA, RS 172.010.1) et s'achève par la décision du Conseil fédéral.⁷

² FF 2003 1865.

³ CHRISTINE GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 13, N 8.

⁴ Message, FF 2003 1828; BO 2003, p. 1137, Votum Ruth Metzler-Arnold, Conseillère fédérale.

⁵ ATF 133 II 209 consid. 3.1.

⁶ THOMAS SÄGESSER, Stämpflis Handkommentar zum Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG), Art. 21, N 15.

⁷ ATF 136 II 399 consid. 2.3.1.



14. Selon l'art. 180 al. 2 Cst, le Conseil fédéral doit renseigner le public sur son activité en temps utile et de manière détaillée, dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose. L'art. 10 LOGA précise la portée l'art. 180 al. 2 Cst. Ces deux dispositions ne concernent cependant que l'information active, à l'exception de l'information passive.⁸ Au demeurant, le Conseil fédéral dispose d'un certain pouvoir d'appréciation s'agissant des modalités d'information (contenu exacte, cercle des destinataires, échéance à laquelle les informations sont communiquées).⁹

La notion d'*information passive* se rapporte aux cas de figure pour lesquels l'autorité à l'obligation de transmettre certaines informations, en vertu d'une demande qu'il lui est adressée. Ainsi, la transmission d'informations dans le cadre de la loi sur la transparence, à savoir lorsqu'une personne dépose une demande d'accès au sens de l'art. 6 LTrans, constitue un cas d'application d'*information passive*. L'*information active* concerne la transmission d'informations intervenant à l'initiative de l'autorité.

15. De plus, la loi sur la transparence ne s'applique pas à l'accès aux documents officiels concernant des procédures pénales en cours (art. 3 al. 1 let. a ch. 2 LTrans). L'accès à ces documents est régi par les règles de procédure applicables qui demeurent réservées.¹⁰
16. En l'espèce, la demanderesse a requis auprès de la ChF une copie de la décision prise collégalement par Conseil fédéral (art. 177 Cst, art. 1 LOGA), en qualité d'autorité directoriale et exécutive suprême de la Confédération (art. 174 Cst), concernant la transmission par certaines banques suisses de données relatives à leurs employés au Département américain de la justice.
17. *La question de savoir si la demanderesse a en l'espèce le droit d'avoir accès à la décision prise par le Conseil fédéral le 4 avril 2012 concernant la transmission par certaines banques suisses de données relatives à leurs employés au Département américain de la justice dépend du champ d'application personnel (art. 2 al. 1 let. a) et matériel (art. 3 al. 1 let. a ch. 2, art. 8 al. 1 LTrans) de la loi sur la transparence. Ainsi, attendu que les décisions du Conseil fédéral font partie intégrante de la procédure de co-rapport et ne sont pas soumises à la loi sur la transparence (art. 8 al. 1 LTrans), le Préposé arrive donc à la conclusion que la ChF n'a dès lors pas l'obligation d'accorder à la demanderesse l'accès au document que cette dernière a requis. Ceci indépendamment de l'objet et de l'issue de la procédure pénale en cours.*

III. Se fondant sur les considérants susmentionnés, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence recommande ce qui suit :

18. La Chancellerie fédérale maintient son refus d'accorder l'accès à la décision prise par le Conseil fédéral le 4 avril 2012 concernant la transmission par certaines banques suisses de données relatives à leurs employés au Département américain de la justice.
19. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, la demanderesse peut exiger que la Chancellerie fédérale rende une décision selon l'art. 5 si elle n'est pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans). Cette décision peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (art. 16 LTrans).

⁸ THOMAS SÄGESEER, Stämpflis Handkommentar zum Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG), Art. 10, N 13; ATF 136 II 399 consid. 2.3.

⁹ [Recommandation du Préposé fédéral à la Protection des données et à la transparence du 3 avril 2009](#) : ESTV / Cockpits und Amtsreportings, Ch.2.

¹⁰ Message, FF 2003 1832.



20. La présente recommandation est publiée (art. 13 al. 3 de l'ordonnance sur la transparence, OTrans, RS 152.31). Afin de protéger les données relatives aux parties à la procédure de médiation, le nom de la demanderesse est anonymisé.
21. La recommandation est notifiée à:
- X
 - la Chancellerie fédérale (ChF)
Palais fédéral ouest
3003 Bern

Hanspeter Thür