



Berne, le 16 juin 2021

**Recommandation
selon l'art. 14 de la loi sur la transparence
concernant la procédure de médiation entre
Association Droit dans le sol et
X.
(demandeurs)
et
l'Office fédéral de l'agriculture OFAG**

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

1. En application de l'art. 4 de la convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (convention d'Aarhus; RS 0.814.07), les demandeurs (association et avocat) ont déposé conjointement, le 7 décembre 2020, une demande d'accès adressée à l'Office fédéral de l'agriculture (OFAG) concernant :
 - "1) Sulfoxaflor (substance active)
Les documents KIIA 8.7.1/01 à 8.7.1/05 ainsi que KIIA 8.7.2/01 au sens de la page 65 du document de Dow AgroSciences de juillet 2011 (annexe I).
Les documents KIIA 7.3.1/03 et 7.3.3/01 au sens de la page 55 du document de Dow AgroSciences de juillet 2011 (annexe II)
 - 2) Thiacloprid (substance active) et Alanto (produit phytosanitaire)
 - 2.1) Thiacloprid (substance active)
Les documents IIA 8.3.1(01 au sens de la page 24 du document Bayer AG de septembre 1998 (annexe III)
 - 2.2.) Alanto (produit phytosanitaire)
Les documents IIIA 10.4/01 à 10.4/02 et 10.4.2/01 à 10.4.5/01 au sens de la page 10 du document de Bayer AG de septembre 1998 (annexe IV).
 - 3) Rapport d'évaluation
Les documents établis par l'OFAG en relation avec l'évaluation du produit phytosanitaire ou des substances actives listée ci-dessus. Au sens des "Tier II" et "Tier III", soit lettre M et N, de la page 1 du document "Dossiers structure and content" (annexe V)."
2. Le 22 décembre 2020, l'OFAG a informé les demandeurs que l'analyse de leur demande était en cours, mais qu'il ne serait pas en mesure de se déterminer dans le délai de 20 jours prévu à



l'art. 12 al. 1 de la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans; RS 152.3), car les documents sont considérés comme confidentiels pour les titulaires d'homologation au sens de l'art. 52 de l'ordonnance sur la mise en circulation des produits phytosanitaires (OPPh; RS 916.161), en relation avec les art. 6 al. 2 et 21 al. 10 OPPh, et qu'une procédure de consultation devrait probablement être menée. L'OFAG a également sollicité les demandeurs afin qu'ils indiquent si leur requête portait uniquement sur les documents élaborés par l'autorité.

3. Par courriel du 23 décembre 2020, les demandeurs ont informé l'OFAG du fait qu'ils avaient pris bonne note de la prolongation de délai. Ils ont toutefois attiré l'attention de l'autorité sur les délais prévus par la convention d'Aarhus pour l'accès aux informations sur l'environnement. Les demandeurs ont poursuivi en précisant que leur "requête porte, pour les produits et substances concernés, sur tout le matériel décisionnel au sens des Tier II et III établi par l'OFAG et les autres offices participant à l'évaluation qui permet à l'OFAG d'accepter l'homologation."
4. Le 25 janvier 2021, l'OFAG a pris position sur les trois points figurant dans la demande d'accès. Concernant (1) le sulfoxaflor, l'autorité a notamment relevé que "la documentation, en particulier les rapport d'études scientifiques concernant le sulfoxaflor, fait partie intégrante du dossier d'homologation pour le produit phytosanitaire contenant cette substance active. La substance active en question a été inscrite à l'annexe 1 de l'ordonnance sur la mise en circulation des produits phytosanitaires du 10 mai 2010 (Ordonnance sur les produits phytosanitaires, OPPh ; RS 916.161). En revanche, la procédure d'homologation des produits phytosanitaires contenant le sulfoxaflor n'est pas terminée. Ainsi, aucun produit contenant cette substance active n'a été diffusé dans l'environnement." L'OFAG a ajouté que "la décision d'homologation pour les produits d'homologation contenant du sulfoxaflor se fondera sur les études scientifiques et les rapports d'évaluation en lien avec cette substance active. Rendre accessible cette documentation peut entraver le processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté de l'autorité d'homologation." Pour ces motifs et en vertu de l'art. 3 al. 1 let. b en relation avec l'art. 8 al. 2 LTrans, l'OFAG a différé l'accès à la documentation en lien avec le sulfoxaflor. A propos du (2) thiacloprid (substance active) et Alanto (produit phytosanitaire contenant du thiacloprid), l'OFAG a informé les demandeurs que les documents en lien avec le thiacloprid et l'Alanto sont considérés comme confidentiels et que l'office doit par conséquent mettre une procédure de consultation au sens de l'art. 11 LTrans. A l'issue de cette dernière, l'OFAG communiquera aux demandeurs sa prise de position. Pour le troisième point de la demande d'accès, à savoir (3) les rapports d'évaluation, l'OFAG a une nouvelle fois sollicité davantage de précisions aux demandeurs afin de déterminer s'ils souhaitaient obtenir l'accès uniquement aux rapports d'évaluation des autorités fédérales ou également aux documents de l'entreprise concernée. En effet, l'office a mentionné que deux documents étaient rédigés par l'entreprise concernée. L'autorité a ajouté que si la demande d'accès portait aussi sur ces documents, l'entreprise concernée devrait être consultée. S'agissant des rapports d'évaluation des autorités fédérales, l'OFAG a précisé qu'il devrait également les entendre (art. 11 al. 4 de l'ordonnance sur le principe de la transparence [Ordonnance sur la transparence, OTrans; RS 152.31). Finalement, l'OFAG a conclu sa prise de position en informant les demandeurs qu'un montant encore non défini d'émoluments pourrait être prélevé.
5. Le 1^{er} février 2021, les demandeurs ont répondu à l'OFAG et ont souligné, quant au premier point de leur demande d'accès relatif au sulfoxaflor, que leur demande portait uniquement sur la substance active sulfoxaflor et non sur un éventuel produit phytosanitaire en cours d'homologation. Les demandeurs ont précisé ce qui suit: "[la] substance ayant été inscrite à l'annexe 1 de l'OPPh, nous comprenons qu'elle a déjà fait l'objet d'une décision politique ou



administrative dont les documents que nous cherchons à obtenir constituent la base de l'art. 8 al. 2 LTrans." Par conséquent, ils ont relevé que "le fait d'invoquer une procédure d'homologation en cours pour des pph [produits phytosanitaires] contenant du sulfoxaflor afin de différer l'accès aux documents demandés [leur] semble être dilatoire." Les demandeurs ont noté qu'il paraît découler de la lecture de la prise de position de l'OFAG que toute procédure en cours concernant l'homologation d'un produit phytosanitaire contenant du sulfoxaflor serait à même d'empêcher l'accès aux documents relatifs à l'homologation du sulfoxaflor et différer ce dernier durant des années. Les demandeurs ont demandé à l'autorité de leur indiquer comment le sulfoxaflor pouvait se retrouver sur l'annexe 1 OPPh sans qu'une décision, au sens de l'art. 8 al. 2 LTrans, n'ait été rendue. Pour le second point portant sur le thiacloprid et l'Alanto, les demandeurs ont informé l'OFAG qu'ils avaient pris bonne note de son explication et qu'ils attendaient la prise de position sur les résultats de la consultation. Pour le troisième point, à savoir les rapports d'évaluation, les demandeurs ont précisé leur demande et l'ont limitée aux rapports d'évaluation établis par l'OFAG et les autres autorités fédérales impliquées dans le processus d'homologation.

6. Par courriel du 4 février 2021, l'OFAG a communiqué aux demandeurs avoir pris bonne note de la limitation de leur demande d'accès concernant les rapports d'évaluations et qu'il allait désormais débiter la procédure de consultation auprès de l'entreprise et des autorités concernées. S'agissant du sulfoxaflor, l'office a noté ne pas partager l'interprétation des demandeurs "selon laquelle l'accès à des documents serait refusé, par principe, au motifs que d'autres produits phytosanitaires contenant une substance active, déjà évaluée, serait en cours d'homologation. Dans un tel cas de figure, [l']office ne pourrait pas prétendre que le processus de formation de décision n'est pas terminé et différer l'accès aux documents." Dans une telle constellation, l'OFAG a précisé que la demande pourrait être partiellement admise, différée ou refusée pour d'autres motifs figurant aux art. 7 et 8 LTrans. L'autorité a conclu en soulignant que le fait que le sulfoxaflor soit inscrit à l'annexe 1 de l'OPPh ne constitue qu'une étape dans le cadre de la procédure d'homologation ("décision intermédiaire") et que la décision de mise en circulation du premier produit phytosanitaire contenant le sulfoxaflor ("décision finale") ne sera rendue que lorsque l'autorité d'homologation aura décidé d'homologuer ledit produit phytosanitaire. Selon l'OFAG, "les documents requis [...] font également partie de la procédure de mise en circulation du premier produit phytosanitaire contenant cette substance et ne concernent pas deux procédures distinctes."
7. Le 10 février 2021, les demandeurs ont déposé une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé). Les demandeurs ont notamment soulevé, dans cette dernière, que leur demande d'accès "portait entre autres sur le contenu de rapports d'essais et d'études faisant partie du dossier d'approbation de la substance active sulfoxaflor (voir point 1 de notre demande d'accès du 7 décembre 2020)" qui est "un insecticide systémique, qui agit comme une neurotoxine pour les insectes affectés, et qui tue par contact ou par ingestion". Ils ont également souligné que les études auxquelles ils demandent l'accès concernent l'impact de cette substance active sur l'environnement, et plus particulièrement sur les abeilles. Les demandeurs ont ensuite apporté des précisions sur la procédure d'homologation des substances actives et produits phytosanitaires. Ils ont mentionné qu'une "substance active est inscrite dans la liste des substances actives approuvées (annexe 1 OPPh) lorsqu'elle a été examinée dans le cadre d'une demande d'autorisation de mise en circulation d'un produit phytosanitaire et qu'elle remplit les conditions posées par l'article 4 OPPh, en particulier qu'elle n'a pas d'effet inacceptable sur l'environnement (art. 5 al. 1 OPPh *cum* art. 4 OPPh). Une fois qu'une substance active est inscrite dans la liste des substances actives (annexe 1 OPPh), tout producteur de produits phytosanitaires peut s'appuyer sur cette approbation pour déposer une demande d'homologation d'un nouveau produit phytosanitaire



contenant la substance active concernée". Les demandeurs ont par ailleurs contesté le point de vue de l'OFAG concernant l'application de l'exception de l'art. 8 al. 2 LTrans car, d'après eux, "l'inscription d'une substance active dans la liste des substances actives (annexe 1 OPPh, liste publique) est le résultat d'une procédure d'approbation à part entière, spécifique aux substances actives (chapitre 2 OPPh, d'ailleurs intitulé: < Critères et procédure d'approbation des substances actives >, art. 4 ss OPPh). Cette inscription constitue une "décision", qu'elle soit administrative ou politique, qui déploie des effets erga omnes, en particulier à l'égard des producteurs de produits phytosanitaires qui peuvent désormais s'appuyer sur l'inscription du sulfoxaflor dans la liste des substances actives pour requérir l'homologation de leur produit (l'approbation préalable de la substance active est une condition sine qua non de l'homologation d'un produit phytosanitaire, art. 17 OPPh)". Ils ont conclu leur demande en médiation en notant qu'ils peinaient "à voir dans quelle mesure le fait de rendre accessible la documentation à une substance active déjà approuvée entraverait le processus de libre formation de l'opinion et de la volonté de l'autorité d'homologation puisque ces documents ont déjà fait l'objet d'une évaluation désormais achevée, qui s'est conclue par l'approbation du sulfoxaflor et son inscription dans la liste des substances actives approuvées."

8. Par courrier du 12 février 2021, le Préposé a informé les demandeurs de l'ouverture de la procédure de médiation et leur a donné la possibilité de lui remettre jusqu'au 22 février 2021 une prise de position puisque, pour des raisons de santé publique (Coronavirus), la procédure de médiation serait menée par écrit. Le même jour, le Préposé a informé l'OFAG du dépôt de la demande en médiation et lui a imparti un délai de 10 jours pour lui transmettre les documents concernés ainsi qu'une prise de position complémentaire.
9. Le 18 février 2021, l'OFAG a demandé une prolongation de délai au Préposé en raison d'une surcharge de travail.
10. Le 22 février 2021, le Préposé a accepté d'accorder à l'OFAG une prolongation de délai jusqu'au 25 février 2021.
11. En date du 22 février 2021, les demandeurs ont remis au Préposé une prise de position complémentaire au moyen de laquelle, après avoir renvoyé sur le fond à la motivation de leur demande d'accès, ils ont ajouté que "l'art. 4 al. 1 OPPh prévoit qu'une substance active est approuvée conformément à l'annexe 2, ch. 1 de dite ordonnance et que ce chiffre 1 de l'annexe 2 fait référence sans aucune équivoque à un processus d'évaluation et de *décision* en ce qui concerne les substances actives." Ils ont également souligné que le libellé du chiffre 2 de l'annexe 2 OPPh est "critères de décision généraux" ce qui à leur avis "ne laisse planer aucun doute quant au caractère décisionnel de l'acte étatique approuvant une substance active." Ils ont également relevé qu'il apparaît évident que l'approbation du sulfoxaflor a fait l'objet d'une décision au sens de l'art. 8 a. 2 LTrans car "admettre le contraire reviendrait d'ailleurs à considérer que le contenu de l'annexe 1 de l'OPPh n'aurait fait l'objet d'aucune décision, que ce soit administrative ou politique." D'après les demandeurs, cette conception irait à l'encontre de l'art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse qui prévoit que le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat et signifierait que l'approbation d'une substance active ne reposerait pas sur une décision et donc pas sur le droit. Les demandeurs ont en outre rappelé que "si le sulfoxaflor est présent à l'annexe 1 OPPh, c'est que cette substance a été examinée dans le cadre de la procédure d'autorisation de mise en circulation d'un produit phytosanitaire (art. 5 al. 1 OPPh) et, de surcroît, que ledit produit phytosanitaire a été mis sur le marché. Or l'acte administratif acceptant la mise en circulation dudit produit phytosanitaire est sans conteste une décision." Ils ont poursuivi en notant qu'il est possible de demander l'accès complet au dossier du produit phytosanitaire au travers duquel le sulfoxaflor a pour la première fois été examiné et de pouvoir ainsi consulter la partie concernant ladite substance active. Ces



derniers ont enfin relevé que rien ne permettrait de vérifier l'affirmation de l'OFAG selon laquelle une demande de mise en circulation d'un produit phytosanitaire contenant du sulfoxaflor serait en cours d'examen. Selon les demandeurs, le fait qu'un office puisse refuser de transmettre des dossiers en affirmant, sans le démontrer, qu'une procédure ayant un rapport lointain avec la demande d'accès serait en cours paraît incompatible avec les dispositions de la LTrans.

12. Par courrier du 25 février 2021, l'OFAG a transmis au Préposé sa correspondance avec les demandeurs. S'agissant des documents concernés par la procédure de médiation, l'OFAG a informé le Préposé que le dossier était très volumineux et qu'il semble disproportionné d'envoyer une copie complète de ce dernier, mais qu'il était consultable sur place. L'OFAG a également remis au Préposé une prise de position complémentaire dans laquelle il résume ses échanges avec les demandeurs ainsi que sa prise de position du 25 janvier 2021. L'autorité a ajouté qu'elle avait indiqué aux demandeurs que la décision d'homologation du premier produit phytosanitaire contenant cette substance active était encore pendante et que la décision d'homologation pour ce produit phytosanitaire allait se fonder directement sur les études scientifiques et les rapport d'évaluations relatifs au sulfoxaflor. L'office a ensuite relevé que le fait de "rendre accessible cette documentation, alors que la procédure est encore en cours et que toutes les parties n'ont pas encore été entendues, est en mesure d'entraver le processus de libre formation de l'opinion et de la volonté de l'autorité d'homologation." L'OFAG a poursuivi en soulignant qu'"il existe sans conteste un rapport connexe entre les documents et la décision à prendre concrètement et il est incontestable que ces documents ont, quant au fond, une importance au regard de cette décision. En l'absence d'autorisation, aucun produit contenant du Sulfoxaflor ne peut être mis en circulation en Suisse (art. 17 OPPh), respectivement ne peut être diffusé dans l'environnement. Les produits phytosanitaires autorisés figurent dans l'index des produits phytosanitaires. Pour les motifs qui précèdent, vous ne trouverez ni la substance active précitée ni un produit phytosanitaire contenant ladite substance dans l'index des produits phytosanitaires."¹ Finalement, l'OFAG a tenu à signaler "qu'en l'espèce, une demande d'homologation pour trois produits phytosanitaires contenant du Sulfoxaflor a été déposée (demande du type A1 : produit qui contient (au minimum) une substance active non inscrite à l'annexe 1 OPPh). Lors de l'examen de la demande d'homologation des produits, il a été constaté que le sulfoxaflor n'était pas inscrit à l'annexe 1 OPPh. L'inscription d'une nouvelle substance active dans cette annexe est une étape intermédiaire dans le cadre d'une demande d'homologation pour les produits phytosanitaires (art. 5, al. 1, OPPh). En d'autres termes, les entreprises ne déposent pas de demande d'homologation uniquement pour une substance active."
13. Le 8 mars 2021, le Préposé a demandé à l'OFAG de lui transmettre, d'ici au 12 mars 2021, la table des matières des dossiers de procédure en cours relative à l'homologation du premier produit phytosanitaire contenant la substance active Sulfoxaflor ainsi qu'une chronologie de la procédure. Par ailleurs, le Préposé a requis de l'OFAG qu'il confirme certains points soulevés dans ses prises de position.
14. Par courriel du 12 mars 2021, l'OFAG, ne disposant pas d'une table des matières détaillée tel que sollicitée, a remis au Préposé l'index usuel des dossiers d'homologation, quelques informations chronologiques sur la demande d'homologation du premier phytosanitaire contenant le Sulfoxaflor, ainsi que des indications sur ledit produit. D'après l'office, plusieurs demandes ont été déposées en 2012 pour l'homologation d'un certain nombre de produits phytosanitaires contenant du sulfoxaflor. Parmi ces demandes, comme le veut la pratique de l'office, un produit phare a été désigné afin d'être évalué. L'OFAG a ajouté à titre d'information

¹ Index des produits phytosanitaires sur le site officiel de l'OFAG: <https://www.psm.admin.ch/fr/wirskstoffe/bs/S>



que "les articles 7 et 21 en relation avec l'annexe 6 de l'OPPh définissent quels documents doivent être intégrés dans la demande d'homologation. Les documents requis par [les demandeurs], soit des études scientifiques sur le sulfoxaflor, font partie intégrante de la demande d'homologation pour le produit phytosanitaire en question et sont sans conteste déterminants pour le prononcé de la décision d'homologation". L'OFAG a ensuite précisé que le produit phytosanitaire en question a été évalué mais que dans la mesure où le produit est un insecticide, l'office avait demandé des études complémentaires pour déterminer les risques acceptables et que l'analyse est encore ouverte. Après leur réception, les résultats de cette analyse complémentaire seront communiqués aux parties pour qu'elles puissent se déterminer avant que la décision ne soit rendue. Cette décision pourra encore faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral. Finalement, l'OFAG a confirmé au Préposé qu'"[i]l s'agit de la première demande d'homologation d'un produit phytosanitaire contenant la substance active sulfoxaflor et aucune autorisation de mise en circulation n'a été délivrée par notre service d'homologation" et qu'"[i]l existe un lien direct et étroit entre les documents sollicités par [les demandeurs], à savoir des études scientifiques sur le sulfoxaflor, et la décision d'homologation du produit phytosanitaire."

15. Lors d'un entretien téléphonique du 27 avril 2021, le Préposé a requis les informations complémentaires auprès de l'OFAG. Il a notamment demandé des précisions quant à la notion de "décision intermédiaire" à laquelle l'autorité se référait dans sa prise de position du 4 février 2021 adressée aux demandeurs. L'OFAG a relevé qu'il ne s'agit pas à proprement parler de décision au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA; RS 172.021) et que la substance active avait été rajoutée dans l'ordonnance suite à une révision de cette dernière. L'autorité s'est engagée à rechercher des documents en lien avec cette "décision intermédiaire".
16. Le 6 mai 2021, l'OFAG a repris contact avec le Préposé pour lui fournir oralement des renseignements complémentaires demandés et l'a informé qu'il envisageait également de les lui remettre par écrit dans les meilleurs délais.
17. Par courriel du 10 mai 2021, l'OFAG a remis au Préposé ses observations supplémentaires. L'autorité a notamment apporté des précisions quant à l'inscription d'une substance active sur l'annexe 1 de l'OPPh qui "constitue une étape intermédiaire dans le cadre de la procédure d'homologation d'un produit phytosanitaire. La substance active peut être inscrite par le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) sur la liste des substances actives approuvées lorsqu'elle a été examinée dans le cadre d'une demande d'autorisation de mise en circulation d'un produit phytosanitaire et qu'elle remplit les critères visés à l'art. 4 (art. 5, al. 1, OPPh). L'homologation d'une substance active ne peut être dissociée de l'homologation du produit phytosanitaire y relatif (l'art. 4, al. 5, OPPh)". Elle a ensuite ajouté que "les rapports d'essais et d'études des substances actives bénéficient de la protection des rapports lorsqu'il est établi que ces derniers sont nécessaires à l'autorisation du produit phytosanitaire (art. 46, al. 1 à 3, OPPh). La période de protection des rapports est de dix ans à compter de la date de la première autorisation d'un produit phytosanitaire pour l'évaluation duquel cette donnée a été utilisée. Il découle de ce principe de protection que même si une substance active est déjà inscrite à l'annexe 1 OPPh, une entreprise qui dépose une demande d'homologation pour un produit phytosanitaire composé de cette substance active ne peut pas accéder aux rapports d'études du dossier à la base de l'homologation de ladite substance active aussi longtemps que le délai de protection n'est pas échu et doit déposer ses propres rapports d'essais et d'études en lien avec la substance active (cf. l'art. 21, al. 5, OPPh)." D'après l'OFAG, "le fait qu'une substance active soit inscrite à l'annexe 1 OPPh ne donne pas de prérogative particulière aux entreprises déposant des



demandes d'homologation pour un produit phytosanitaire composé de ladite substance." En outre, il a relevé qu'"un produit phytosanitaire ne peut être autorisé que s'il satisfait aux exigences définies à l'art. 17 OPPh et notamment si ses substances actives sont approuvées (art. 17, al. 1, let. a OPPh). Lors de l'évaluation des demandes et l'octroi des autorisations, les services d'évaluation et le service d'homologation tiennent compte des données de l'annexe 5, ch. 2, concernant la substance active contenue dans le produit phytosanitaire qui ont été communiquées en vue de l'insertion de la substance active en question dans l'annexe 1, ainsi que des résultats de l'évaluation de ces données (cf. le point AI, al. 2, let. d, de l'Annexe 9 OPPh)" et qu'il est par conséquent tenu de se fonder sur les rapports d'essais et d'études du sulfoxaflor, soit des données au sens de l'annexe 5, ch. 2 OPPh pour déterminer si la demande d'homologation pour le produit phytosanitaire peut être approuvée. L'autorité a souligné qu'il existe de ce fait un rapport direct entre les documents sollicités et la décision à prendre concrètement. Enfin, l'OFAG a mentionné que "[c]ommuniquer les rapports en question avant la mise en œuvre du droit d'être entendu des organisations concernées serait problématique et entraverait sans conteste le processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité protégé en vertu de l'art. 7, al. 1, let. a, LTrans."

18. Les allégations des demandeurs et de l'OFAG 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

19. Les demandeurs ont déposé une demande d'accès au sens de l'art. 4 de la convention d'Aarhus auprès de l'OFAG et ont reçu une réponse négative. Etant partie à la procédure préliminaire de demande d'accès, ils sont légitimés 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).
20. 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 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

21. Selon l'art. 12 al. 1 OTrans, le Préposé examine la licéité et l'adéquation de l'appréciation de la demande d'accès par l'autorité.³
22. Les demandeurs ont déposé une demande d'accès basé sur l'art. 4 de la convention d'Aarhus. D'après l'art. 3, par. 1 de la convention d'Aarhus, les Parties doivent mettre en œuvre les

² 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.

³ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Eds.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008 (cité: Handkommentar zum BGÖ), n° 8 ad art. 13.



dispositions du traité. Le Tribunal administratif fédéral⁴ est arrivé à la conclusion que le droit suisse et le droit d'accès aux documents officiels prévu par la loi sur la transparence remplissent en principe les exigences de la convention d'Aarhus. En effet, la loi sur la transparence garantit un droit d'accès étendu aux informations détenues par les autorités fédérales, qui englobe aussi l'accès aux informations sur l'environnement. Toutefois, la convention exige d'une manière générale que le droit d'accès aux informations concernant l'environnement s'applique à tous les documents, indépendamment de leur date de parution. L'introduction de l'art. 10g al. 2 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE; RS 814.01) a satisfait cette exigence en prévoyant une exception à la limite temporelle prévue par l'art. 23 LTrans.⁵ En résumé, bien que la demande d'accès ait été déposée sur la base de l'art. 4 de la convention d'Aarhus, la loi sur la transparence est applicable dans le cas d'espèce.

23. Il ressort de leur demande en médiation que les demandeurs souhaitent obtenir l'accès au contenu de rapports d'essais et d'études faisant partie du dossier d'approbation de la substance active sulfoxaflo (voir point 1 de la demande d'accès du 7 décembre 2020).
24. Conformément à la présomption énoncée à l'art. 6 al. 1 LTrans, tout document officiel est accessible. Si l'autorité décide de refuser l'accès à celui-ci, elle doit prouver que les conditions des art. 7-9 LTrans – instituant des exceptions au principe de la transparence – sont réalisées. L'autorité qui soulève une des exceptions de l'art. 7 al. 1 LTrans doit démontrer que la publication du document causera une atteinte d'une certaine intensité, des conséquences mineures ou désagréables ne suffisant pas, et qu'il existe un risque sérieux que cette atteinte se produise.⁶ Si elle n'y parvient pas, elle supporte alors les conséquences du défaut de preuve.⁷ De plus, selon la jurisprudence⁸, l'autorité doit respecter le principe de la proportionnalité en ce sens que l'accès à des informations ne peut être restreint que dans la mesure où cela s'avère nécessaire pour protéger des informations devant rester secrètes. Autrement dit, l'accès à un document ne peut pas simplement être entièrement refusé lorsqu'il contient des informations qui ne sont pas accessibles selon les exceptions de la LTrans. En pareil cas, un accès partiel doit être accordé à tous les passages du texte qui ne justifient d'aucun intérêt digne de protection au maintien du secret au sens des exceptions de la LTrans.⁹
25. L'OFAG a refusé l'accès aux documents demandés en argumentant (cf. ch. 4, 6, 12, 14 et 17) -- sur la base de l'art. 3 al. 1 let. b en relation avec l'art. 8 al. 2 LTrans -- que ces derniers font partie de la première procédure pendante d'homologation d'un produit phytosanitaire contenant la substance active sulfoxaflo, procédure avec laquelle les documents entretiennent un lien direct et étroit. L'autorité a ajouté que la divulgation de ces documents alors que la procédure est en cours et que toutes les parties n'ont pas encore été entendues risquait d'entraver le processus de libre formation de l'opinion et de la volonté de l'autorité d'homologation (art. 7 al. 1 let. a LTrans). Finalement, l'OFAG a relevé à diverses reprises que les rapports d'essais et d'études des substances actives bénéficiaient d'une protection en application de l'art. 46 al. 1-3 et 52 OPPh.
26. Les demandeurs, après avoir décrit la procédure relative à l'approbation d'une substance active et à l'homologation d'un produit phytosanitaire, ont contesté la motivation de l'OFAG en relevant

⁴ ATAF 2016/9, c. 7.5.4.3; TAF, arrêt A-6755/2016 du 23 octobre 2017, c. 3.1.4.

⁵ Message portant approbation de la convention d'Aarhus et de son application ainsi que de son amendement du 28 mars 2012, FF 2012 4043ss.

⁶ ATF 142 II 340, c. 2.2 ; TAF, arrêt A-6745/2017 du 6 août 2018, c. 3.2.3.

⁷ TF, arrêt 1C_14/2016 du 23 juin 2016, c. 3.4; TAF, arrêt A-6003/2019 du 18 novembre 2020, c. 2.1.

⁸ ATF 133 II 206, c. 2.3.3 et ATAF A-1432/2016 du 5 avril 2017, c. 5.6.1.

⁹ TAF, arrêt A-746/2016 du 25 août 2016, c. 4.2 ; Recommandation du PFPDT du 23 décembre 2016 : DFAE/ Rapport sur la fondation des immeubles pour les organisations internationales, ch. 12.



entre autres (cf. ch. 5, 7 et 11) que "[l]art. 8 al. 2 LTrans limite l'accès aux documents officiels qui précèdent la prise d'une décision politique ou administrative dont ils constituent la base. Or, l'inscription d'une substance active dans la liste des substances actives (annexe 1 OPPh, liste publique) est le résultat d'une procédure d'approbation à part entière, spécifique aux substances actives (chapitre 2 OPPh, d'ailleurs intitulé: 'Critères et procédure d'approbation des substances actives', art. 4 ss OPPh). Cette inscription constitue une '*décision*', qu'elle soit administrative ou politique, qui déploie des effets *erga omnes*, en particulier à l'égard des producteurs de produits phytosanitaires qui peuvent désormais s'appuyer sur l'inscription du sulfoxaflor dans la liste des substances actives pour requérir l'homologation de leur produit (l'approbation préalable de la substance active est une condition *sine qua non* de l'homologation d'un produit phytosanitaire, art. 17 OPPh)." D'après les demandeurs, les arguments de l'OFAG utilisés pour différer l'accès ne sont pas justifiés, car si le raisonnement de l'autorité était suivi "chaque demande ultérieure d'homologation d'un produit phytosanitaire qui contiendrait du sulfoxaflor limiterait systématiquement l'accès aux documents en lien avec l'approbation de cette substance active."

27. L'art. 3 al. 1 let. b LTrans s'applique à la consultation du dossier par une partie dans une procédure administrative de première instance. Cette norme s'applique uniquement aux parties de la procédure au sens de l'art. 6 PA. La consultation du dossier de la procédure par un tiers est réglée en particulier à l'art. 8 al. 2 LTrans.¹⁰ Lorsqu'une procédure administrative est en cours, l'accès aux documents officiels n'est autorisé qu'une fois rendue la décision politique ou administrative dont ils constituent la base. Ainsi tant qu'une procédure administrative est en cours, il n'y a, en principe, pas de possibilité de consulter le dossier fondée sur la loi sur la transparence, ni pour une partie, ni pour un tiers.¹¹ L'accès est donc différé jusqu'à ce que la décision soit rendue afin d'assurer la liberté de formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité en la protégeant des influences extérieures. Toutefois, comme presque chaque document constitue la base d'une décision, l'autorité pourrait être encline à interpréter de manière large l'art. 8 al. 2 LTrans. Aussi, d'après la doctrine, il faut qu'il existe un lien direct et étroit entre le document et la décision à prendre concrètement et que ce document ait matériellement une importance non négligeable au regard de cette décision.¹² Un lien lâche entre la décision et les documents demandés ne suffit pas.¹³ Le Préposé requiert en outre une certaine connexité temporelle entre la décision de l'autorité et la procédure d'accès.¹⁴ Une fois la décision prise, le risque d'influencer la libre formation de l'opinion de l'autorité n'existant plus, l'accès doit être accordé sous réserve des exceptions prévues aux art. 7-9 LTrans.
28. Afin de déterminer s'il existe un lien étroit et direct entre la décision à prendre et les documents demandés, il convient de définir quelle décision est pertinente dans le cas d'espèce et d'analyser la procédure y menant. Les produits phytosanitaires ne peuvent être mis en circulation en Suisse que s'ils sont homologués par l'OFAG. L'ordonnance sur les produits phytosanitaires règle l'homologation et la mise en circulation ainsi que l'utilisation des produits phytosanitaires. Elle fixe également les règles applicables à l'approbation des substances actives. Un produit phytosanitaire est constitué d'une ou de plusieurs substances actives. Lorsque le produit phytosanitaire contient une substance active qui ne figure pas encore dans l'annexe 1 de l'OPPh, la substance active doit dans un premier temps être approuvée dans le

¹⁰ SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 3, ch. 55.

¹¹ TAF, arrêt A-3649/2014 du 25 janvier 2016, c. 9.1.5.

¹² TAF, arrêt A-3631/2009 du 15 septembre 2009, c. 3.5.1.

¹³ MAHON/GONIN, Handkommentar BGÖ, Art. 8, Rz 30.

¹⁴ Recommandation du PFPDT du 16 septembre 2015: ENSI / Berichte der Kernkraftwerkbetreiber zur Verfügung des ENSI vom 17. Mai 2013 (gezielter Anflug von Flugzeugen), ch. 16s.



cadre de la procédure d'approbation des substances actives.¹⁵ En effet, l'approbation de la substance active est une condition nécessaire à l'autorisation de mise sur le marché des produits phytosanitaires (art. 17 al. 1 let. a OPPh). Le producteur d'une substance qui souhaite la voir approuver doit introduire une demande d'approbation de la substance active auprès du service d'homologation (OFAG). Selon l'art. 4 al. 1 OPPh, le service d'homologation approuve la substance active, si compte tenu des critères d'approbation figurant aux ch. 2 et 3 de l'annexe 2 de l'OPPh, le produit phytosanitaire contenant cette substance active satisfait aux conditions prévues aux al. 3 à 5. D'après l'art. 4 al. 7 OPPh, pour l'approbation d'une substance active, les dispositions des al. 1 à 5 sont réputées respectées s'il a été établi que tel est le cas pour une ou plusieurs utilisations représentatives d'au moins un produit phytosanitaire contenant cette substance active. Afin que le service d'homologation puisse vérifier que l'ensemble des critères soient bien remplis, le producteur qui dépose une demande d'approbation d'une substance active doit remettre un dossier récapitulatif qui contient notamment les rapports d'essais et d'études (art. 6 et 7 al. 2 OPPh). Si tous les critères sont remplis, le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) inscrit la nouvelle substance active sur la liste des substances actives approuvées (annexe 1 OPPh).

29. En résumé, il apparaît que la première procédure d'approbation de la substance active qui mène à l'inscription d'une nouvelle substance active sur la liste des substances approuvées est dépendante de la procédure d'autorisation de mise en circulation d'un produit phytosanitaire (art. 5 OPPh). Toutefois, selon l'avis du Préposé, ce lien étroit et direct semble exister uniquement pour la première procédure d'approbation, celle qui conduit à l'inscription de la substance active à l'annexe 1 de l'OPPh. En l'espèce, le Préposé constate que le sulfoxaflor figure depuis le 1^{er} juillet 2018 dans l'annexe 1 de l'OPPh. Au vu des éléments susmentionnés et au regard des dispositions légales, il convient de conclure qu'une procédure d'approbation ayant conduit à l'inscription par le DEFR du sulfoxaflor semble déjà avoir eu lieu. L'OFAG n'est pas parvenu à apporter au Préposé la preuve concrète que la procédure pendant dont il fait mention dans son argumentaire est la première procédure portant sur l'approbation de la substance active sulfoxaflor et n'a pas non plus motivé de manière suffisante les raisons pour lesquelles ladite substance figurerait sur la liste indépendamment d'une première procédure d'approbation. Par ailleurs, comme l'ont relevé les demandeurs, les termes utilisés dans l'annexe 2 de l'OPPh qui porte sur l'évaluation et l'approbation des substances actives tendent à indiquer que l'approbation d'une substance est une décision. En conséquence, la décision d'approbation du sulfoxaflor paraît être la décision pertinente pour l'analyse des conditions de l'art. 8 al. 2 LTrans qui prévoit que l'accès aux documents demandés est autorisé une fois rendue la décision politique ou administrative dont ils constituent la base. En conclusion, d'après l'analyse du Préposé, une décision d'approbation a dû être prise pour que le sulfoxaflor puisse figurer dans l'annexe 1 de l'OPPh et les rapports d'essais et d'études constituent la base de cette décision puisqu'ils font partie du dossier à remettre pour obtenir l'approbation de la substance (art. 7 al. 2 OPPh). L'OFAG n'est donc pas parvenu à amener suffisamment d'éléments permettant de démontrer que les conditions d'exclusion au sens de l'art. 8 al. 2 LTrans étaient remplies.
30. L'art. 7 al. 1 let. a LTrans, auquel se réfère également l'OFAG, permet de restreindre ou de refuser l'accès à un document lorsque la divulgation est susceptible de porter notablement atteinte au processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité soumise à la loi sur la transparence. Il se distingue de l'art. 8 al. 2 LTrans dont le champ d'application est plus large que celui de l'art. 7 al. 1 let. a LTrans dans la mesure où il est directement lié à la qualité du document et le protège entièrement, alors que l'art. 7 al. 1 let. a LTrans exige une

¹⁵ KPMG, Bericht Evaluation Zulassungsverfahren von Pflanzenschutzmitteln, p.23.



altération notable du processus décisionnel et ne justifie de restriction que pour les parties du document concernées par le besoin de confidentialité.¹⁶ La libre formation de l'opinion et de la volonté ne peut être considérée comme "notablement" menacée au sens de cette disposition que si, à la suite de la divulgation, elle ne peut plus être mise en œuvre ou si elle peut encore être influencée après que la décision a été prise. La simple possibilité que la publication puisse déclencher un débat public nourri et controversé n'est pas suffisante.¹⁷

31. En l'espèce, l'OFAG, qui porte le fardeau de la preuve, n'a pas prouvé un risque sérieux de dommage et n'a pas concrètement démontré en quoi la divulgation des documents demandés risquait d'altérer notablement son processus décisionnel. L'exception de l'art. 7 al. 1 let. a LTrans ne peut de ce fait pas être retenue.
32. Enfin, concernant les dispositions évoquées par l'OFAG relatives à la protection et à la confidentialité des rapports d'essais et d'études (art. 46 et 52 OPPh), le Préposé note que l'autorité s'est contentée de les mentionner, sans démontrer que les conditions de ces articles étaient remplies en l'espèce. En effet, tant l'art. 46 al. 7 que l'art. 52 al. 1 OPPh prévoient que la protection ou la confidentialité doivent être réclamées ou demandées. L'autorité n'a cependant remis aucun document au Préposé attestant cette démarche. L'argument de l'OFAG ne peut partant pas être retenu. Au surplus, l'autorité n'a pas invoqué d'autres motifs d'exception relevant de la loi sur la transparence.
33. *A titre de conclusion, le Préposé constate que l'OFAG n'est pas parvenu à démontrer que les documents demandés constituent la base et entretiennent un lien direct et étroit avec la procédure actuellement pendante. L'exclusion de l'art. 8 al. 2 LTrans ne pouvant être retenu et le risque d'influencer la libre formation de l'opinion de l'autorité n'existant plus, l'accès doit être accordé sous réserve des exceptions prévues aux art. 7-9 LTrans (qui n'ont pas déjà été exclues) et en tenant compte du principe de la proportionnalité.*

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

34. L'Office fédéral de l'agriculture accorde l'accès aux documents demandés sous réserves des exceptions prévues aux art. 7-9 LTrans et en tenant compte du principe de la proportionnalité.
35. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, les demandeurs peuvent requérir que l'Office fédéral de l'agriculture rende une décision selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) s'ils ne sont pas d'accord avec la présente recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).
36. L'Office fédéral de l'agriculture rend une décision selon l'art. 5 PA s'il ne suit pas la recommandation (art. 15 al. 2 LTrans).
37. L'Office fédéral de l'agriculture 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).
38. La présente recommandation est publiée. Afin de protéger les données relatives aux participants à la procédure de médiation, les noms des demandeurs sont anonymisés (art. 13 al. 3 OTrans).

¹⁶ TAF, arrêts A-2352/2017 du 11 décembre 2019, c. 4.5.1 et A-6313/2015 du 27 avril 2016, c. 5.4.

¹⁷ TAF, arrêt A-2352/2017 du 11 décembre 2019, c. 4.5.1; ATF 133 II 209, c. 4.2.



39. La recommandation est notifiée à :

- Recommandé (R) avec avis de réception
Association Droit dans le Sol

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

- Recommandé (R) avec avis de réception
Office fédéral de l'agriculture
Schwarzenburgstrasse 165
3003 Berne

Reto Ammann

Mélissa Beutler