



Berne, 27 novembre 2023

Recommandation selon l'art. 14 de la loi sur la transparence

concernant la procédure de médiation entre

**C.
(demandeur)**

et

Secrétariat général du Département fédéral des finances SG-DFF

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

1. En mars 2023, Credit Suisse a traversé une crise de confiance aigüe. Face à ces importantes turbulences des marchés financiers auxquelles Credit Suisse a été confronté, le Conseil fédéral, sur la base du droit de nécessité selon les art. 184 et 185 de la Constitution fédérale¹, a édicté, le 16 mars 2023, l'ordonnance sur les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse (BNS) à des banques d'importance systémique² (ci-après : OdN-PLB³ ou ordonnance du 16 mars 2023). Pour protéger l'économie suisse, le Conseil fédéral a adopté le 19 mars 2023 un train de mesures qui a permis l'acquisition de Credit Suisse par UBS. Ce train de mesures comprenait notamment une garantie contre les pertes, à concurrence de 9 milliards de francs, accordée à UBS par l'Etat, ainsi qu'une garantie de 100 milliards de francs accordée à la BNS pour la couverture des prêts d'aide sous forme de liquidités octroyés à Credit Suisse, et, d'un montant de 100 milliards à titre de prêt d'aide à la liquidité de la BNS

¹ Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst. ; RS 101).

² RS 952.3.

³ Public Liquidity Backstop PLB : mécanisme public de garantie des liquidités qui fait partie du dispositif standard de gestion de crise bancaire à l'échelle internationale.

sans garantie de l'état.⁴ Selon l'art. 6 al. 3 de l'ordonnance du 16 mars 2023, l'accès à ces informations et ces données prévu par la loi sur la transparence⁵ est exclu. L'art. 6 al. 3 de l'ordonnance du 16 mars 2023 a été abrogé le 15 septembre 2023.⁶

2. Conformément à la loi sur la transparence, le demandeur (journaliste) a déposé, le 29 mars 2023, une demande d'accès adressée au Secrétariat général du Département fédéral des finances (SG-DFF) comportant les questions suivantes :
 - « À quelle(s) date (s), est ce que le Conseil fédéral a rediscuté l'introduction de l'instrument public liquidity backstop ? Et pourquoi ce thème a-t-il-été remis à l'agenda ?
 - En conférence de presse le 19 mars dernier, Mme la CF Karin Keller-Sutter a déclaré « avoir donné son feu vert » pour accélérer les travaux sur cet instrument « une semaine avant les événements aux Etats-Unis » ; serait-il possible de savoir à quelle date précisément ce feu vert a été donné ? Et quelles sont les raisons qui ont conduit à cette volonté d'accélérer ces travaux ? La situation de Credit Suisse à ce moment-là était-elle un facteur qui a conduit à accélérer les travaux sur cet instrument ?
 - Serait-il possible de savoir combien de séances (physiques, hybrides, téléphones) le CF Ueli Maurer a eu entre septembre 2022 et décembre 2022 avec 1) la direction de Credit Suisse 2) la direction de la FINMA 3) la direction de la BNS ?
 - Serait-il possible de savoir les dates et les ordres du jour de ces séances ?
 - Serait-il possible d'avoir accès au PV de ces séances ?
 - Serait-il possible de savoir combien de séances (physiques, hybrides, téléphones) le CF Ueli Maurer a eu entre janvier 2023 et 19 mars 2023 avec 1) la direction de Credit Suisse 2) la direction de la FINMA 3) la direction de la BNS ?
 - Serait-il possible de savoir les dates et les ordres du jour de ces séances ?
 - Serait-il possible d'avoir accès au PV de ces séances ? »
3. Le 30 mars 2023, le demandeur a adressé au SG-DFF les questions complémentaires suivantes :
 - « Serait-il possible de savoir à quelle date précisément en février, Mme la CF Keller-Sutter a informé le reste du collège des différents scénarios de sauvetage de la banque Credit Suisse ?
 - Entre le 1er octobre 2022 et le 19 mars 2023, à quelle date le DFF, la FINMA et la BNS se sont-ils réunis ensemble de manière ordinaire ? Et à quelle date se sont-ils réunis de manière extraordinaire (présentiel, hybride, téléphone) en tant que comité directeur du dispositif de crise prévu par le MoU suivant ? <https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/dokumentation/fachinformationen/archiv/tripartite-vereinbarung.html>
 - Serait-il possible d'avoir accès aux ordres du jour de ces différentes séances et aux documents (analyses, rapports, etc) produits suite à ces séances ?
 - Entre le 1er octobre 2022 et le 19 mars 2023, à quelle date le DFF, la FINMA et la BNS (et d'autres entités) se sont-ils réunis (présentiel, hybride, téléphone) en tant que comité de gestion de crises financières prévu par le MoU cité ci-dessus ?
 - Serait-il possible d'avoir accès aux ordres du jour de ces différentes séances du comité de gestion et aux documents (analyses, rapports, etc) produits par ce gremium ? »
4. Le 14 avril 2023, le SG-DFF a pris position et a refusé l'accès complet aux informations demandées. Il a justifié son refus en s'appuyant sur l'art. 6 al. 3 de l'OdN-PLB en relation avec l'art. 4 let. a LTrans. A titre subsidiaire, il a également motivé son refus en application de

⁴ Département fédéral des finances DFF : Acquisition de Credit Suisse par UBS (consultable sous www.efd.admin.ch > place financière > Acquisition de Credit Suisse par UBS) ; Banque nationale suisse : La Banque nationale soutient la reprise de Credit Suisse par UBS en allouant d'importantes aides sous forme de liquidités ; communiqué de presse du 19 mars 2023 (consultable sous : www.snb.ch > Médias > communiqués de presse.

⁵ Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (loi sur la transparence, LTrans ; RS 152.3).

⁶ Ordonnance sur les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique (Ordonnance du 16 mars 2023, OdN-PLB ; RS 952.3), modification du 6 septembre 2023 (RO 2023 395).

l'art. 7 al. 1 let. b LTrans (entrave à l'exécution de mesures concrètes prises par le Conseil fédéral conformément à ses objectifs), de l'art. 7 al. 1 let. c LTrans (risque de compromettre la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse), de l'art. 7 al. 1 let. d LTrans (mise en péril des intérêts de la politique extérieure et des relations internationales de la Suisse), de l'art. 7 al. 1 let. f LTrans (mise en danger des intérêts de la politique économique et monétaire de la Suisse) et de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans (mise en péril de secrets professionnels et d'affaires). Enfin, le SG-DFF a indiqué que l'accès aux documents relatifs à la procédure de co-rapport était exclu en vertu de l'art. 8 al. 1 LTrans.

5. Le 17 avril 2023, le demandeur a interrogé le SG-DFF afin de savoir si la prise de position du 14 avril 2023 portait également sur les questions complémentaires déposées le 30 mars 2023, ce que le SG-DFF a confirmé par un courriel daté du même jour.
6. Le 21 avril 2023, le demandeur a déposé une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé).
7. Par courrier du 24 avril 2023, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation. Le même jour, il a informé le SG-DFF du dépôt de la demande en médiation et lui a imparti un délai au 5 mai 2023 pour lui transmettre les documents concernés ainsi qu'une prise de position complémentaire.
8. Le 5 mai 2023, le SG-DFF a transmis au Préposé sa correspondance avec le demandeur ainsi qu'une prise de position complémentaire. Cette dernière débute par une demande de prolongation de délai pour la remise des documents réclamés par le demandeur. Selon l'autorité, le nombre de documents demandés étant extrêmement élevé, cela a engendré une masse de travail exceptionnellement grande pour ses collaborateurs et, ses ressources en personnel étant limitées, elle a indiqué qu'elle n'était pour l'instant pas en mesure de remettre les documents demandés. Le SG-DFF a ensuite poursuivi en demandant de rejeter la demande d'accès en application de l'art. 6 al. 3 OdN-PLB qui prévoit que l'accès en vertu de la loi sur la transparence aux informations et aux données en lien avec ladite ordonnance est exclu. Cette ordonnance a effet durant 6 mois à partir du 16 mars 2023. A titre subsidiaire, le SG-DFF a conclu que l'accès devait être rejeté en application des dispositions ordinaires de la loi sur la transparence (cf. ch. 4).
9. Par courriel du 11 mai 2023, le Préposé a annoncé au SG-DFF que, dans le cadre de la présente procédure de médiation, une consultation sur place (c'est-à-dire dans les locaux du DFF) aurait exceptionnellement lieu à sa demande.⁷ Le délai pour la mise à disposition des documents serait communiqué au SG-DFF en temps voulu.
10. Le 24 mai 2023, le demandeur s'est enquis auprès du Préposé de l'état de la procédure de médiation. Le même jour, ce dernier lui a indiqué que la procédure soulevait des questions juridiques complexes tant du côté du PFPDT que du SG-DFF et qu'un grand nombre de documents était concerné par la procédure, raisons pour lesquelles le SG-DFF avait demandé une prolongation de délai qui lui avait été accordée.
11. Dans son courriel du 2 juin 2023 adressé au SG-DFF, le Préposé a indiqué qu'en lien avec l'acquisition de Credit Suisse par UBS, de nombreuses demandes en médiation avaient été déposées en vertu de la loi sur la transparence. De ce fait, le Préposé a proposé de planifier une séance avec des représentants du SG-DFF pour discuter de la suite de la procédure sur le plan organisationnel, en particulier, pour régler des questions pratiques telles que la consultation des documents.
12. Le 16 juin 2023, une courte séance avec des représentants du SG-DFF a eu lieu dans les locaux du Préposé. Les thèmes abordés furent, d'une part, la motion déposée entre-temps, c'est-à-dire

⁷ Voir Préposé fédéral à la protection de données et à la transparence : Catalogue de questions-réponses du PFPDT du 13 octobre 2023, en vue de l'audition par la CSG du 28 octobre 2022 relative à la LTrans, p. 4. (consultable sous <https://www.edoeb.admin.ch> > Principe de transparence> Services LTrans).

depuis la reprise de Credit Suisse par UBS, par la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N)⁸ ainsi que l'Arrêté de l'Assemblée fédérale relatif à l'institution d'une commission d'enquête parlementaire (CEP) dans le contexte de la fusion.⁹ Compte tenu de ces événements survenus dans l'intervalle, un délai au 26 juin 2023 a été accordé au SG-DFF pour une prise de position complémentaire portant sur ce point. D'autre part, la mise en place de la consultation, par le Préposé, des documents concernés par les procédures de médiation a été abordée. Le SG-DFF a indiqué que la préparation de la documentation demandée était en cours d'élaboration, mais qu'elle n'était pas encore complète en raison de son volume. Il a ajouté que la documentation devait également être préparée pour l'enquête menée par la CEP et qu'elle concernait en partie des documents identiques. Toutefois, la date à laquelle la documentation serait prête n'était connue dans aucun des deux cas. Sachant que le SG-DFF poursuivait la préparation des dossiers, le Préposé a précisé qu'il attendrait la prise de position complémentaire avant de déterminer la prochaine étape de la procédure et de communiquer les prochaines indications pour la planification de la consultation des documents.

13. Le 26 juin 2023, le SG-DFF a transmis au Préposé sa prise de position complémentaire. Dans cette dernière, le SG-DFF fait tout d'abord valoir que l'art. 6 al. 3 OdN-PLB exclue l'accès prévu par la loi sur la transparence aux informations et données qui sont notamment nécessaires à l'octroi, à l'administration, à la surveillance et au traitement des prêts d'aide sous forme de liquidités et de garantie du risque de défaillance. A cet effet, il convient de noter que, sur la base de cette disposition, l'accès aux documents en lien avec l'octroi d'aide sous forme de liquidité et la reprise de Credit Suisse doit être refusé dans son ensemble, et ce, même si le libellé de la disposition semble suggérer le contraire. L'interprétation selon laquelle l'accès ne devrait être exclu que pour les documents qui ont été établis après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 16 mars 2023 ne correspond pas à la volonté du législateur. En outre, le SG-DFF renvoie à la CEP instituée par les Chambres fédérales, dont la tâche consistera, entre autres, à examiner et à évaluer les documents produits dans le cadre de la reprise de Credit Suisse. Cet examen ne pourrait pas se faire sans influence, si, par exemple, l'opinion publique devait déjà être influencée par la couverture médiatique de l'affaire. L'octroi de l'accès aux documents relatifs aux événements ayant entouré la reprise de Credit Suisse porterait atteinte à la libre formation de l'opinion de la CEP, raison pour laquelle l'accès doit être différé en application de l'art. 7 al. 1 let. a LTrans au moins jusqu'à la conclusion des travaux de la CEP. L'art. 171 al. 2 de la loi sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement, LParl ; RS 171.10), selon lequel l'institution d'une commission d'enquête n'empêche pas l'engagement ou la poursuite d'une procédure judiciaire civile ou administrative, d'une enquête pénale préliminaire ou d'une procédure pénale, démontre que l'institution d'une CEP n'aurait aucune influence sur les procédures de médiation prévues par la loi sur la transparence. Même si, contrairement à ce qui a été dit, il fallait partir du principe que l'art. 6 al. 3 OdN-PLB ne prévoit pas une exclusion globale de l'accès, l'accès devrait finalement être entièrement refusé en application des exceptions prévues par la loi sur la transparence. L'accès aux documents demandés porterait atteinte aux mesures visant à maintenir la stabilité des marchés financiers et entraverait donc l'exécution des mesures concrètes prises par l'autorité (art. 7 al. 1 let. b LTrans). Par ailleurs, la publication pourrait permettre de déduire, si, et le cas échéant, quelles discussions confidentielles ont été menées avec des partenaires internationaux, ce qui pourrait compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales (art. 7 al. 1 let. d LTrans). De surcroît, dans le cadre de la reprise de Credit Suisse par UBS, la Confédération a été menacée publiquement de nombreuses prétentions en responsabilité qui se chiffraient en milliards de francs, il existe partant un risque que les documents rendus publics soient sortis de leur contexte et utilisés dans des procès contre la Confédération. Les intérêts de la politique économique ou monétaire de la Suisse seraient ainsi menacés (art. 7 al. 1 let. f LTrans). Finalement, il faut tenir compte du fait que les documents demandés

⁸ Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) : Dépôt d'une motion de commission appelant à ne pas restreindre le principe de transparence, communiqué de presse du 12 mai 2023 ; voir aussi Motion de la CIP-N « Non à l'exclusion du principe de la transparence » ([23.3587](#)).

⁹ Arrêté fédéral relatif à l'institution d'une commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner la gestion par les autorités de la fusion d'urgence de Credit Suisse avec UBS du 8 juin 2023 ; FF 2023 1369 (ci-après : FF 2023 1369).

contiennent des secrets d'affaires des banques concernées ou que les informations contenues dans ces derniers permettent des déductions quant à de tels secrets (art. 7 al. 1 let. g LTrans).

14. Le 18 juillet 2023, le Préposé a contacté le SG-DFF par courriel et lui a expliqué qu'il prévoit de procéder à la consultation, dans les locaux du DFF, des documents concernés par les procédures de médiation au cours de la semaine du 14 août 2023. Le SG-DFF a en outre été prié de tenir à disposition du Préposé des index des documents concernés par les procédures d'accès, respectivement les procédures de médiation.
15. Par courriel du 20 juillet 2023, le Préposé a informé le demandeur qu'en raison du nombre de demandes en médiation portant sur la même thématique et vu la complexité des questions juridiques soulevées¹⁰, il avait renoncé à la tenue d'une séance de médiation¹¹ et que, la procédure se déroulant par écrit, il lui donnait la possibilité de lui remettre une prise de position complémentaire d'ici au 7 août 2023 (art. 12 al. 2 OTrans). Le Préposé a invité le demandeur à tenir compte des nouvelles circonstances entourant la reprise de Credit Suisse, notamment l'institution de la CEP.
16. Le 16 août 2023, le Préposé a procédé à la consultation des documents dans les locaux du DFF. Le SG-DFF avait préparé des dossiers séparés pour chaque demande d'accès comprenant chacun les documents pertinents et un index. Suite à des remarques introductives d'ordre général relatives aux documents mis à disposition et à des précisions du SG-DFF sur les menaces évoquées d'actions en responsabilité contre la Confédération, le Préposé a adressé quelques questions complémentaires au SG-DFF. Après cela, le Préposé a pu examiner librement les documents mis à disposition par le SG-DFF, qui est resté présent afin de répondre aux éventuelles questions. Suite à la prise de connaissance des documents, le Préposé a demandé au SG-DFF « [...] um schriftliche Präzisierung der Relevanz der aktuell hängigen und noch zu erwartenden Klageverfahren der Gläubiger bzw. Aktionäre der Credit Suisse sowie der Relevanz der von den Zugangsgesuchen betroffenen Dokumente mit Bezug auf diese Verfahren. Ausserdem bitten wir Sie um schriftliche Bestätigung, dass alle uns in der heutigen Sitzung zugänglich gemachten Dokumente an die Parlamentarische Untersuchungskommission (PUK) zur CS-Notfusion übermittelt wurden. Sofern dies nicht der Fall ist, bitten wir um Mitteilung, welche Dokumente nicht ediert wurden.»
17. Le 18 août 2023, après une prolongation de délai, le demandeur a remis au Préposé une prise de position. Dans cette dernière, le demandeur a élargi ses demandes d'accès des 29 et 30 mars 2023 en posant une nouvelle fois des questions complémentaires. Il a ensuite souligné la nécessité de la transparence vu l'importance des événements qui ont suscité tant l'intérêt de la population en tant que contribuable que celui des actionnaires et des détenteurs d'obligations. Le demandeur a également relevé que dans d'autres affaires d'importance nationale, des documents avaient pu être obtenus en application de la loi sur la transparence.¹² La question de l'application de l'ordonnance est ensuite traitée par le demandeur. Il a relevé que selon l'ancien suppléant du PFPDT « on ne peut pas modifier la loi sur la transparence par une ordonnance, d'un rang inférieur du point de vue du droit » et « [...] le fait d'interdire d'emblée l'accès à toutes les informations pose des questions de principe ». Le demandeur a constaté que l'administration n'a fait aucune distinction dans sa prise de position entre les documents établis avant et après l'entrée en vigueur de l'ordonnance et que l'ordonnance reste muette sur son application aux documents officiels établis avant son entrée en vigueur. Il met aussi en doute le fait que tous les documents demandés soient couverts par le champ d'application de l'art. 6 al. 3 de l'ordonnance du 16 mars 2023. Sur ce point, le demandeur a finalement questionné le recours de plus en plus fréquent au droit de nécessité pour soustraire des activités de l'administration à la loi sur la transparence. Il a poursuivi en relevant que l'autorité, qui porte le fardeau de la preuve, n'avait ni justifié l'application des nombreuses

¹⁰ Voir art. 12a de de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration [OTrans ; RS 152.31].

¹¹ Selon le message relatif à la loi sur la transparence, il incombe au Préposé de fixer les modalités de détail de la procédure : cela lui permet de choisir la formule la mieux adaptée au cas concret. (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).

¹² Par ex. Article de la SonntagsZeitung du 27 août 2017, Schiefelage bei Reedereien: Bund riskiert weitere 512 Millionen Franken; Article de la SonntagsZeitung du 8 avril 2023, So schlecht ging es der Xp; Article de Swissinfo du 22 mars 2023, Comment un triumvirat suisse a forcé UBS à sauver Credit Suisse.

exceptions soulevées, ni tenu compte du principe de proportionnalité. Il a notamment considéré que le SG-DFF devrait tenir compte de l'évolution de la situation depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance de nécessité car « le degré d'urgence, de sensibilité, l'état des négociations ainsi que les enjeux ne sont plus les mêmes. » Le demandeur en est ensuite venu à la mise en place de la CEP et au caractère historique d'une telle commission. A propos de la CEP, il a souligné qu'elle n'est ni un tribunal pénal, ni une autorité disciplinaire, qu'elle ne saurait se substituer au travail des médias et donc, qu'elle ne doit pas être une entrave à l'accès aux documents demandés. La prise de position se conclut sur le rôle des médias et le fait qu'il doit être pris en compte selon l'arrêt de la CourEDH Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie du 28 novembre 2016 « dans la requête qui se fonde sur la LTrans et la liberté d'expression (art. 10 CEDH). »

18. Dans son courriel du 25 août 2023 au Préposé, le SG-DFF a précisé certains aspects relatifs à la portée des procédures en cours ou imminentes et s'est exprimé sur la pertinence des documents demandés qui pourraient éventuellement être concernés par ces procédures. Le SG-DFF a attiré l'attention sur les nombreuses procédures judiciaires annoncées publiquement visant la Confédération, suite aux mesures prises pour sauver Credit Suisse. « Neben Klagen nach nationalem Recht sind dabei vielfach auch mögliche Klagen an internationale Gerichte gestützt auf Investitionsschutzabkommen genannt worden. » Faute de connaître l'argumentation des lésés, il n'est pas possible, selon le SG-DFF, de déterminer de manière suffisamment fiable, quelles informations pourraient être préjudiciables à sa stratégie de défense lors d'un éventuel procès, si elles venaient à être divulguées. En conclusion, il est donc de la plus haute importance pour la sauvegarde des intérêts de la Confédération, que l'accès à l'ensemble des documents concernant le sauvetage de Credit Suisse soit refusé jusqu'à la liquidation définitive des probables demandes d'indemnité. Enfin, le SG-DFF a expressément confirmé que « [...] sämtliche der Ihnen zugänglich gemachten Dokumente auch der Parlamentarischen Untersuchungskommission zugänglich gemacht wurden. »
19. Les allégations du demandeur et du SG-DFF ainsi que les documents déposés et/ou consultés dans les locaux du DFF 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

20. Le demandeur a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès du SG-DFF 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).
21. 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 modalités¹³. 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.
22. Avec l'entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2023 de la loi fédérale sur la protection des données (loi sur la protection des données ; LPD ; RS. 235.1), la protection, le traitement et la communication des données des personnes morales ont été exclus de la loi sur la protection des données. La loi sur la protection des données ne trouve par conséquent plus qu'application pour les données (personnelles) des personnes physiques. Pour l'accès aux données personnelles, l'art. 9 al. 2 LTrans révisée renvoie à la loi sur la protection des données (nouvel art. 36 LPD). Concernant les données relatives aux personnes morales, la loi sur la transparence renvoie désormais à l'art. 57s de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA ; RS 172.010).

¹³ FF 2003 1865.

23. Compte tenu du fait que la loi sur la protection des données est entrée en vigueur durant la présente procédure de médiation, il convient de clarifier dans un premier temps la base juridique applicable : le législateur n'a pas édicté de dispositions transitoires pour la procédure d'accès et de médiation selon la loi sur la transparence. Le Tribunal administratif fédéral¹⁴ a récemment eu à juger un cas dans lequel la nouvelle loi sur la protection des données est entrée en vigueur au cours de la procédure de recours pendante. Il indique que la légalité d'un acte administratif doit en principe être évaluée selon la situation juridique valant au moment de son émission, à moins que le droit modifié depuis ne prévoie expressément un autre ordre. « Il faut donc régulièrement se référer à l'ancien droit. Ce principe de non-rétroactivité doit être relativisé dans la mesure où le droit le plus favorable au recourant doit toujours être pris en considération et lorsqu'il existe des raisons impérieuses pour son application immédiate. » Le tribunal conclut que la portée des nouvelles dispositions reste la même et que l'ancien droit doit être appliqué. Pour ces raisons, le Préposé applique dans cette procédure de médiation les anciennes dispositions de la loi sur la transparence et de la loi sur la protection des données.

B Considérants matériels

24. 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.¹⁵
25. L'objet de la présente procédure de médiation est l'accès aux documents conformément aux demandes d'accès des 29 et 30 mars 2023 (voir. ch. 2 et 3). La demande d'accès définit l'objet de la procédure de médiation, le contenu de cette dernière peut être restreint après coup par le demandeur, mais ne peut en revanche pas être élargi ou modifié matériellement.¹⁶ De ce fait, les questions complémentaires déposées par le demandeur dans sa prise de position adressée au Préposé (voir ch. 17) ne font pas partie de la présente procédure.
26. Par sa demande d'accès, le demandeur a requis des documents relatifs à des séances s'étant déroulées également avec la participation de la FINMA et de la BNS. Des documents de ces deux entités sont potentiellement concernés par la procédure de médiation. Dans ses prises de positions, le SG-DFF ne s'est toutefois pas prononcé sur l'accessibilité de ces documents.
27. Selon l'art. 2 al. 2 LTrans, la loi sur la transparence ne s'applique pas à la BNS et à la FINMA. Dans une recommandation antérieure, le Préposé avait estimé que la FINMA était assimilée à des tiers privés. Dans ce cas, les documents de la FINMA seraient accessibles conformément aux dispositions de la loi sur la transparence, dans la mesure où ils font partie des documents d'une autorité au sens de l'art. 2 al. 1 LTrans et qu'ils sont utilisés dans l'exercice d'une tâche publique (voir art. 5 al. 1 let. b et c LTrans).¹⁷ Toutefois, en procédant à un examen plus approfondi, cette appréciation pourrait ne pas être correcte, comme nous le verrons ci-dessous.
28. Le Tribunal administratif fédéral a jusqu'à présent laissé ouverte la question de savoir si la FINMA, lorsque la loi sur la transparence s'applique, devait être traitée comme un privé. Il a uniquement retenu qu'il ne s'agissait pas d'une autorité au sens des art. 10, 12 et 15 LTrans, « [...] sondern, wenn schon, um eine 'Dritte', die nicht dem BGÖ untersteht. »¹⁸ La façon dont il faut comprendre cette affirmation ne ressort pas des considérants. Le Tribunal administratif fédéral poursuit: « Dem Interesse der Vorinstanz [FINMA], ihren Standpunkt einzubringen, kann vorliegend im Übrigen Rechnung getragen werden, indem diese von der zuständigen Behörde in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 4 VBGÖ ins Verfahren einbezogen wird. »¹⁹ Cette opinion plaide plutôt contre la qualification de la FINMA en tant que tiers privé ordinaire, d'autant plus que ses intérêts sont en principe déterminés dans le cadre de la consultation prévue à l'art. 11 LTrans.²⁰

¹⁴ Arrêt du TAF A-516/2022 du 12 septembre 2023, consid. 8.2.2 et suivant, avec références citées.

¹⁵ «GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (éds.), Stämpfli's Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008 (cité: Handkommentar zum BGÖ), n°8 ad art. 13.

¹⁶ Arrêt du TAF A-3884/2017 du 6 septembre 2018, consid. 1.3.1.; ATF 136 II 457, consid. 4.2

¹⁷ PFPDT, Recommandation du 18 décembre 2013: BJ und SIF / Zuständigkeit für die Bearbeitung eines Zugangsgesuches, ch. 26.

¹⁸ Arrêt du TAF A-916/2014 du 4 décembre 2014, consid. 1.4.1.

¹⁹ Arrêt du TAF A-916/2014 du 4 décembre 2014, consid. 1.4.2.

²⁰ Voir ATF 142 II 340, consid. 4.6 avec renvois.

29. L'art. 2 al. 2 LTrans est clair et indique que la loi dans son entier ne s'applique pas à la FINMA et à la BNS. Cela a notamment pour conséquence que les conditions relatives à la définition d'un document officiel au sens de l'art. 5 LTrans ne trouvent pas non plus application. De ce fait, les documents remis par la FINMA ou la BNS à une autorité soumise à la loi sur la transparence ne deviennent pas des documents officiels au sens de la loi sur la transparence.²¹ Partant, les documents de la FINMA et de la BNS sont soustraits à l'accès en vertu de la loi sur la transparence, sous réserve de ce qui sera développé au chiffre 31, et ce même s'ils ont été communiqués à une autorité entrant dans le champ d'application de la loi ou s'ils sont en sa possession.
30. Il convient ensuite de tenir compte du statut de la BNS : la BNS dispose d'un statut spécial garantissant son indépendance par rapport au Conseil fédéral et à l'administration fédérale (art. 99 Cst.). D'après l'art. 6 de la loi fédérale sur la Banque nationale suisse (Loi sur la Banque nationale, LBN ; RS 951.11), la Banque nationale et les membres de ses organes, dans l'accomplissement des tâches de politique monétaire, ne peuvent ni solliciter ni accepter d'instructions du Conseil fédéral, de l'Assemblée fédérale ou d'autres organismes. Afin de garantir cette indépendance également dans le domaine de l'accès à l'information, la BNS ne devrait pas être assujettie à la loi sur la transparence.²² Dans ce contexte, il semble contradictoire que la BNS ne puisse pas décider elle-même de l'accès aux documents qui la concernent, alors que d'autres autorités décident de l'accès aux informations qu'elles ont reçu de la BNS.²³ Il faut y voir une indication que la BNS ne doit pas être considérée comme un privé lors de l'application de la loi sur la transparence, mais que les documents élaborés par la BNS ou qui lui ont été transmis sont dans leur ensemble soustraits de l'accès. Afin d'éviter une application différenciée des deux instituts mentionnés à l'art. 2 al. 2 LTrans, cette construction (du moins son résultat) doit être également applicable à la FINMA.
31. Dans la mesure où les documents visés par la demande d'accès ont été établis par la FINMA ou la BNS sur mandat ou en représentation du SG-DFF ou d'un autre service soumis à la loi sur la transparence, il n'est pas possible d'invoquer pour eux la disposition de l'art. 2 al. 2 LTrans. Le critère central afin d'inclure les documents produits dans le champ d'application de la loi sur la transparence est le fait que les institutions/organisations concernées assument des tâches publiques revenant en temps normal à l'administration centrale, respectivement à des services soumis à la loi sur la transparence. Dans ces circonstances, les institutions/organisations agissent comme le « bras prolongé » desdits services. Si ces documents devaient être soustraits du champ d'application de la loi sur la transparence, le Conseil fédéral ou ses départements seraient libres de vider le principe de la transparence de sa substance en externalisant, au cas par cas, des tâches de l'administration fédérale.²⁴
32. *Conclusion intermédiaire : Selon l'art. 2 al. 2 LTrans, la loi sur la transparence ne s'applique pas à la BNS et à la FINMA, raison pour laquelle les documents qu'elles produisent ou qu'elles ont reçus par d'autres autorités soumises à la loi sur la transparence ne sont pas couverts par le champ d'application de la loi sur la transparence. Le SG-DFF peut, pour ces documents, maintenir son refus d'accès. Sont réservés les documents qui n'ont pas été établis dans le cadre de l'accomplissement des tâches publiques dévolues à la FINMA ou à la BNS, mais qui ont été établis par ces dernières en représentation ou sur mandat d'une autre autorité (cf. ch. 31).*
33. Dans ses prises de position adressées au Préposé, le SG-DFF fait d'abord valoir que les documents demandés sont des informations au sens de l'art. 6 al. 3 OdN-PLB, ce qui exclut l'accès en vertu de la loi sur la transparence. Le SG-DFF poursuit : «Zwar scheint der Wortlaut der Bestimmung nahezulegen, dass der Ausschluss des Zugangs nach BGÖ nur Informationen betrifft, die gestützt auf die PLB-NVO ausgetauscht wurden, mithin den Zugang nur zu Dokumenten ausschliessen soll, die nach dem Inkrafttreten der Verordnung erstellt wurden. Diese am Wortlaut orientierte Auslegung entspricht aber nicht dem Willen des Verordnungsgebers. Dieser wollte

²¹ SÄGESSER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 2, ch.50.

²² FF 2003 1831.

²³ SÄGESSER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 2, ch.53.

²⁴ Voir à ce sujet ATAF 2011/52, consid. 4.2 relatif à l'assujettissement d'une commission d'experts ou d'une commission ad hoc à la loi sur la transparence, dans la mesure où elle assume des tâches publiques qui sont habituellement prises en charge par l'administration centrale.

den Zugang zu Dokumenten im Zusammenhang mit der Ausrichtung von Liquiditätshilfe und der Übernahme der Credit Suisse insgesamt ausschliessen. Ein Grund für eine Unterscheidung zwischen Dokumenten, die vor und nach dem Inkrafttreten der Verordnung erstellt wurden, ist nicht ersichtlich. Der Verordnungsgeber wollte zum einen den ausserordentlich hohen Geheimhaltungsbedürfnissen im Zusammenhang mit diesem Geschäft Rechnung tragen [...], zum andern berücksichtigte er, dass die durch das Geschäft ausserordentlich belasteten beteiligten Behörden vor-derhand nicht in der Lage sind, eine zuverlässige Ausscheidung der äusserst grossen Menge von Dokumenten vorzunehmen, bei denen überwiegende Geheimhaltungsinteressen bestehen. Der Zugang zu Dokumenten im Zusammenhang mit diesem Geschäft ist insgesamt zu verweigern.»

34. Le demandeur en revanche estime, en s'appuyant sur les dires de l'ancien suppléant du PFPDT²⁵, que l'exclusion de la loi sur la transparence par voie d'ordonnance est insuffisante. Il souligne que l'autorité, dans sa prise de position, exclut, sans distinction, les documents établis avant et après l'entrée en vigueur de l'ordonnance, alors que rien ne démontre que l'ensemble des documents demandés sont couverts par le champ d'application de l'art. 6 al. 3 OdN-PLB. Finalement, il ajoute que le recours par le Conseil fédéral au droit de nécessité pour soustraire des activités de la loi sur la transparence n'est pas isolé (pandémie, sauvetage Axpo) alors que, ces activités entraînent la mobilisation de milliards de francs et que cette pratique alimente les spéculations et les indiscretions.²⁶
35. D'après l'art. 6 OdN-PLB, le DFF, la FINMA et la BNS échangent les informations non rendues publiques qui sont nécessaires notamment à l'octroi, à l'administration, à la surveillance et au traitement des prêts d'aide sous forme de liquidités et de garanties du risque de défaillance. Les trois autorités ainsi que le Contrôle fédéral des finances et les tiers chargés de l'exécution de la présente ordonnance peuvent traiter, apparier et se communiquer mutuellement les données personnelles et autres informations, dans la mesure où cela est nécessaire à l'exécution de l'ordonnance, c'est-à-dire à l'octroi, à l'administration, à la surveillance et au traitement des prêts d'aide sous forme de liquidités et de sûretés, ou encore à la surveillance des marchés. Selon l'art. 6 al. 3 de l'ordonnance du 16 mars 2023, l'accès à ces informations et à ces données en vertu de la loi sur la transparence est exclu. Dans le rapport explicatif de l'OdN-PLB il est clairement indiqué que l'al. 3 constitue une disposition spéciale au sens de l'art. 4 let. a LTrans.²⁷
36. Conformément à l'art. 4 LTrans, sont réservées 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), ce qui a pour conséquence que les dispositions de la loi sur la transparence ne sont pas applicables pour l'accès à ces informations.²⁸ De ce fait, il convient en premier lieu de vérifier si, et dans quelle mesure, l'art. 6 al. 3 OdN-PLB doit être qualifié de disposition spéciale au sens de l'art. 4 LTrans et s'il s'oppose à l'application des dispositions de la loi sur la transparence et donc au droit d'accès.
37. L'OdN-PLB est une ordonnance du Conseil fédéral qui s'appuie sur les art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. Dans un premier temps, il sied d'examiner si les dispositions constitutionnelles mentionnées sont une base légale suffisante pour l'art. 6 al. 3 OdN-PLB.
38. Sous le titre « Relations avec l'étranger », l'art. 184 al. 3 Cst. dispose que : lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige, le Conseil fédéral peut adopter les ordonnances et prendre les décisions nécessaires. Les ordonnances sont limitées dans le temps. D'après l'art. 185 Cst. (Sécurité extérieure et sécurité intérieure), le Conseil fédéral peut s'appuyer directement sur le présent article pour édicter des ordonnances et prendre des décisions, en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité inté-

²⁵ Le Temps, Transparence refusée sur Credit Suisse : « L'argument du Département des finances ne tient pas la route », 31 mars 2023, (consultable sous : <https://www.letemps.ch/suisse/transparence-refusee-credit-suisse-largument-departement-finances-ne-tient-route>).

²⁶ Watson, Le Conseil fédéral nous cache des choses sur Credit Suisse, 25 mars 2023, (consultable sous : <https://www.watson.ch/fr/suisse/credit-suisse/889905931-le-conseil-federal-nous-cache-des-choses-sur-credit-suisse>).

²⁷ Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales SIF : Ordonnance sur les prêts d'aide supplémentaires sous forme de liquidités et l'octroi par la Confédération de garanties du risque de défaillance pour les prêts d'aide sous forme de liquidités de la Banque nationale suisse à des banques d'importance systémique, Commentaire, 16 mars 2023 (ci-après : rapport explicatif OdN-PLB), p. 12.

²⁸ Cf. Arrêt du TAF A-1732/2018 du 26 mars 2019, consid. 7.2.

rieure. Ces ordonnances doivent être limitées dans le temps (al. 3). Seules les mesures servant directement à la lutte contre les crises peuvent donc être fondées sur l'art. 185 al. 3 Cst.²⁹ En application de l'art. 185 al. 3 Cst., le Conseil fédéral peut édicter des ordonnances d'exécution et de substitution en l'absence de base légale formelle. Les règles fixées par de telles ordonnances doivent être indispensables, dictées par des impératifs de temps, justifiées par des intérêts publics prépondérants et proportionnées aux circonstances.³⁰ Si le Conseil fédéral agit sur la base de l'art. 184 al. 3 et l'art. 185 al. 3 Cst., les conditions qualifiées de l'art. 185 al. 3 doivent être remplies, faute de quoi les conditions plus strictes pourraient être contournées.³¹

39. Dans le cas de la présente réserve de la loi sur la transparence, au minimum la nécessité et la proportionnalité de celle-ci ne sont pas évidentes pour le Préposé. Compte tenu des exceptions à la loi sur la transparence déjà existantes, qui garantissent notamment, pour autant qu'ils soient fondés, la protection des intérêts publics (prise de décisions par les autorités [art. 7 al. 1 let. a, art. 8 al. 1 et 2 LTrans], intérêts de la politique économique ou monétaire [art. 7 al. 1 let. f LTrans]) et des intérêts privés (secrets professionnels et d'affaires [art. 7 al. 1 let. g LTrans]), la sphère privée et les données personnelles [art. 7 al. 2 et art. 9 LTrans]), le Préposé ne voit pas en quoi des intérêts légitimes ne seraient pas suffisamment protégés, ce que le Conseil fédéral ne démontre par ailleurs pas non plus.³² Dans le cadre du sauvetage d'UBS en 2008, l'ordonnance correspondante relative à la recapitalisation d'UBS SA (RS 611.055), qui a également été édictée par le Conseil fédéral sur la base des art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. ne prévoyait aucune disposition spéciale réservée au sens de l'art. 4 LTrans, ce qui rend également discutable la nécessité d'une telle réserve pour la reprise de Credit Suisse par UBS. De plus, il faut mentionner que, selon le message, il a depuis été renoncé à prolonger la validité de l'art. 6 al. 3 OdN-PLB ainsi qu'à transposer cette disposition dans le droit ordinaire.³³ Ces éléments semblent indiquer que la nécessité d'une réserve dans une loi spéciale n'est pour le moins pas évidente. Enfin, l'exclusion inconditionnelle de la transparence est contraire au principe de la proportionnalité, ce d'autant plus qu'une limitation temporelle, voire matérielle, auraient tout à fait pu être envisagées comme mesures moins contraignantes.
40. En conclusion, le Préposé constate qu'il existe des doutes quant à la constitutionnalité et à la légalité de la disposition de l'art. 6 al. 3 de l'ordonnance du 16 mars 2023, en particulier concernant les conditions de nécessité et de proportionnalité de la disposition en question. Selon la jurisprudence, les tribunaux peuvent et doivent, dans un cas concret d'application, vérifier la légalité des bases juridiques concernées.³⁴ Dans le cadre de la procédure de médiation, ni la loi sur la transparence, ni son ordonnance ne fournissent au Préposé une base juridique lui permettant de vérifier la constitutionnalité de l'art. 6 al. 3 OdN-PLB, raison pour laquelle il laisse aux tribunaux le soin de clarifier cette question.
41. Dans un second temps, il sied d'évaluer si une ordonnance du Conseil fédéral fondée sur les art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. peut prévoir (de manière conforme au droit) une réserve de la loi sur la transparence. Ni la loi sur la transparence, ni les travaux préparatoires ne fournissent d'indications permettant de qualifier les dispositions fondées sur les art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst.

²⁹ Arrêt du TAF B-5990/2020 du 24 juin 2021, consid. 2.2.6.

³⁰ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1996 I 666, p. 426 ; Dans la doctrine, des conditions similaires sont énoncées : l'ordre public, la sécurité intérieure ou extérieure en tant que biens à protéger, l'existence d'un trouble grave imminent ou déjà survenu (urgence matérielle), l'urgence temporelle et l'absence de mesures légales appropriées (subsidiarité) (Urs Saxer, in : Bernhard Ehrenzeller/ Benjamin Schindler, Rainer J. Schweizer/ Klaus A. Vallender (éds.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^{ème} éd., Zurich/Saint-Gall/ Bâle/ Genève [cité : St. Galler BV-Kommentar], art. 185 N71ss).

³¹ SAXER, in: St. Galler BV-Kommentar, Art. 185 N 69.

³² Voir aussi : Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence PFPDT : Le droit de nécessité exclut la loi sur la transparence, brèves du 6 avril 2023 (consultable sous : <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home.html>>Brèves >06.04.2023-Le droit de nécessité exclut la loi sur la transparence).

³³ Cf. Message concernant la modification de la loi sur les banques du 6 septembre 2023, FF 2003 2165, ch. 7.7 ; voir aussi l'actuel OdN-PLB entrée en vigueur le 15 septembre 2023 qui ne comporte plus d'art. 6 et le projet de loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (art. 321 a *contrario*).

³⁴ Arrêt du TAF B-5990/2020 du 24 juin 2021, consid. 2.2.2 avec renvois, dans le lequel le TAF devait évaluer l'ordonnance du 20 mars 2020 sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance COVID-19 assurance-chômage ; RS 837.033) qui était fondée durant toute la période pertinente pour le présent arrêt sur l'art. 185 al. 3 Cst. (consid. 2.2.1) ; selon BIAGGINI, les ordonnances qui se fondent sur l'art. 185 al. 3 Cst. peuvent en principe être examinées par le Tribunal fédéral (contrôle concret des normes) (BIAGGINI, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121/2020 p. 242).

comme des réserves au sens de l'art. 4 LTrans. Les dispositions spéciales réservées au sens d'autres lois fédérales prévues à l'art. 4 LTrans se réfèrent à des lois au sens formel selon l'art. 163 al. 1 Cst.³⁵ L'ordonnance du 16 mars 2023 est, comme déjà mentionné, une ordonnance du Conseil fédéral qui se fonde sur les art. 184 al. 3 et 185 al. 3 Cst. Il ne s'agit donc pas de dispositions édictées par l'Assemblée fédérale sous la forme d'une loi fédérale au sens de l'art. 163 al. 1 Cst., ce qui est en principe, selon le message, une condition préalable à l'adoption d'une réserve à la loi sur la transparence.

42. Le Conseil fédéral peut édicter des ordonnances indépendantes et rendre des décisions, directement en s'appuyant sur l'art. 185 al. 3, Cst., pour faire face à des troubles graves de l'ordre public ou de la sécurité intérieure ou extérieure, survenus ou imminents.³⁶ D'après la jurisprudence et la doctrine, ces ordonnances indépendantes peuvent remplacer une loi au sens formel et contenir des dispositions importantes qui fixent des règles de droit au sens de l'art. 164 al. 1 Cst. ainsi que servir de base à des restrictions graves des droits fondamentaux.³⁷ La base d'habilitation de l'art. 185 al. 3 Cst. permet au Conseil fédéral d'agir à la place du législateur.³⁸
43. *Conclusion intermédiaire : les ordonnances du Conseil fédéral fondées sur l'art. 184 al. 3 Cst. et l'art. 185 al. 3 Cst. peuvent remplacer une loi formelle et peuvent contenir des dispositions importantes fixant des règles de droit au sens de l'art. 164 al. 1 Cst. et servir de base à de graves restrictions des droits fondamentaux. Ce qui précède doit donc également s'appliquer à l'ordonnance du 16 mars 2023, ce qui indique, de l'avis du Préposé, que l'exclusion de la loi sur la transparence par l'art. 6 al. 3 OdN-PLB est en principe juridiquement valable.*
44. Il reste à clarifier le champ d'application temporel et matériel de l'art. 6 al. 3 OdN-PLB. L'ordonnance est entrée en vigueur le 16 mars 2023 à 20h00 (art. 15 al. 1 OdN -PLB). Elle ne contient aucune disposition relative à un effet rétroactif de quelques ou de tous les articles de la loi. Toutefois, dans la partie portant sur l'art. 6 al. 1 OdN-PLB du rapport explicatif, il est mentionné ce qui suit : « Les informations et documents au sujet des faits qui se sont produits avant l'octroi éventuel d'un prêt d'aide sous forme de liquidités assorti d'une garantie du risque de défaillance, tels que l'étendue et les modalités des prêts d'aide extraordinaires ou supplémentaires sous forme de liquidités accordés par la BNS, sont aussi concernés par la disposition s'ils sont nécessaires à l'exécution de l'ordonnance. »³⁹ Se pose par conséquent la question de l'effet rétroactif des dispositions de l'OdN-PLB, en particulier de l'art. 6 al. 3, et partant, de l'exclusion du droit d'accès prévue par la loi sur la transparence pour des documents qui ont été établis ou transmis aux autorités avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 16 mars 2023.
45. La jurisprudence distingue entre la rétroactivité proprement et improprement dite.⁴⁰ La rétroactivité proprement dite désigne le cas où une nouvelle disposition légale est appliquée à des faits entièrement révolus.⁴¹ Suivant la pratique du Tribunal fédéral, elle n'est admise que si elle est expressément prévue dans la base légale concernée ou si elle en découle clairement, si elle est limitée dans le temps, s'il existe de motifs pertinents, qu'elle n'entraîne pas des inégalités choquantes et qu'elle ne porte pas atteinte à des droits acquis.⁴² La rétroactivité improprement dite vaut lorsque le nouveau droit se rattache à un état de fait préexistant ou qu'il ne fait que réévaluer pour l'avenir un état de fait durable.⁴³ Dans ce cas, le nouveau droit s'applique uniquement pour la période

³⁵ FF 2003 1832.

³⁶ Voir aussi SAXER, in: St. Galler BV-Kommentar, Art. 185 N 58.

³⁷ Arrêt du TAF C-1828/2020 du 4 mai 2020, consid. 2.3 avec renvois ; voir aussi ATF 122 IV 258, consid. 2.a avec renvois ; SAXER, in: St. Galler BV-Kommentar, Art. 185 N 89; TSCHANNEN: Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5ème édition 2021, N. 1673.

³⁸ BIAGGINI: OFK – BV Kommentar, 2ème édition. 2017, Art. 185 N 10c.

³⁹ Rapport explicatif OdN-PLB, p. 11.

⁴⁰ ATF 138 I 189, consid. 3.4.

⁴¹ ATAF 2021 V/2, consid. 2.4.4 avec renvois vers la jurisprudence du TF, en particulier ATF 144 I 81, consid. 4.1 ; 138 I 189, consid. 3.4.

⁴² ATF 138 I 189, consid. 3.4 ; 122 V 408 ; 102 Ia 69, consid. 3 ; Arrêt du TAF B-5990/2020 du 24 juin 2021, consid. 2.4.4 avec renvois ; ATAF 2007/25, consid. 3.1 ; voir aussi ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8ème édition. 2020 (cité: Verwaltungsrecht), N 270.

⁴³ ATF 126 V 134, consid. 4a avec renvois ; voir aussi pour plus de détails ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Verwaltungsrecht, N279 ss.

depuis l'entrée en vigueur (ex nunc et pro futuro), sur la base des faits qui se sont produits antérieurement et qui sont encore en cours.⁴⁴

46. L'ordonnance du 16 mars 2023 ne contient pas de disposition explicite réglant la rétroactivité proprement dite. L'art. 15 al. 1 OdN-PLB précise au contraire clairement que l'ordonnance s'applique durant six mois à compter de son entrée en vigueur. Dans la mesure où le SG-DFF fait valoir dans sa prise de position qu'il n'y a pas de distinction à faire entre les documents qui ont été établis avant ou après l'entrée en vigueur de l'ordonnance, il convient de relever que cet argument est avancé sans qu'il ne s'appuie sur une disposition de l'ordonnance, qui ne prévoit rien de tel. Indépendamment de cela, le Préposé ne voit pas non plus - comme l'exige la jurisprudence - d'indice ressortant de la base légale, ou déductible de celle-ci, permettant de conclure qu'une véritable rétroactivité était voulue. Par ailleurs, il manque, pour admettre l'existence d'une rétroactivité proprement dite, de motifs pertinents (voir ch. 39) et d'une limitation temporelle. Les exigences posées par la pratique pour conclure à une rétroactivité proprement dite n'ont pas été suffisamment étayées par le SG-DFF et ne sont pas non plus évidentes pour le Préposé. Même s'il fallait partir du principe d'une rétroactivité improprement dite, l'application des dispositions correspondantes de l'ordonnance à des faits survenus antérieurement ou à des faits permanents est limitée, selon le Tribunal fédéral, au moment suivant l'entrée en vigueur de l'acte législatif.⁴⁵
47. Il faut encore souligner que le Tribunal administratif fédéral s'appuie sur les bases légales en vigueur au moment de l'établissement des documents pour examiner l'existence d'une réserve à la loi sur la transparence.⁴⁶ Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 16 mars 2023, le traitement des informations et des données en rapport avec la reprise de Credit Suisse ne peut pas avoir été régi par l'OdN-PLB, raison pour laquelle l'art. 6 al. 3 OdN-PLB ne s'applique pas aux informations requises.
48. En résumé, le Préposé arrive à la conclusion que la réserve de la loi sur la transparence de l'art. 6 al. 3 OdN-PLB trouve uniquement application durant la période suivant son entrée en vigueur, ou plus précisément pour les documents qui ont été établis ou reçus après le 16 mars 2023, 20h00 (art. 15 al. 1 OdN-PLB).
49. Finalement, il sied de relever que les documents officiels qui étaient soumis à la loi sur la transparence avant le 16 mars 2023, 20h00 y restent soumis également après l'entrée en vigueur de l'OdN-PLB. Cela vaut de la même manière pour les documents qui auraient été retransmis, recommuniqués ou repartagés après le 16 mars 2023, 20h00.
50. Quant au champ d'application matériel, il n'est pas décrit de manière plus détaillée par l'art. 6 al. 3 OdN-PLB. La formulation choisie, à savoir la mention explicite des termes : informations (qui se réfèrent à l'al. 1) et données (qui se réfèrent à l'al. 2), peut tout à fait être comprise comme une référence aux alinéas 1 et 2 qui règlent l'échange d'informations et le traitement des données. Du point de vue de la systématique et en raison du titre de l'art. 6 (échange d'informations et traitement des données), il faut également partir du principe qu'il existe un lien avec les alinéas 1 et 2, qui définissent par conséquent le champ d'application matériel de la réserve. De la même manière, le champ d'application personnel de l'exclusion serait à définir en fonction des autorités et des privés mentionnés dans l'art. 6 al. 1 et 2 de l'ordonnance du 16 mars 2023.
51. En tenant compte de ce qui précède, le Préposé parvient à la conclusion que la réserve de la loi sur la transparence, pour autant qu'elle soit conforme à la Constitution, trouve uniquement application pour la période entre son entrée en vigueur et son abrogation, en l'occurrence pour les documents qui ont été établis ou reçus par l'autorité après le 16 mars 2023 à 20h00 (art. 15 al. 1 OdN-PLB), pour autant qu'ils entrent dans le cadre matériel de l'art. 6 al. 1 et al. 2 OdN-PLB et qu'ils concernent les autorités et les tiers consultés qui y sont mentionnés.
52. *Conclusion intermédiaire : L'accès aux documents officiels qui entrent dans le champ d'application de l'art. 6 al. 3 OdN-PLB au sens mentionné ci-dessus (cf. ch. 51) est exclu par une disposition spéciale d'une autre loi fédérale en application de l'art. 4 (let. a) LTrans, motif pour lequel les*

⁴⁴ ATF 126 V 134, consid. 4a, ATF 119 V 200, consid. 5c, avec renvois.

⁴⁵ Voir chiffre 45, avec référence de la note de bas de page 44.

⁴⁶ Voir à ce sujet arrêt du TAF A-839/2022 du 5 avril 2023, consid. 6.2.1 et 7.8.

dispositions de la loi sur la transparence ne sont pas applicables pour l'accès à ces informations. La loi sur la transparence ne s'appliquant pas, le SG-DFF peut maintenir son refus d'accès. Pour les autres documents mentionnés dans la demande d'accès, leur accessibilité devra être examinée en application des dispositions de la loi sur la transparence.

53. En lien avec la CEP instituée par l'Assemblée fédérale, le SG-DFF mentionne dans sa prise de position du 26 juin 2023 (cf. ch. 13), en se référant à l'art. 171 al. 2 LParl, que la procédure de la CEP n'a aucune influence sur le déroulement des procédures de médiation prévues par la loi sur la transparence, étant donné qu'il ne s'agit ni d'une procédure de droit administratif ni d'une enquête préliminaire en matière pénale. En tout cas, l'art. 171 al. 2 LParl ne prévoit aucune restriction des motifs d'exception de l'art. 7 al. 1 LTrans.
54. Par arrêté fédéral du 8 juin 2023, l'Assemblée fédérale a décidé l'institution d'une commission d'enquête parlementaire en vertu des art. 163 ss LParl.⁴⁷ L'objet de l'enquête parlementaire porte sur la gestion, au cours des dernières années, par le Conseil fédéral, l'administration fédérale et d'autres organes ou personnes auxquels sont confiées des tâches de la Confédération en rapport avec la fusion d'urgence de Credit Suisse avec UBS, pour autant que ceux-ci soient soumis à la haute surveillance parlementaire (art. 2 al. 2 de l'arrêté fédéral). Par conséquent, il existe manifestement une proximité entre l'objet de l'enquête de la CEP et la thématique des documents demandés dans la présente demande d'accès. Il est donc nécessaire de clarifier la question de savoir si l'institution d'une CEP a des conséquences sur le déroulement des procédures (de médiation) selon la loi sur la transparence.
55. Conformément à l'art 171 al. 2 LParl, l'institution d'une commission d'enquête n'empêche pas l'engagement ou la poursuite d'une procédure judiciaire civile ou administrative, d'une enquête pénale préliminaire ou d'une procédure pénale. Une enquête disciplinaire ou administrative de la Confédération ne peut être engagée qu'avec l'autorisation de la commission d'enquête si elle concerne des affaires ou des personnes qui sont ou ont été visées par l'enquête de la commission. Les procédures en cours doivent être interrompues jusqu'à ce que la commission d'enquête autorise leur reprise (art. 171 al. 3 LParl).
56. Ni le texte, ni les travaux préparatoires relatifs aux dispositions pertinentes de la loi sur le Parlement ne s'expriment sur le rapport entre les enquêtes de la CEP et la loi sur la transparence. A partir du moment où une CEP est instituée, les dispositions légales de la loi sur le Parlement ne s'appliquent qu'aux enquêtes disciplinaires ou administratives (art. 171 al. 3 LParl). Il n'y a pas d'indication qui permettrait de conclure que, selon la volonté du législateur, la CEP aurait des effets sur le déroulement des procédures prévues par la loi sur la transparence. De ce fait, il convient en particulier de tenir compte du fait que l'accès aux documents officiels concernant une procédure d'une commission d'enquête ne sont pas exclus du champ d'application matériel de la loi sur la transparence (art. 3 al. 1 let. a LTrans *a contrario*). La CEP a une fonction politique.⁴⁸ Selon l'art. 3 al. 1 let. a LTrans, sont uniquement exclues du champ d'application matériel de la loi sur la transparence diverses procédures judiciaires.⁴⁹ De l'appréciation du Préposé, la loi sur la transparence ne s'applique pas non plus à des enquêtes de la Commission de gestion (CDG).⁵⁰
57. *Conclusion intermédiaire : Dans l'ensemble, le Préposé arrive à la conclusion que l'institution d'une CEP n'a pas d'incidence sur la conduite des procédures selon la loi sur la transparence.*
58. Le SG-DFF se fonde pour refuser l'accès, respectivement le différer, premièrement sur l'exception de l'art. 7 al. 1 let. a LTrans, puis en plus sur les let. b, c, d, f et g LTrans. Pour reconnaître la réalisation d'une ou plusieurs dispositions de l'art. 7 al. 1 LTrans, deux conditions préalables doivent être cumulativement remplies : D'une part, la divulgation doit porter gravement atteinte à l'intérêt invoqué par l'autorité ; une simple conséquence mineure ou désagréable n'est pas considérée comme une atteinte. D'autre part, il doit exister un risque sérieux que l'atteinte se produise. Si un tel risque est uniquement envisageable ou vaguement probable, l'accès n'ose pas être

⁴⁷ FF 2023 1369, Art. 1.

⁴⁸ Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 1^{er} mars 2001, Titre 9, p. 125.

⁴⁹ Cf. Arrêt du TF 1C_333/2020 du 22 octobre 2021, consid. 5.1.2.

⁵⁰ PFPDT, Recommandation du 3 mai 2022: GS-EDI / Verschiedene Unterlagen, ch. 6.

refusé. Le mécanisme de protection des intérêts au maintien du secret ancré dans la loi sur la transparence, conformément à l'art. 7 al. 1 LTrans, repose uniquement sur l'existence ou l'absence d'un risque de dommage. Toutefois, un risque abstrait de menace des intérêts en jeu n'est pas suffisant. La doctrine exige que la menace d'atteinte résultant de la divulgation soit d'une certaine importance et qu'il existe un risque sérieux qu'elle se produise. Cette condition doit être considérée comme remplie lorsque, selon le cours ordinaire des choses, il y a une grande probabilité que le dommage se produise. Selon le message relatif à la loi sur la transparence, il suffit qu'il existe une certaine vraisemblance que l'accès à un document officiel porte atteinte à l'un des intérêts énumérés à l'art. 7 LTrans. Selon le Tribunal fédéral, l'atteinte à l'intérêt privé ou public, en raison de l'accès accordé aux documents demandés, doit paraître vraisemblable. Toute conséquence mineure ou désagréable ne suffit pas pour être considérée comme une atteinte.⁵¹

59. En vertu du principe de la transparence ancré à l'art. 6 LTrans, il existe une présomption légale réfragable en faveur du libre accès aux documents officiels.⁵² L'autorité saisie de la demande doit donner accès aux documents officiels ou fournir les renseignements demandés sur leur contenu, à moins qu'elle ne puisse prouver qu'une exception au sens de l'art. 7 al. 1 LTrans est réalisée, qu'il s'agit d'un cas particulier de l'art. 8 LTrans ou que la sphère privée ou des données personnelles (art. 7 al. 2 LTrans en relation avec l'art. 9 LTrans) doivent être protégées. L'autorité compétente porte le fardeau de la preuve relatif au renversement de la présomption du libre accès aux documents officiels. Si elle ne parvient pas à le renverser, l'accès doit en principe être accordé.⁵³
60. Dans sa prise de position du 26 juin 2023 (voir ch. 13), le SG-DFF renvoie à la CEP instituée par l'Assemblée fédérale, dont la tâche consistera entre autres à examiner et à évaluer les documents en rapport avec la reprise de Credit Suisse. Cette évaluation ne peut pas se dérouler sans influence si, par exemple, des dossiers incomplets (notamment car des informations auraient été caviardées pour maintenir le secret) font ensuite l'objet, dans les médias, d'articles qui influencent l'opinion publique. L'octroi de l'accès à des documents en rapport avec les événements liés à la reprise de Credit Suisse porterait atteinte à la libre formation de l'opinion et de la volonté de la CEP, raison pour laquelle, en application de l'art. 7 al. 1 let. a LTrans, l'accès doit être différé au moins jusqu'à la fin des travaux de la CEP, afin de préserver la libre formation de son opinion et de sa volonté.
61. Dans sa prise de position du 18 août 2023, le demandeur indique que l'institution d'une CEP est certes historique mais qu'elle ne saurait se substituer au travail des médias, leur rôle étant totalement différent. Une CEP ne doit, de l'avis du demandeur, pas entraver l'accès aux documents essentiels au travail journalistique. Il rappelle également que le principe de la proportionnalité doit être pris en compte.
62. Selon l'art. 7 al. 1 let. a LTrans, l'accès aux documents officiels peut être limité, différé ou refusé lorsque sa divulgation est susceptible de porter notablement atteinte au processus de libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité soumise à la loi sur la transparence, d'un autre organe législatif ou administratif, ou d'une instance judiciaire. Selon le message relatif à la loi sur la transparence⁵⁴, la protection de la libre formation de l'opinion et de la volonté vise à empêcher que l'administration ne soit soumise à une trop forte pression du public par une divulgation prématurée d'informations pendant un processus de décision, ce qui pourrait l'empêcher de se forger une opinion et une volonté propres en sérénité. L'accès doit porter notablement atteinte à la libre formation de l'opinion et de la volonté. La simple possibilité que la publication puisse déclencher un débat nourri et controversé n'est pas suffisante pour considérer cette condition comme remplie. Selon le message et la jurisprudence, tout retard ou complication dans le processus de décision

⁵¹ ATF 133 II 209, consid. 2.3.3; concernant le risque de dommage voir: COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 7 N. 4; ATF 142 II 324, consid. 3.4 et FF 2003 1848.

⁵² ATF 142 II 340, consid. 2.2.

⁵³ Arrêt du TAF A-6291/2913 du 28 octobre 2014 ; consid. 7.2.3 avec renvois.

⁵⁴ FF 2003 1849.

en raison d'un débat public ne doit pas automatiquement être considéré comme une atteinte notable du processus de libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité.⁵⁵ En outre, le seuil pour l'admission d'une atteinte est plus élevé pour l'art. 7 al. 1 let. a LTrans que celui des autres dispositions d'exception dans la mesure où une atteinte notable est exigée pour pouvoir restreindre l'accès.⁵⁶

63. Une CEP peut être instituée lorsque surviennent des événements d'une grande portée sur lesquels il est indispensable de faire la lumière (art. 163 al. 1 LParl). L'enquête de la CEP porte sur la gestion au cours des dernières années par le Conseil fédéral, l'administration fédérale et d'autres organes ou personnes auxquels sont confiées des tâches de la Confédération en rapport avec la fusion d'urgence de Credit Suisse avec UBS, pour autant que ceux-ci soient soumis à la haute surveillance parlementaire. L'examen porte sur la légalité, l'opportunité et l'efficacité des activités des autorités et organes désignés, ainsi que sur la collaboration de ces autorités et organes entre eux et avec des tiers.⁵⁷ Les travaux d'enquête proprement dits comprendront notamment l'appréciation des documents pertinents.⁵⁸ La CEP fait rapport aux deux conseils sur les résultats de ses travaux et, le cas échéant, sur les responsabilités et les lacunes constatées sur le plan institutionnel.⁵⁹ Le mandat attribué à la CEP est formulé de manière large ce qui lui permet de prendre en considération tous les organes et toutes les autorités concernés. La période à examiner est également très étendue et comprend au moins les événements survenus entre l'année 2015 et la mise en œuvre de la fusion d'urgence.⁶⁰ De ce fait, la quantité de documents concernés par l'enquête est aussi très vaste. Le SG-DFF a, à la demande du PFPDT, expressément confirmé que tous les documents relatifs à la demande d'accès ont été transmis à la CEP et a estimé que l'octroi de l'accès demandé risquait par conséquent de compromettre la libre formation de l'opinion et de la volonté de la CEP.
64. Afin de ne pas s'exposer à des pressions extérieures inutiles durant le traitement politique de ce thème complexe, la CEP s'abstient, notamment en vertu de l'obligation de garder le secret selon l'art. 169 LParl, de donner des informations sur les documents reçus et leur contenu.⁶¹ Compte tenu de l'indignation généralisée suscitée par la chute de Credit Suisse et des conséquences de sa reprise par UBS, la formation de l'opinion et de la volonté de la CEP se fait dans un contexte très médiatisé où, en raison de la pression des attentes, une forte demande d'informations existe ce qui pourrait mener à anticiper les conclusions et les appréciations attendues de la CEP. Conformément à l'opinion défendue dans la doctrine selon laquelle la divulgation ne peut être empêchée que pour les dossiers complexes, controversés ou délicats qui nécessitent un processus de réflexion et de maturation⁶², le Préposé ne peut pas exclure, dans ce contexte, que même des documents ayant un contenu informatif limité pourraient donner lieu à des spéculations et que ces dernières soient à même d'influencer notablement la libre formation de l'opinion et de la volonté de la CEP. Toutefois, le PFPDT doit laisser le soin à l'autorité compétente de distinguer et de trier les différents types de documents demandés⁶³, ce d'autant plus que le SG-DFF n'a, jusqu'à présent, pas entrepris cette démarche dans sa prise de position.
65. *Conclusion intermédiaire : Le Préposé estime qu'il est suffisamment plausible que la divulgation de certains documents ou de certaines informations en rapport avec les événements liés à la reprise de Credit Suisse puisse entraver de manière notable la libre formation de l'opinion et*

⁵⁵ FF 2003 1849 ; Arrêt du TAF A-62921/2013 du 28 octobre 2014, consid. 7.2.3 avec renvois.

⁵⁶ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 7, N 15.

⁵⁷ FF 2023 1369, Art. 2.

⁵⁸ La Commission d'enquête parlementaire « Gestion par les autorités – fusion d'urgence de Credit Suisse » est dans les temps, communiqué de presse du 8 septembre 2023 (cité : CEP, Communiqué de presse du 8 septembre 2023) consultable sous : <https://www.parlament.ch> > services > actualités > communiqué de presse > La Commission d'enquête parlementaire « Gestion par les autorités – fusion d'urgence de Credit Suisse » est dans les temps [consulté le 8 novembre 2023].

⁵⁹ FF 2003 1269, Art. 3.

⁶⁰ CEP, Communiqué de presse du 8 septembre 2023.

⁶¹ CEP-Gestion par les autorités fusion d'urgence de Credit Suisse : Information et communication de la Commission d'enquête parlementaire, directives du 13 juillet 2023, ch. 3.2. (consultable sous : www.parlament.ch > organe > commissions > commissions de surveillance > CEP - gestion par les autorités – fusion d'urgence de Credit suisse > Documents [consulté le : 8 novembre 2023]).

⁶² COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 7 N 15.

⁶³ Voir Arrêt du TAF A-1051/2022 du 29 août 2023, consid. 10.2.

de la volonté de la CEP. Par conséquent, le Préposé recommande au SG-DFF, en application de l'art. 7 al. 1 let. a LTrans, de différer, jusqu'à la fin des travaux de la CEP, l'accès aux documents dont la divulgation pourrait entraver notablement la formation de l'opinion et de la volonté de la CEP. Avant cela, le SG-DFF doit toutefois, dans le cadre d'un tri, identifier et écarter les documents qui ne remplissent pas les exigences posées par la jurisprudence pour l'application de l'art. 7 al. 1 let. a LTrans.

66. Il reste à examiner, d'une part, l'accessibilité des documents qui ne seraient dès à présent pas concernés par l'exception de l'art. 7 al. 1 let. a LTrans et, d'autre part, l'accessibilité, après la fin des travaux de la CEP et donc la disparition du motif de report (cf. ch. 65), des documents officiels qui entrent dans le champ d'application de la loi sur la transparence et qui sont pour l'instant concernés par l'exception de l'art. 7 al. 1 let. a LTrans.
67. Le SG-DFF relève dans sa prise de position du 26 juin 2023 que l'accès aux documents porterait atteinte aux mesures prises visant à maintenir la stabilité du marché financier et entraverait partant, l'exécution de mesures concrètes prises par les autorités conformément à leurs objectifs. Etant donné qu'un accès partiel déclencherait immédiatement des spéculations sur les raisons ayant mené au choix de divulguer ou non tel ou tel document, l'accès devrait, de l'avis de l'autorité, être totalement refusé sur la base de l'art. 7 al. 1 let. b LTrans.
68. Selon l'art. 7 al. 1 let. b LTrans, le droit d'accès est limité, différé ou refusé lorsque sa transmission entrave l'exécution de mesures concrètes prises par l'autorité conformément à ses objectifs. Cette exception garantit que des informations peuvent être gardées secrètes lorsqu'elles servent à la préparation de mesures concrètes d'une autorité (par ex. inspections ou mesures de surveillance). D'après la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, l'art. 7 al. 1 let. b LTrans s'applique à des mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité et il faut à cet égard exiger «dass im Zeitpunkt der Beurteilung des Zugangsgesuchs die Durchführung einer (oder von einzelnen) klar definierten behördlichen Massnahme beeinträchtigt zu werden droht.»⁶⁴ L'exception ne doit être admise que si la mesure concrète prise par l'autorité est sérieusement compromise par la divulgation de l'information⁶⁵ et que le fait de maintenir secrète l'information est la condition permettant le succès de ladite mesure. En d'autres termes, le secret de cette mesure doit représenter la clé de son succès.⁶⁶ Sont protégées en particulier les mesures de surveillance, les inspections et les surveillances administratives, au moyen desquelles il est possible de s'assurer que les citoyens respectent la loi. Ne sont pas couvertes par l'art. 7 al. 1 let. b LTrans l'exécution des tâches courantes ou l'activité de surveillance d'une autorité dans son ensemble.⁶⁷
69. Le SG-DFF se limite à des indications générales concernant les mesures prises pour maintenir la stabilité du marché financier, sans démontrer plus en détail de quelle manière les documents demandés ont un lien direct avec des mesures concrètes en cours prises par les autorités et dans quelle mesure leur divulgation pourrait nuire à leur exécution ou influencer leur résultat. Sur son site internet, le DFF explique que la reprise de Credit Suisse par UBS et les mesures d'accompagnement prises par l'Etat ont permis de stabiliser durablement le système financier. De ce fait, le DFF indique « les mesures d'urgence visant à préserver la stabilité financière [ont] donc [pris] fin, et la Confédération et les contribuables n'encourent plus aucun risque lié à ces garanties »⁶⁸. En tenant compte de ce qui précède, le Préposé ne voit donc pas, le SG-DFF n'ayant pas fourni d'éléments complémentaires sur ce point, quelles mesures concrètes prises par une autorité seraient concernées et devraient être protégées. Dans l'ensemble, le Préposé ne voit pas dans quelle mesure les documents demandés seraient à même, s'ils étaient divulgués, d'entraver la préparation ou l'exécution d'une mesure concrète du SG-DFF.

⁶⁴ Arrêt du TAF A-4571/2015 du 10 août 2016, consid. 6.1.

⁶⁵ ATF 144 II 77, consid. 4.3.

⁶⁶ Arrêts du TAF A-3443/2010 du 18 octobre 2010, consid. 5.2 ; A-700/2015 du 26 mai 2015, consid. 5.1.

⁶⁷ Arrêts du TAF A-2373/2022 du 30 juin 2023, consid. 4.4.1 s ; A-407/2919 du 14 mai 2020, consid. 6.1 ; A-4571/2915 du 10 août 2016, consid. 6.1 ; A-683/2916 du 20 octobre 2016, consid. 5.4.2.

⁶⁸ Département fédéral des finances DFF : Credit Suisse/UBS : fin de toutes les garanties de la Confédération, communiqué du DFF du 11 août 2023 (consultable sous : www.efd.admin.ch > Le DFF > Communiqués du DFF > Credit Suisse/UBS : fin de toutes les garanties de la Confédération).

70. *Conclusion intermédiaire* : Puisque l'autorité, qui porte le fardeau de la preuve, n'est pour l'instant pas parvenue à démontrer la réalisation des éléments constitutifs avec le degré de preuve nécessaire exigé par la jurisprudence, le Préposé considère que l'exception de l'art. 7 al. 1 let. b LTrans n'est pas donnée.
71. Le SG-DFF, dans sa prise de position du 14 avril 2023 (cf. ch. 4), indique que la divulgation des informations demandées risquait de compromettre la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse et qu'il convient de refuser l'accès en application de l'art. 7 al. 1 let. c LTrans.
72. D'après l'art. 7 al. 1 let. c LTrans, le droit d'accès peut être limité, différé ou refusé, lorsque l'accès à un document officiel risque de compromettre la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse. Selon le message de la loi sur la transparence⁶⁹, cette disposition vise essentiellement les activités policières, douanières, de renseignement et militaires. Elle permet de maintenir secrètes les mesures destinées à préserver l'activité du gouvernement en cas de situation extraordinaire, d'assurer l'approvisionnement économique ainsi que les informations sur des détails techniques ou sur l'entretien de matériel d'armement, ou de celer les informations qui conduiraient à entraver la sécurité d'infrastructures importantes ou à mettre en danger les personnes, si elles étaient rendues accessibles. En outre, selon la jurisprudence,⁷⁰ pour l'application de cette disposition, l'autorité active n'est pas déterminante, seuls le sont les intérêts et les biens juridiques menacés. La sécurité doit ici être comprise comme l'inviolabilité des biens juridiques des individus, de l'Etat et de ses institutions ainsi que de l'ordre juridique dans son ensemble. La sécurité intérieure et extérieure de la Suisse peut être mise en danger par des attaques et des menaces telles que la criminalité dans son ensemble, l'extrémisme et le terrorisme, ainsi que par des activités militaires et de renseignement. Toutefois, selon la jurisprudence, même si les objectifs de sécurité sont légitimes, il convient d'examiner soigneusement si la divulgation des documents demandés pourrait sérieusement compromettre la sécurité publique.⁷¹
73. Le SG-DFF s'est contenté de mentionner l'exception de l'art. 7 al. 1 let. c LTrans sans justifier pour quels motifs et de quelle manière la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse risquait d'être sérieusement compromise par la divulgation des informations demandées.
74. *Conclusion intermédiaire* : Le Préposé constate que le SG-DFF s'est contenté d'une simple mention de l'art. 7 al. 1 let. c LTrans et que sa motivation n'atteint, pour l'instant, pas le degré de motivation suffisant exigé par la jurisprudence. Partant, le SG-DFF n'ayant pas suffisamment prouvé la réalisation des éléments constitutifs de l'art. 7 al. 1 let. c LTrans, la présomption en faveur du libre accès n'a pas été renversée.
75. Le SG-DFF fait en outre valoir que l'accès aux documents demandés doit être refusé en application de l'art. 7 al. 1 let. d LTrans. Il explique qu'un accès aux documents permettrait de déduire si des discussions confidentielles ont été menées avec des partenaires internationaux et, le cas échéant, lesquelles, ce qui aurait pour conséquence de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales.
76. L'art. 7 al. 1 let. d LTrans s'applique lorsque l'octroi de l'accès aux documents officiels risque de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales. Cela vaut non seulement pour les intérêts purement nationaux, mais aussi, dans le cadre des relations internationales de la Suisse, pour les informations échangées avec d'autres Etats ou provenant de ceux-ci et pour lesquelles ces Etats peuvent avoir un intérêt au secret.⁷² En principe, tous les domaines en matière de politique extérieure peuvent être concernés pour autant qu'ils génèrent des informations officielles et que ces dernières ne doivent pas être dévoilées dans l'intérêt de la Confédération. Il peut ainsi s'agir de relations juridiques, politiques, économiques, culturelles, sociales ou militaires (etc.). Outre des documents de la Suisse, peuvent également être concernés des documents d'autorités étrangères, d'entreprises ou de ressortissants étrangers. Le préjudice peut résulter directement de la divulgation de l'information ou indirectement

⁶⁹ FF 2003 1851.

⁷⁰ Arrêt du TAF A-407/2019 du 14 mai 2020, consid. 5.1, avec renvois.

⁷¹ Arrêt du TAF A-407/2019 du 14 mai 2020, consid. 5.1, avec renvois.

⁷² Arrêt du TF 1C_462/2018 du 17 avril 2019, consid. 5.2.

de l'irritation d'un Etat face à la publication d'informations le concernant ou concernant ses ressortissants.⁷³ Le préjudice redouté en cas de divulgation des données doit toutefois être important et présenter un risque sérieux de survenance.⁷⁴

77. Dans ce contexte, il convient de tenir compte du fait que, selon la jurisprudence, il découle de la nature des décisions à caractère politique, et en particulier de politique étrangère, de n'être que partiellement soumises au contrôle judiciaire, étant donné qu'elles ne reposent pas uniquement sur des critères juridiques, mais en partie sur des critères politiques. Les instances judiciaires font preuve d'une certaine retenue dans l'examen de telles décisions. Celle-ci ne porte toutefois pas sur l'appréciation juridique du litige. Seule l'opportunité politique de la décision est prise en compte. Là encore, les autorités exécutives n'ont pas carte blanche, leurs décisions doivent au moins être compréhensibles, conformes au droit et rester objectives. Les autorités exécutives doivent utiliser leur marge d'appréciation conformément à leur devoir.⁷⁵
78. Pour autant que les documents contiennent des informations sur des discussions confidentielles avec des partenaires internationaux et qu'il existe intérêt considérable à maintenir ces informations secrètes, il paraît plausible que la divulgation de tels contenus puisse porter atteinte aux relations bilatérales. Néanmoins, le SG-DFF n'indique pas quelles informations seraient spécifiquement concernées et se limite à des remarques d'ordre général. De plus, le SG-DFF n'a, jusqu'à présent, pas démontré que des partenaires internationaux ou des autorités étrangères s'opposent à la divulgation et quels aspects cela concernerait concrètement. Dans tous les cas, il est difficile de voir pourquoi l'exception prévue à l'art. 7 al. 1 let. d LTrans s'appliquerait à des contenus qui n'ont aucun lien avec le contexte international. Les arguments du SG-DFF portent intégralement sur l'ensemble des documents. Ainsi, de l'avis du Préposé, le degré de motivation requis pour refuser un accès complet n'est pas suffisant. Même si les arguments présentés ont une certaine force de persuasion, ils ne le sont pas suffisamment pour justifier un refus total de la demande d'accès. Il manque en particulier des explications concrètes sur les raisons pour lesquelles un accès limité ne peut être accordé en application du principe de la proportionnalité.⁷⁶ Dans l'ensemble, au vu des circonstances particulières liées à cette situation extraordinaire, il est compréhensible que la divulgation de certaines informations soit susceptible de porter atteinte aux intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure ou à ses relations internationales. Cependant, les arguments de nature générale avancés par le SG-DFF durant la procédure de médiation ne suffisent pas, pour le moment, à justifier l'applicabilité de l'art. 7 al. 1 let. d LTrans.
79. *Conclusion intermédiaire : Le Préposé ne peut pas exclure que certaines informations contenues dans les documents demandés soient susceptibles de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales. Toutefois, il constate que le degré de motivation exigé par la jurisprudence n'a pour l'instant pas été atteint. En conséquence, l'exception de l'art. 7 al. 1 let. d LTrans ne s'applique pas, de l'avis du Préposé.*
80. Dans sa prise de position du 26 juin 2023, le SG-DFF mentionne en outre que, dans le cadre de la reprise de Credit Suisse par UBS, la Confédération est menacée par une multitude de prétentions en matière de responsabilité qui ont été publiquement annoncées et dont les montants se chiffrent en milliards. Il existe un risque que les documents rendus accessibles soient sortis de leur contexte et utilisés dans des procès contre la Confédération, ce qui compromettrait les intérêts de la politique économique ou monétaire de la Suisse (art. 7 al. 1 let. f LTrans).
81. L'exception de l'art. 7 al. 1 let. f LTrans protège les intérêts de la politique économique ou monétaire de la Suisse. Les intérêts économiques de la Suisse sont principalement touchés lorsque la Confédération risque d'être désavantagée sur le plan de la concurrence. En d'autres termes, lorsque la divulgation des documents officiels lui porterait préjudice.⁷⁷ Cette exception doit garantir

⁷³ Recommandation du PFPDT du 10 novembre 2014 : BJ / Korrespondenz, ch. 40.

⁷⁴ Arrêt du TAF A-4494/2020 du 20 avril 2021, consid. 5.2 avec renvois.

⁷⁵ Arrêt du TF 1C_462/2918 du 17 avril 2019, consid. 5.4 ; ATF 142 II 313, consid. 4.3.

⁷⁶ Voir arrêt du TF 1C_14/2016 du 23 juin 2016, consid. 3.6 avec renvoi à HÄNER, Handkommentar BGÖ Art. 15, N8.

⁷⁷ Voir à ce sujet SCHOCH, Kommentar Informationsfreiheitsgesetz IFG, § 3 ch. 6 IFG.

que la Confédération puisse élaborer des stratégies correspondantes sans pression externe. La doctrine se prononce en faveur d'une application restrictive de cette exception.⁷⁸

82. Concernant l'art. 7 al. 1 let. f LTrans, le SG-DFF ne démontre, pour l'instant, pas concrètement dans quelle mesure la divulgation des documents officiels peut porter gravement atteinte aux intérêts de la politique économique ou monétaire de la Suisse et ne prouve pas l'existence d'un risque sérieux que le préjudice se produise. Hormis une argumentation générale selon laquelle les informations pourraient être sorties de leur contexte et utilisées dans des procès contre la Confédération suisse, il manque des éléments concrets permettant de soutenir la position de l'autorité. Des considérations générales ou de principe ne suffisent généralement pas à restreindre le droit d'accès en application de l'art. 7 LTrans.⁷⁹ L'argument selon lequel la divulgation des documents demandés pourrait mettre en danger les intérêts de la politique économique ou monétaire de la Suisse peut convaincre dans une certaine mesure pour quelques informations. Toutefois, les explications présentées sont, pour l'instant, si générales qu'elles ne peuvent pas justifier un refus total d'accès, même dans la situation exceptionnelle du cas d'espèce.
83. *Conclusion intermédiaire : Le Préposé ne peut, en l'espèce, pas exclure que certains contenus, s'ils étaient dévoilés, puissent compromettre les intérêts de la politique économique ou monétaire de la Suisse. Il constate cependant que les arguments du SG-DFF n'atteignent, pour l'instant, pas le degré de motivation exigé par la jurisprudence. De ce fait, le SG-DFF n'a pas suffisamment prouvé la réalisation des éléments constitutifs de l'art. 7 al. 1 let. f LTrans, c'est pourquoi la présomption en faveur du libre accès n'a pas été renversée.*
84. Le SG-DFF, dans sa prise de position du 26 juin 2023, justifie son refus d'accès également par le fait que les banques concernées ont divulgué de nombreuses informations et que les documents demandés permettent de tirer des conclusions sur des informations confidentielles, et ce même, si elles ne sont pas directement contenues dans les documents demandés. Il existerait donc un risque de révéler des secrets d'affaires des banques impliquées, raisons pour laquelle l'accès devrait aussi être refusé sur la base de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans.
85. En application de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans, l'accès peut être limité, différé ou refusé lorsqu'il risque de révéler des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication. Le terme « secret d'affaires » n'est pas légalement défini. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, est considérée comme secret d'affaires, toute information qui a un lien avec l'entreprise concernée, qui est relativement inconnue, c'est-à-dire qui n'est ni notoire ni facilement accessible au public, que le détenteur du secret ne veut pas divulguer (intérêt subjectif) et pour laquelle il existe un intérêt fondé au maintien du secret (intérêt objectif).⁸⁰
86. Toutefois, toutes les informations commerciales ne sont pas couvertes par la notion de secret, mais uniquement les données essentielles dont la connaissance pour la concurrence entraînerait des distorsions du marché et conduirait à ce qu'un avantage concurrentiel soit retiré à l'entreprise concernée ou à un désavantage concurrentiel et donc un dommage. L'objet du secret d'affaires doit concerner des informations commerciales pertinentes. Il peut s'agir, en particulier, d'informations relatives aux sources d'achat et d'approvisionnement, à l'organisation de l'entreprise, au calcul des prix, aux stratégies commerciales, aux business plans et aux listes des clients et des relations en découlant, et qui ont un caractère commercial ou d'exploitation. Le critère décisif est de déterminer si cette information pourrait avoir des effets sur le résultat d'exploitation ou, en d'autres termes, si cette information aura un impact sur la compétitivité de l'entreprise, si elle est rendue accessible à des tiers. Une mise en danger abstraite est insuffisante.⁸¹ La violation du secret d'affaires par la publication des documents concernés doit présenter une certaine vraisemblance, une menace qui serait seulement envisageable ou possible ne suffit pas. Une conséquence mineure ou simplement désagréable engendrée par l'accès aux documents officiels ne saurait constituer une atteinte, comme par exemple du travail supplémentaire ou une attention

⁷⁸ COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 7, N 39.

⁷⁹ Arrêt du TAF A-7495/2014 du 23 novembre 2015, consid. 6.3.

⁸⁰ Arrêt du TF 1C_665/2017 du 16 janvier 2019, consid. 3.3.

⁸¹ Arrêt du TF 1C_665/2017 du 16 janvier 2019, consid. 3.3 ; Arrêt du TAF A-3367/2017 du 3 avril 2018, consid. 7.4.

particulière du public. La menace d'atteinte doit être grave et sérieuse.⁸² On ne peut pas parler d'un intérêt légitime au maintien du secret lorsque les intérêts privés sont en contradiction avec l'ordre juridique.⁸³

87. Le fardeau de la preuve relatif à l'existence d'un secret d'affaires ou de fabrication incombe à l'autorité compétente ou plutôt au détenteur du secret (tiers consulté).⁸⁴ Selon la jurisprudence constante, un simple renvoi général au secret d'affaires ne suffit pas ; le maître du secret ou l'autorité compétente doit démontrer concrètement et en détail dans quelle mesure une information est protégée par le secret d'affaires.⁸⁵ Si la preuve fait défaut, l'accès doit en principe être accordé.⁸⁶ Le principe de la proportionnalité doit également être respecté : Si une limitation de l'accès s'avère justifiée, l'autorité doit choisir la forme portant la moins atteinte au principe de la transparence.⁸⁷
88. Quant aux documents demandés par le demandeur, le SG-DFF se contente d'affirmer, sans plus de précisions matérielles, qu'ils pourraient permettre de tirer des conclusions sur des informations confidentielles. Cette affirmation peut uniquement être considérée comme la volonté subjective du SG-DFF de maintenir le secret et non comme la volonté subjective du tiers consulté, ce qui n'est pas contesté en l'espèce. Il n'est pas non plus contesté que les informations demandées par le demandeur ne sont ni notoires ni accessibles à tous. Par ailleurs, il ne faut voir dans l'argumentaire du SG-DFF rien de plus qu'une référence générale à la présence éventuelle de secrets d'affaires dans les documents.
89. *Conclusion intermédiaire : Le SG-DFF n'a, jusqu'à présent, pas démontré avec le degré de motivation exigé par la jurisprudence dans quelle mesure l'accès aux documents officiels procure un avantage important aux concurrents des banques concernées, c'est-à-dire quelle distorsion concrète de la concurrence est à craindre au détriment de l'une des banques concernées. Dans la procédure de médiation, il manque donc la preuve d'un risque sérieux de préjudice et, par conséquent, de l'intérêt objectif au maintien du secret. Dans l'ensemble, le Préposé estime partant que les éléments constitutifs de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans ne sont pas réalisés. La présomption légale en faveur de l'accès n'est pas renversée.*
90. Enfin, le Préposé relève que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les tiers concernés ou les détenteurs du secret doivent être consultés préalablement à la divulgation d'informations susceptibles de constituer des secrets d'affaires, à moins qu'il soit exceptionnellement possible de renoncer à cette consultation.⁸⁸
91. Dans sa prise de position du 14 avril 2023 (cf. ch. 4), le SG-DFF a expliqué qu'une partie des documents demandés faisait partie de la procédure de co-rapport et que, pour ce motif aussi, ils ne devaient pas être accessibles en application de la loi sur la transparence. Le SG-DFF s'appuie ainsi sur l'art. 8 al.1 LTrans pour justifier son refus d'accès.
92. En règle générale, selon l'art. 3 al. 1 de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA ; RS 172.010.1), le Conseil fédéral prend ses décisions en se fondant sur des propositions écrites et après la conclusion de la procédure de co-rapport. En vertu de l'art. 8 al. 1 LTrans, le droit d'accès n'est pas reconnu pour les documents officiels afférents à la procédure de co-rapport. Le but de ce refus d'accès est de préserver le principe de collégialité au sens de l'art. 12 LOGA ainsi que la libre formation de la volonté et de l'opinion du Conseil fédéral.⁸⁹ L'exclusion du droit d'accès à ces documents est définitive.⁹⁰

⁸² Arrêt du TAF A-199/2018 du 18 avril 2019, consid. 3.2.2.

⁸³ SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, 2ème éd., Munich 2016, § 6 N 96 ss.

⁸⁴ Arrêt du TAF A-199/2018 du 18 avril 2019, consid. 4.3.2.

⁸⁵ Arrêt du TAF A-1432/2016 du 5 avril 2017, consid. 5.4.

⁸⁶ Arrêt du TAF A-1732/2018 du 26 mars 2019, consid. 8.

⁸⁷ Arrêt du TAF A-199/2018 du 18 avril 2019, consid. 3.2.2.

⁸⁸ Arrêt du TF 1C_222/2018 du 21 mars 2019, consid. 3.4s.

⁸⁹ HÄNER, Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz (cité : BSK BGÖ), 3ème éd., Bâle 2014, Art. 8 N 2 avec le renvoi à la recommandation du PFPDT du 28 mai 2013.

⁹⁰ Arrêt du TAF A-2070/2017 du 16 mai 2018, consid. 4.3.4.2.

93. La procédure de co-rapport est la dernière étape de la procédure avant une décision du Conseil fédéral. Elle prévoit que les affaires sur lesquelles le Conseil fédéral doit se prononcer soient soumises à ses membres pour co-rapport, respectivement pour prise de position. La procédure de co-rapport commence, selon l'art. 5 al. 1bis OLOGA, le jour où le département compétent signe sa proposition. Le département responsable remet la proposition signée au Conseil fédéral à la Chancellerie fédérale en vue de l'ouverture de la procédure de co-rapport. La procédure de co-rapport se termine avec la décision formelle du Conseil fédéral (arrêté du Conseil fédéral).
94. La formulation de l'art. 8 al. 1 LTrans correspond à la définition légale de la procédure de co-rapport de la LOGA, mais ne concerne, selon la jurisprudence, qu'une partie de cette procédure. L'exception de l'art. 8 al. 1 LTrans comprend tous les documents élaborés pendant la procédure de co-rapport qui servent à préparer la décision du Conseil fédéral, comme les co-rapports des autres départements et les échanges ultérieurs d'écritures (répliques et duplicques), y compris les propositions formalisées émanant des offices consultés⁹¹, ainsi que les notes personnelles des conseillers fédéraux, de leurs conseillers personnels ou d'autres collaborateurs.⁹²
95. Ne sont pas concernés par l'art. 8 al. 1 LTrans, et donc en principe accessibles selon les dispositions de la loi sur la transparence, tous les documents qui ont été établis avant le début de la procédure de co-rapport et dont le contenu ne permet pas de déductions sur le processus de libre formation et de l'opinion, c'est-à-dire sur la prise de décision du collège du Conseil fédéral. Cela concerne en particulier les annexes à la proposition au Conseil fédéral signée⁹³ qui ont été établies avant l'ouverture de la procédure de co-rapport, ainsi que le projet de proposition au Conseil fédéral achevé, mais non signé, annexes comprises. Ne tombent pas non plus sous l'art. 8 al. 1 LTrans, les documents officiels de la consultation des offices⁹⁴, le projet de proposition remanié à la demande du chef de département ou du Secrétariat général et les documents que le chef de département a retourné à l'office pour correction.⁹⁵
96. Le SG-DFF se contente de se référer de manière générale au cas particulier de l'art. 8 al. 1 LTrans, sans préciser dans quelle mesure les documents demandés seraient des documents officiels faisant partie de la procédure de co-rapport au sens de la jurisprudence (voir ch. 94). Le SG-DFF n'ayant pas désigné les documents concrets qui, à son avis, seraient concernés par l'art. 8 al. 1 LTrans, le Préposé n'est pas en mesure de se prononcer sur les arguments du SG - DFF. Par conséquent, le SG-DFF n'a pas motivé, dans le cadre de la procédure de médiation, l'application de l'art. 8 al. 1 LTrans avec le degré de motivation suffisant exigé par la jurisprudence, raison pour laquelle la présomption légale en faveur du libre accès n'a pas été renversée.
97. Compte tenu du refus complet d'accès invoqué par le SG-DFF, il convient finalement de rappeler le principe constitutionnel de la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.). Selon ce principe, l'accès ne peut pas être simplement refusé lorsque le document demandé contient des informations qui ne sont pas accessibles en application d'une ou plusieurs exceptions de l'art. 7 LTrans. Dans ce cas, il convient plutôt d'accorder un accès limité aux informations contenues dans le document qui ne sont pas secrètes. Les informations secrètes peuvent par exemple être anonymisées, caviardées, publiées partiellement ou l'accès à ces dernières peut être différé.⁹⁶
98. Finalement, le demandeur appuie également sa demande d'accès sur l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie du 28 novembre et l'art. 10 CEDH. Il précise que « le profil d'un demandeur travaillant pour la presse

⁹¹ Arrêt du TAF A-4500/2013 du 27 février 2014, consid. 3.5.2.3.

⁹² Pour l'ensemble : ATF 136 II 399, consid. 2.3.3 ; Arrêts du TAF A-2070/2017 du 16 mai 2018, consid. 4.3.4.2 ; A-4500/2013 du 27 février 2014, consid. 3.5.2.3 et A-4049/2009 du 3 mai 2010, consid. 8.1 ; Office fédéral de la justice, Ordonnance relative à la loi fédérale sur le principe de la transparence – Commentaire, 24 mai 2006, p. 23.

⁹³ Arrêt du TAF A-4500/2013 du 27 février 2014, consid. 3.5.2.3 ; Office fédéral de la justice, Ordonnance relative à la loi fédérale sur le principe de la transparence – Commentaire, 24 mai 2006, p. 23.

⁹⁴ Cela ressort de l'art. 8 al. 3 a *contrario*, qui prévoit que le Conseil fédéral peut exceptionnellement déclarer que les documents officiels de la procédure de consultation des offices restent non accessibles après la prise de décision, (voir OFJ/PPFD FAQ, ch. 5.1.3) ; voir aussi l'arrêt du TAF A-4500/2013 du 27 février 2014, consid. 3.5.2.3 avec renvois.

⁹⁵ Pour l'ensemble : ATF 136 II 399, consid. 2.3.4 ; Arrêts du TAF A-6313/2015 du 27 avril 2016, consid. 5.4.1 et A-4049/2009 du 3 mai 2010, consid. 8.1 ; Office fédéral de la justice et Préposé fédéral 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, ch. 4.2.1.

⁹⁶ Arrêt du TAF A-1432/2016 du 5 avril 2017, consid. 3.3.2.

doit donc être pris en compte dans la requête qui se fonde sur la LTrans et la liberté d'expression (art. 10 CEDH). Cette liberté 'comporte un volet conférant un droit d'accès aux informations détenues auprès des autorités publiques' ».

99. L'arrêt de la Cour EDH Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie du 28 novembre 2016 consacre la reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par un Etat fondé sur l'art. 10 CEDH, à certaines conditions.⁹⁷ Si les conditions et les critères développés par la Cour EDH sont remplis et que l'accès est refusé, il en résulte une ingérence à l'exercice des droits protégés par l'art. 10 CEDH. Une ingérence peut être justifiée si elle est prévue par la loi, vise un ou plusieurs buts légitimes et est nécessaire dans une société démocratique.⁹⁸ Le dernier point se réfère au principe de la proportionnalité. Dans l'arrêt de la Cour EDH susmentionné, la loi hongroise ne prévoyait pas de pesée des intérêts et se contentait d'exclure l'accès en raison de la seule présence de données personnelles. Ce schématisme a été condamné par la Cour EDH qui a imposé de procéder à une pesée des intérêts en présence. En revanche, un droit d'accès général ne peut être déduit de la jurisprudence de la Cour EDH⁹⁹. Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral¹⁰⁰, le fait que l'accès soit nié en application des art. 7 al. 1 let. a à h LTrans, sans qu'il ne soit procédé à une véritable pondération des intérêts en présence (le législateur ayant anticipé cette mise en balance) est conforme aux prescriptions de l'arrêt de la Cour EDH, car l'autorité saisie d'une demande d'accès en application de la loi sur la transparence doit évaluer *in casu* si la divulgation porterait une atteinte sérieuse et importante aux intérêts pré-définis *in abstracto* par le législateur. Le Tribunal administratif fédéral parvient à la conclusion que l'arrêt de la Cour EDH Magyar Helsinki Bizottság ne remet pas en cause les interprétations jurisprudentielles des arts. 7 al. 1 et 7 al. 2 LTrans et le demandeur ne peut en tirer une meilleure protection que celle offerte par la loi sur la transparence.¹⁰¹

100. *En résumé le Préposé parvient aux conclusions suivantes :*

- *Dans la mesure où la demande d'accès concerne des documents de la BNS ou de la FINMA, elle doit être rejetée, étant donné que la loi sur la transparence ne s'applique pas à ces dernières conformément à l'art. 2 al. 2 LTrans. Sont réservés les documents qui n'ont pas été établis dans l'accomplissement d'une tâche publique de la BNS ou de la FINMA, mais par celles-ci en représentation ou sur mandat d'une autre autorité (voir ch.31).*
- *L'accès aux documents officiels qui tombent dans le champ d'application de l'art. 6 al. 3 OdN-PLB dans le sens énoncé ci-dessus (c.-à-d. en particulier pour les documents établis ou reçus par l'autorité après le 16 mars 2023 à 20h00 [art. 15 al. 1 OdN-PLB], cf. ch.48) est réglé par une disposition spéciale prévue par une autre loi fédérale au sens de l'art. 4 (let. a) LTrans, raison pour laquelle les dispositions de la loi sur la transparence ne leur sont pas applicables. Faute d'applicabilité de la loi sur la transparence, la demande d'accès doit, dans cette mesure, être rejetée.*
- *Pour autant que les documents concernés par la demande d'accès entrent dans le champ d'application de la loi sur la transparence, il ressort des chiffres 62 à 65 que le SG-DFF, en application de l'art. 7 al. 1 let. a LTrans, entreprend un triage tel que décrit aux chiffres 64 et 65 et qu'il diffère l'accès aux documents, qui, s'ils étaient divulgués, risqueraient de compromettre notablement la libre formation de l'opinion et de la volonté de la CEP. Le SG-DFF diffère l'accès en application de l'art. 7 al. 1 let. a LTrans jusqu'à la fin des travaux de la CEP. A l'issue de ceux-ci, le SG-DFF accorde l'accès complet aux documents, puisqu'il n'est pas parvenu, durant la procédure de médiation, à démontrer, avec le degré de motivation suffisant exigé par la jurisprudence, la réalisation des exceptions prévues à l'art. 7 al. 1 let. b, c, d, f et g ainsi qu'à*

⁹⁷ Voir à cet effet CourEDH Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie (Grande Chambre) du 28 novembre 2016 (requête n° 18030/11), §158 à 170.

⁹⁸ Arrêt de la CourEDH Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie (Grande Chambre) du 28 novembre 2016 (requête n° 18030/11), §181 et suivants ; Arrêt du TAF A-5260/2021, consid. 7.2.2.

⁹⁹ Arrêts de la Cour EDH Seks contre Croatie du 3 février 2022, § 36 (requête n° 39325/20) ; Saure c. Allemagne du 19 octobre 2021, §34 (requête n°6106/16).

¹⁰⁰ Arrêt du TAF A-2352/2017 du 11 décembre 2019, consid. 8.3 et 8.4, avec renvois.

¹⁰¹ *Ibid.*

l'art. 8 al. 1 LTrans. De l'avis du Préposé, la présomption légale du libre accès aux documents demandés n'est par conséquent pas renversée à cet égard. Le SG-DFF tient compte des informations qui auront déjà été rendues publiques par la CEP et veille à l'application du principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.). Le SG-DFF vérifie si les personnes concernées doivent être préalablement consultées en application de l'art. 11 LTrans.

- *Le SG-DFF accorde l'accès aux documents officiels qui, après le triage susmentionné, ne peuvent pas faire l'objet d'un report d'accès étant donné que le SG-DFF n'a pas démontré avec le degré de motivation suffisant exigé par la jurisprudence, l'existence des exceptions prévues à l'art. 7 al. 1 let. a, b, c, d, f et g ainsi qu'à l'art. 8 al. 1 LTrans. Le Préposé considère donc que la présomption légale en faveur du libre accès aux documents demandés n'a pas été renversée. Le SG-DFF tient compte à cet égard du principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.). Le SG-DFF examine si les personnes concernées doivent être préalablement consultées, conformément à l'art. 11 LTrans.*
- *En vertu du principe de célérité¹⁰² et pour des raisons d'économie de procédure, le Préposé recommande au SG-DFF, s'il devait procéder à une consultation, de rendre directement une décision au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021), pour autant que l'accès aux documents demandés soit limité. Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, il suffit, pour garantir le droit d'être entendu, que les tiers concernés aient au moins une fois eu l'occasion de s'exprimer sur l'affaire¹⁰³ avant que la décision ne soit rendue et qu'ils puissent, dans le cadre de la procédure de décision, au moyen d'une prise de position, faire valoir d'éventuels intérêts privés.*

101. *Pour conclure, il convient de noter que le SG-DFF reste libre de démontrer, notamment dans le cadre de la procédure de décision faisant suite à la recommandation, avec le degré de motivation suffisant exigé par la jurisprudence, la réalisation des éléments constitutifs des exceptions de l'art. 7 al. 1 let. b, c, d, f et g ainsi que de l'art. 8 al. 1 LTrans. Comme déjà mentionné, il incombe à l'autorité spécialisée de traiter les questions litigieuses de fait et de droit.¹⁰⁴*

Dispositif à la page suivante

¹⁰² FF 2003 1858s; FLÜCKIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 11, ch. 18.

¹⁰³ Arrêt du TAF A-6755/2016 du 23 octobre 2017, consid. 4.1.4.

¹⁰⁴ Voir ch. 63 et l'arrêt du TAF A-1051/2922 du 29 août 2023, consid. 10.2.

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

102. Le Secrétariat général du Département fédéral des finances reporte l'accès aux documents officiels visés par la demande d'accès qui remplissent les exigences posées par la jurisprudence pour l'application de l'art. 7 al. 1 let. a LTrans, jusqu'à la fin des travaux de la CEP, dans la mesure où ils entrent dans le champ d'application de la loi sur la transparence au sens précité (voir ch. 100). Une fois les travaux de la CEP terminés, le Secrétariat général du Département fédéral des finances accorde l'accès complet aux documents car, il n'a jusqu'à présent pas suffisamment démontré la réalisation des éléments constitutifs des dispositions d'exception.
103. Le Secrétariat général du Département fédéral des finances accorde l'accès aux documents officiels visés par la demande d'accès pour autant qu'ils entrent dans le champ d'application de la loi sur la transparence au sens exposé ci-dessus (voir ch. 100) et que l'accès ne soit pas différé en application de l'art. 7 al. 1 let. a LTrans (ch. 102) car, il n'a jusqu'à présent pas suffisamment motivé la réalisation des éléments constitutifs des dispositions d'exception.
104. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, le demandeur peut requérir que le Secrétariat général du Département fédéral des finances rende une décision selon l'art. 5 PA s'il n'est pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).
105. Le Secrétariat général du Département fédéral des finances rend une décision selon l'art. 5 PA s'il refuse d'octroyer l'accès conformément à la recommandation (art. 15 al. 2 LTrans).
106. Le Secrétariat général du Département fédéral des finances 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).
107. La présente recommandation est publiée. Afin de protéger les données personnelles relatives aux participants à la procédure de médiation, le nom du demandeur est anonymisé (art. 13 al. 3 OTrans).
108. La recommandation est notifiée à :
 - Recommandé (R) avec avis de réception
C. (Demandeur)

 - Recommandé (R) avec avis de réception
Secrétariat général du Département fédéral des finances
3003 Berne
109. Une copie de cette recommandation est envoyée à:
 - CEP, Secrétariat de la commission d'enquête parlementaire, 3003 Berne (par courrier A+)

Adrian Lobsiger
Préposé fédéral à la protection
des données et à la transparence