



Berne, le 2 décembre 2019

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

**X
(demandeur)**

et

l'Office fédéral de l'aviation civile

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 (avocat) a déposé, le 20 septembre 2019, une demande d'accès adressée à l'Office fédéral de l'aviation civile (OFAC) concernant :
 - "Notes et/ou rapports de synthèse émanant du DETEC, respectivement de l'OFAC, y compris leurs éventuelles annexes, sur lesquels s'est fondée Mme la Conseillère fédérale Simonetta SOMMARUGA, à l'exclusion de ses propres notes personnelles, en vue de son intervention par devant le Conseil national en date du 12 septembre 2019 et portant sur la motion CTT-CN 19.3531."
2. Le 3 octobre 2019, l'OFAC a donné accès aux notes préparées à l'attention de la Conseillère fédérale Simonetta Sommaruga pour l'intervention du 12 septembre 2019 par devant le Conseil national.
3. Le 7 octobre 2019, le demandeur, estimant que sa demande d'accès du 20 septembre 2019 n'avait pas été entièrement satisfaite, a réitéré sa demande d'accès auprès de l'OFAC en ces termes:
 1. "Principalement, je réitère formellement ma demande au sens de l'art. 10 LTrans portant sur les documents, rapports d'expertise et/ou études scientifiques ayant fondé la position exprimée par l'OFAC, au sens de l'annexe remise avec la prise de position du 3 octobre 2019 et par la voix de Mme la Conseillère fédérale SOMMARUGA en date du 12 septembre 2019 par devant le Conseil national en rapport à la motion CTT-CN 19.3531, selon laquelle:
 - a) le plurilinguisme est un élément de risque significatif portant atteinte à la sécurité des vols en espaces Charlie et Delta;
 - b) en dérogation aux exigences du LPC, la maîtrise d'une "centaine de termes" est suffisante afin de s'exprimer en anglais sur la fréquence en toute sécurité et l'exigence imposée aux pilotes concernés ne portera que sur la maîtrise de cette "centaine de termes", dont liste est adressée au soussigné.
 2. Subsidiairement et si aucun document ne devait permettre de justifier la position de l'OFAC eu égard à la conclusion 1b qui précède, je requiers confirmation de l'OFAC que l'un de ses collaborateurs est bien l'auteur de ces propos, le cas échéant lors d'un



échange verbal, à Madame la Conseillère fédérale SOMMARUGA, laquelle ne saurait dès lors se voir opposer d'autre grief que de s'en être fait le simple relais par devant le législateur."

4. Suite à la demande d'accès retirée du demandeur, l'OFAC a pris contact téléphoniquement avec ce dernier pour l'informer que les documents demandés faisaient partie de deux procédures juridictionnelles administratives pendantes devant le Tribunal administratif fédéral (TAF).
5. Par courrier du 24 octobre 2019, reçu le 25 octobre 2019, le demandeur a déposé, en se basant sur la prise de position de l'autorité du 3 octobre 2019, une demande en médiation, auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé).
6. Par courrier du 28 octobre 2019, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation et, le 30 octobre 2019, a informé l'OFAC du dépôt de la demande en médiation et lui a imparti un délai de 7 jours pour lui transmettre les documents concernés ainsi qu'une prise de position complémentaire.
7. Le 6 novembre 2019, l'OFAC a transmis au Préposé les documents concernés ainsi qu'une prise de position complémentaire dans laquelle il précise par écrit que les documents concernés par la demande à savoir "les documents, rapports d'expertise et/ou études scientifiques ayant fondé la position exprimée par l'OFAC selon laquelle le plurilinguisme est un élément de risque significatif en espaces Charlie et Delta font partie du dossier de deux procédures pendantes auprès du Tribunal administratif fédéral" et que par conséquent, les documents demandés sortaient du champ d'application de la LTrans à raison de la matière conformément à l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans. L'autorité a ajouté que, par ailleurs, les autres documents souhaités par le demandeur n'existaient pas et qu'il n'était de ce fait pas possible de donner suite à ses autres conclusions.
8. Les allégations du demandeur et de l'OFAC 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

11. Le demandeur a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès de l'OFAC et a reçu une réponse (partiellement) 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).
12. 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.

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.



B. Considérants matériels

13. 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.
14. D'une part, l'OFAC refuse intégralement d'accorder l'accès aux documents mentionnés dans le point 1 de la demande d'accès du 7 octobre 2019, car les documents identifiés comme répondant à la demande font partie de deux procédures juridictionnelles administratives pendantes devant le TAF (cf. consid. 7).
15. L'art. 3 LTrans limite, à l'aide d'une liste négative, le champ d'application matériel de la loi sur la transparence. Selon l'art. 3 al. 1 let. a LTrans, le droit d'accès aux documents afférents aux procédures énumérées est régi par les lois spéciales. Afin d'éviter une collision de normes, il est ainsi impossible de recourir à la loi sur la transparence dans le but d'éviter les règles spéciales concernant l'accès aux documents relevant des procédures topiques.² Il convient de préciser que d'après la doctrine et la pratique du Préposé, seul les procédures pendantes sont exclues du champ d'application matériel de la loi sur la transparence.³ L'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans prévoit que la loi sur la transparence ne s'applique pas aux procédures juridictionnelles de droit public, y compris administratives. Par procédures contentieuses juridictionnelles administratives, la disposition vise l'ensemble des procédures contentieuses, jusqu'à la dernière instance, dans lesquelles des décisions administratives de première instance sont contestées.⁴ Les documents en question doivent faire partie intégrante du dossier de la procédure. Selon la pratique du Préposé, cela signifie qu'il n'est pas possible d'exclure l'application de la loi sur la transparence lorsque, dans le cadre de la procédure pendante, les documents en question constituent uniquement des moyens de preuve et ne sont ni directement en relation avec la décision attaquée, ni étroitement liés à l'objet du litige. Admettre l'application de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans dans un tel cas équivaldrait à permettre à l'autorité de contourner sciemment le but de la loi sur la transparence par la simple production des documents demandés dans une procédure quelconque avec laquelle ils n'entretiennent qu'un lien lâche.⁵
16. En l'espèce, l'OFAC a transmis au Préposé le même dossier que celui remis au TAF et lui a confirmé, dans sa prise de position complémentaire du 6 novembre 2019, que les documents identifiés comme répondant à la demande d'accès faisaient partie dudit dossier. Cependant, sachant que la demande d'accès du demandeur est vaste, que le dossier remis par l'OFAC au TAF contient de très nombreuses pièces et que l'autorité n'a pas désigné, durant la procédure de médiation, quelles pièces correspondaient aux documents faisant l'objet de la demande d'accès, il est malaisé pour le Préposé de déterminer si tous les documents demandés par le demandeur font partie des procédures pendantes devant le TAF. Au vu des éléments en sa possession, le Préposé ne peut pas exclure que les documents demandés en font effectivement partie. Toutefois, l'OFAC, qui porte le fardeau de la preuve, n'a jusqu'à présent pas rendu vraisemblable que les documents demandés ont un lien direct et étroit avec l'objet des litiges des procédures pendantes devant le TAF. Partant, le Préposé considère que l'OFAC

² TAF arrêt A-8073/2015 du 13 juillet 2016, consid. 5.2.1 ; TAF arrêt A-4186/2015 du 28 janvier 2016, consid. 7.3.1 ; cf. ég. Recommandation du PFPDT du 22 décembre 2016 : BAG/Akten Preisprüfung, ch. 16.

³ SCHWEIZER/WIDMER, in: Brunner/Mader [édit.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008, Art. 3, ch. 12; AMMANN/LANG, in: Passadelis/Rosenthal/Thür [édit.], Datenschutzrecht, Bâle 2015, ch. 25.22; Recommandation du PFPDT du 18 décembre 2012: BAZL/Verwaltungsstrafverfahren, ch.18.

⁴ STAMM-PFISTER, in: Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, 3ème éd., Bâle 2014, Art. 3, ch. 21; cf. ég. Recommandation du PFPDT du 3 novembre 2017 : Swissgrid SA/Décisions de transfert RPC, ch. 19.

⁵ Recommandation du PFPDT du 3 novembre 2017 : Swissgrid SA/Décisions de transfert, ch. 25 et Recommandation du PFPDT du 15 décembre 2017: SFI/Echange de correspondances, ch. 17.



doit dans un premier temps désigner clairement quels documents font l'objet de la demande d'accès et démontrer ensuite de manière vraisemblable que ces documents ont un lien étroit et direct avec les procédures susmentionnées. A défaut, ces documents ne peuvent pas être exclus du champ d'application matérielle de la loi sur la transparence en vertu de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans.

17. D'autre part, concernant la demande subsidiaire du demandeur, à savoir la "confirmation de l'OFAC que l'un de ses collaborateurs est bien l'auteur de ces propos, le cas échéant lors d'un échange verbal à Mme la Conseillère fédérale SOMMARUGA" et l'accès à la liste d'une "centaine de termes", l'OFAC explique se trouver dans l'impossibilité de donner suite à ces demandes car les documents demandés n'existent pas.
18. Selon l'art. 6 al. 1 LTrans, toute personne a le droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu. La notion de document officiel est définie à l'art. 5 LTrans. On entend par document officiel toute information qui a été enregistrée sur un quelconque support (let. a), qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a été communiquée (let. b) et qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique (let. c). L'art 5 al. 1 let. a prévoit donc que l'information doit être enregistrée sur un support, ce qui suppose que le document existe. Cette précision n'est pas superflue car le principe de transparence ne saurait contraindre l'administration à créer un document qui n'existe pas.⁶
19. En l'espèce, les explications fournies par l'OFAC au cours de la procédure de médiation relatives à l'inexistence d'une partie des documents demandés semblent vraisemblables et peuvent être suivies. Par conséquent, l'OFAC maintient sa position.
20. *Au vu des éléments susmentionnés, le Préposé constate que l'OFAC n'a pas désigné quels documents avaient été identifiés comme répondant à la demande d'accès du demandeur et n'a, pour l'instant, pas suffisamment démontré le lien étroit et direct que ces documents entretiennent avec l'objet des litiges des procédures pendantes devant le TAF, pour que l'application de la loi sur la transparence à l'accès aux documents demandés puisse être exclue, en vertu de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans. Partant, le Préposé recommande à l'OFAC d'identifier clairement les documents et de démontrer, dans une décision, le lien étroit et direct qu'ont ces documents avec l'objet des litiges. En cas contraire, la loi sur la transparence s'applique et l'OFAC doit accorder l'accès aux documents demandés en tenant compte des principes de transparence et de proportionnalité. Concernant les autres demandes du demandeur relatives aux documents n'existant pas, l'OFAC maintient sa position.*

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

21. L'Office fédéral de l'aviation civile, après avoir clairement identifié quels documents répondent à la demande d'accès, démontre, dans une décision, le lien direct et étroit entre les documents demandés et l'objet des litiges. Si l'OFAC n'y parvient pas, la loi sur la transparence s'applique et l'accès aux documents identifiés est accordé en tenant compte du principe de proportionnalité.
22. L'Office fédéral de l'aviation civile maintient sa position concernant les autres demandes du demandeur relatives à des documents considérés comme inexistantes.
23. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, le demandeur peut requérir

⁶ FF 2003 1834.



que l'Office fédéral de l'aviation civile 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).

24. L'Office fédéral de l'aviation civile rend la décision dans les 20 jours à compter de la réception de la recommandation ou de la requête de décision (art. 15 al. 3 LTrans).
25. La présente recommandation est publiée. Afin de protéger les données relatives aux participants à la procédure de médiation, le nom du demandeur est anonymisé (art. 13 al. 3 OTrans).
26. La recommandation est notifiée à :
 - Recommandé (R) avec avis de réception
X
 - Recommandé (R) avec avis de réception
Office fédéral de l'aviation civile
Mühlestrasse 2
3063 Ittigen

Reto Ammann