



Berne, le 16 mars 2017

**Recommandation
selon l'art. 14 de la loi sur la transparence
concernant la procédure de médiation entre**

**X
(demandeur)**

et

le Département fédéral des affaires étrangères

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

1. Conformément à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans, RS 152.3), le demandeur (personne privée) a déposé, le 29 juin 2016, une demande d'accès adressée au Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) concernant :
 - « *La requête d'acquisition à des fins officielles de la parcelle [...] du [pays tiers] ;*
 - *le préavis du Canton [de Genève] ;*
 - *les autorisations de construire cantonales ;*
 - *les autorisations requises en matière de sécurité ;*
 - *tout autre document en rapport avec les conditions exigées pour une acquisition à des fins officielles conformément à l'art. 16 de la loi fédérale du 22 juin 2007 sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte (Loi sur l'Etat hôte, LEH, RS 192.12). »*
2. Par courriel du 15 juillet 2016, le DFAE a indiqué au demandeur qu'il n'était pas tenu de par la loi de donner suite à cette requête, respectivement d'accorder l'accès aux documents requis, et ce pour les raisons suivantes :

L'art. 6 LTrans accorde le droit à toute personne de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités. Cependant, ce droit n'est pas absolu et est soumis à certaines limitations.

Selon l'art. 4 LTrans, les dispositions spéciales d'autres lois fédérales sont réservées pour autant qu'elles déclarent certaines informations secrètes (let. a) ou qu'elles déclarent certaines informations accessibles, à des conditions dérogeant à la loi sur la transparence (let.b). L'art. 7 LTrans prévoit en outre plusieurs cas de figure dans lesquels le droit d'accès peut être limité, différé ou refusé.



Selon l'art. 30 LEH, le DFAE peut fournir à toute personne justifiant d'un intérêt particulier des informations sur les privilèges, les immunités et les facilités accordés, leurs bénéficiaires et leur étendue (let. a) et sur les aides financières et les autres mesures de soutien accordées, ainsi que sur leurs bénéficiaires (let. b). L'autorité indique en outre que l'octroi de ce type d'informations est clairement, selon le libellé de la disposition, volontaire.

Au vu de ce qui précède, le DFAE considère que l'art. 30 LEH « s'écarte fondamentalement de la conception d'accès telle que consacrée par la LTrans et doit donc être compris comme une disposition spéciale au sens de l'art. 4 LTrans qui déroge à ladite loi ».

Subsidiairement, le DFAE a indiqué au demandeur que dans l'hypothèse où la loi sur la transparence s'appliquerait, l'accès aux documents concernés pourrait être limité, reporté voire refusé dès lors que les intérêts de la Suisse en matière de politique étrangère et ses relations internationales pourraient être compromis (art. 7 al. 1 let. d LTrans).

Finalement, le DFAE a indiqué être néanmoins disposé, dans le cas d'espèce, à fournir l'accès aux documents car il peut, en tout temps et à bien plaisir, aller au-delà de ses obligations légales. Cependant, avant de donner suite à la requête, il a estimé devoir consulter le canton de Genève car les documents requis ont été établis par les autorités genevoises.

3. Suite à la consultation du canton de Genève, le DFAE a informé le demandeur par courriel du 3 novembre 2016 « que des éléments se sont fait jour susceptibles, en cas de transmission des documents, de porter atteinte aux intérêts de la Suisse en matière de politique internationale notamment dans le domaine des relations bilatérales entre la Suisse et le [pays tiers], éléments et position que le DFAE ne peut que soutenir ». L'autorité a également confirmé son refus d'accès sur la base de l'art. 30 LEH, disposition spéciale réservée au sens de l'art. 4 let. b LTrans.
4. A la suite du refus d'accès prononcé par le DFAE, le demandeur a déposé, par courrier du 7 novembre 2016, une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé).
5. Par courriel du 11 novembre 2016, le Préposé a informé le DFAE du dépôt de la demande en médiation et lui a imparti un délai de 10 jours pour lui adresser les documents concernés ainsi qu'une prise de position complémentaire s'il l'estime nécessaire.
6. Le 29 novembre 2016, le DFAE a remis les documents concernés ainsi qu'une prise de position complémentaire au Préposé. Aux arguments déjà invoqués (cf. ch. 2 de la recommandation) le DFAE a ajouté que le refus d'accès se voyait « encore confirmer du fait que la nouvelle disposition spéciale [l'art. 30 LEH] doit, tant dans le cadre d'une interprétation selon le principe de *lex posterior* que de la *lex specialis*, être considérée comme une disposition exprimant clairement le désir de déroger à la LTrans, la LEH et sa disposition spéciale étant entrée en vigueur après la LTrans (voir à ce sujet BVGE 2014/42 E. 4.3) ».
7. Le 3 mars 2017, une séance de médiation a eu lieu dans les locaux du Préposé sans qu'elle ait permis aux parties de trouver un accord.
8. Les allégations du demandeur et du DFAE ainsi que les documents déposés sont pris en compte, dans la mesure où cela s'avère nécessaire, dans les considérants ci-après.



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

9. Le demandeur a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès du DFAE et a reçu une réponse négative. Etant partie à la procédure préliminaire de demande d'accès, il est légitimé à déposer une demande en médiation (art. 13 al. 1 let. a LTrans). Celle-ci a été remise selon la forme prescrite (forme écrite simple) et dans le délai légal (20 jours à compter de la réception de la prise de position de l'autorité) au Préposé (art. 13 al. 2 LTrans).
10. 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.¹ 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, RS 152.31), le Préposé examine la licéité et l'adéquation de l'appréciation de la demande d'accès par l'autorité.
12. Le DFAE affirme que la loi sur la transparence ne devrait pas s'appliquer aux documents concernés par la demande d'accès car une disposition spéciale – l'art. 30 LEH – permet d'y déroger au sens de son art. 4 let. b. Dans le cas d'espèce, la question se pose donc de savoir si l'art. 30 LEH est une disposition spéciale au sens de l'art. 4 let. b LTrans excluant ainsi toute application de la loi sur la transparence. Pour y répondre, le Préposé va en premier lieu s'interroger sur la portée générale de l'art. 4 let. b LTrans avant d'examiner si l'art. 30 LEH permet de déroger à la loi sur la transparence.
13. Dans une note rendue en 2012 par l'Office fédéral de la justice (OFJ)², ce dernier a répondu à une question qui lui avait été posée par le Contrôle fédéral des finances, à savoir si l'art. 14 de la loi sur le contrôle des finances du 28 juin 1967 (LCF ; RS 614) constituait une disposition spéciale au sens de l'art. 4 let. b LTrans excluant ainsi toute application de la loi sur la transparence. Dans son analyse interprétative de l'art. 4 let. b LTrans, que le Préposé rejoint entièrement, l'OJF a notamment relevé qu'une partie de la doctrine (Bertil Cottier, Handkommentar Oeffentlichkeitsgesetz, art. 4 p. 80 et ss³) estime que « ces normes [dispositions spéciales réservées] ont pour objet soit de garantir la publicité absolue des documents désignés (et dans ce cas les exceptions des art. 7 et 8 LTrans ne sont pas applicables) soit d'instituer des dérogations à la publicité moins étendues que celles posées à l'art. 7 LTrans, soit de prévoir des modalités de consultation spécifiques (par exemple une consultation gratuite) ». En outre, la systématique de l'art. 4 LTrans semble également abonder dans ce sens. Cet article réserve d'une part les dispositions spéciales déclarant certaines informations « secrètes » (let. a) et d'autre part les dispositions spéciales qui déclarent certaines informations « accessibles à des conditions dégageant à la [loi sur la transparence] » (let. b). L'antagonisme des termes « secret » et « accessible » montre que le législateur a voulu

¹ Message relatif à la loi fédérale sur la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans) du 12 février 2003, FF 2003 1807 (cité : FF 2003), FF 2003 1865.

² Note de l'OFJ du 03.02.2012 concernant l'interprétation de l'art. 4, let. b, LTrans

³ Uniquement dans la version originale en français.



d'une part réserver les dispositions spéciales de secret et d'autre part les dispositions spéciales de publicité qui vont plus loin en matière d'accès à l'information que les conditions prévues par la loi sur la transparence.

14. *En résumé, le Préposé arrive à la conclusion que les dispositions spéciales priment l'art. 4 let. b LTrans uniquement si elles vont plus loin en matière d'accès à l'information que la loi sur la transparence. En d'autres termes, si une règle spéciale institue un régime d'accès plus sévère que ce que prévoit la loi sur la transparence, elle ne peut pas déroger à cette dernière au sens de son art. 4 let. b.*
15. L'autorité invoque l'art. 30 LEH selon lequel le DFAE peut fournir à toute personne justifiant d'un intérêt particulier des informations sur les privilèges, les immunités et les facilités accordés, leurs bénéficiaires et leur étendue (let. a) et sur les aides financières et les autres mesures de soutien accordées, ainsi que sur leurs bénéficiaires (let. b). A la lecture de cette disposition, on remarque qu'il s'agit d'une norme potestative, ce qui signifie que l'autorité peut décider de ne pas remettre les documents. L'art. 30 LEH requiert également que la personne souhaitant obtenir des renseignements sur les bénéficiaires de privilèges, immunités ou facilités accordés justifie d'un intérêt particulier à obtenir les informations en question.⁴ Cette conception s'écarte fondamentalement du but de la loi sur la transparence, à savoir le droit d'accéder à des documents officiels sans devoir justifier d'un intérêt particulier.⁵ On peut donc déduire sur la base de ce qui précède qu'en matière d'accès à l'information, l'art. 30 LEH est plus restrictif que le système prévu par la loi sur la transparence.
16. Tel qu'il ressort des considérants 12 ss de la présente recommandation, l'art. 4 let. b LTrans réserve les dispositions légales spéciales uniquement si elles vont plus loin en matière d'accès à l'information que la loi sur la transparence. Dans le cas d'espèce, l'art. 30 LEH requiert du demandeur qu'il fasse valoir un intérêt particulier à obtenir des informations, ce qui constitue une application plus restrictive que ce qui est prévu par la loi sur la transparence. L'art. 30 LEH ne peut donc pas être considéré comme une disposition spéciale au sens de l'art. 4 let. b LTrans.
17. *Conclusion intermédiaire : l'art. 30 LEH n'est pas une disposition spéciale réservée au sens de l'art. 4 let. b LTrans permettant d'exclure toute application de la loi sur la transparence.*
18. Partant de ce qui précède, le Préposé constate qu'il subsiste une contradiction entre le régime d'accès à l'information prévu par la loi sur l'Etat hôte et celui de la loi sur la transparence. Il convient dès lors de coordonner l'application de ces deux lois afin de définir le régime légal applicable à la présente demande d'accès.
19. Lors de l'adoption de la loi sur la transparence, le législateur avait conscience que les relations extérieures de la Suisse comptent parmi les domaines les plus sensibles de l'activité étatique. C'est pourquoi il a instauré la clause d'exception de l'art. 7 al. 1 let. d LTrans qui permet de limiter, différer ou refuser l'accès à un document officiel lorsque les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales risquent d'être compromis.⁶ Cette clause d'exception étant alors connue du législateur, ce dernier a tout de même décidé d'adopter l'art. 30 LEH alors que la loi sur la transparence offrait déjà, de l'avis du Préposé, une

⁴ Message relatif à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordées par la Suisse en tant qu'Etat hôte (Loi sur l'Etat hôte, LEH) du 13 septembre 2006, FF 2006 7603 (cité FF 2006), FF 2006 7662.

⁵ FF 2003 1827.

⁶ FF 2003 1851.



protection suffisante aux documents ayant trait à la politique d'Etat hôte de la Suisse dans la mesure où ces derniers relèvent directement de la politique extérieure suisse.⁷

20. En adoptant l'art. 4 LTrans, le législateur a voulu régler les rapports entre la loi sur la transparence et les dispositions spéciales relevant d'autres lois fédérales instituant un régime particulier en matière d'accès. Cet article réserve les dispositions spéciales d'autres lois fédérales qui déclarent certaines informations secrètes (let. a) ou qui déclarent certaines informations accessibles à des conditions dérogeant à la loi sur la transparence (let. b). Il concrétise à la foi le principe général « *lex specialis derogat generali* » et relativise le principe « *lex posterior derogat priori* » car les dispositions spéciales priment sur le principe de la transparence indépendamment de leur date d'entrée en vigueur.⁸ Seules des normes figurant dans des lois fédérales au sens de l'art. 163 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst., RS 101) sont visées par la teneur de l'art. 4 LTrans.⁹ Ces normes spéciales sont souvent formulées de manière large. L'utilisation des termes « secret » ou « confidentiel » ne suffit pas.¹⁰ Pour déterminer quels documents sont protégés par le secret au sens de l'art. 4 a LTrans, il faut examiner la norme spéciale à la lumière de la loi sur la transparence et procéder à une interprétation.
21. En l'espèce, l'art. 30 LEH figure dans une loi fédérale au sens de l'art. 163 al. 1 Cst. Il ne contient pas explicitement les termes « secret » ou « confidentiel », mais instaure des conditions d'accès à l'information plus strictes que celles prévues par la loi sur la transparence. Pour les raisons déjà évoquées (cf. ch. 19 ss de la recommandation) le Préposé est d'avis que lors de l'adoption de l'art. 30 LEH, l'intention du législateur était de soustraire de la loi sur la transparence les documents concernés par l'application de la loi sur l'Etat hôte dans la mesure où il appartient au DFAE seul de se prononcer à ce propos. Le message de la loi sur l'Etat hôte semble d'ailleurs abonder en ce sens en indiquant que « l'art. 30 vise à poser clairement la compétence d'information du DFAE ». Ainsi, en se basant sur les principes « *lex specialis derogat generali* » et « *lex posteriore derogat priori* », le Préposé considère que l'art. 30 LEH est une disposition spéciale réservée au sens de l'art. 4 a LTrans.
22. *En conclusion, le Préposé estime que par une interprétation de l'art. 30 LEH à la lumière de l'art. 4 a LTrans, les documents relevant de l'application de la loi sur l'Etat hôte ne tombent pas dans le champ d'application la loi sur la transparence.*

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

23. Le DFAE refuse l'accès aux documents demandés car l'art. 30 LEH est une disposition spéciale réservée au sens de l'art. 4 let. a LTrans.
24. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, le demandeur peut requérir du Département fédéral des affaires étrangères qu'il rende une décision selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) s'il n'est pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).
25. Le Département fédéral des affaires étrangères rend la décision dans les 20 jours à compter de la requête de décision (art. 15 al. 3 LTrans).

⁷ FF 2006 1827.

⁸ Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, CHRISTA STAMM-PFISTER, art. 4, N 2, 3ème éd., Bâle 2014.

⁹ FF 2003 1832 ; BERTIL COTTIER, in : Brunner/Mader [Eds.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, art. 4 N 4.

¹⁰ BSK BGÖ, CHRISTA STAMM-PFISTER, *loc. cit.*, N 7.



26. La présente recommandation est publiée. Afin de protéger les données relatives aux participants à la procédure de médiation, les noms du demandeur et du tiers concerné sont anonymisés (art. 13 al. 3 OTrans).

27. La recommandation est notifiée à :

- **Recommandé (R) avec avis de réception**
X
[Demandeur]

- **Recommandé (R) avec avis de réception**
Département fédéral des affaires étrangères
Freiburgstrasse 130
3003 Berne

Adrian Lobsiger