



Berne, 5 mai 2023

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

**X.  
(demandeur)**

**et**

**l'Office fédéral de l'armement armasuisse**

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

1. Dans le cadre de l'acquisition des nouveaux avions de combat F-35A, le demandeur (journaliste) a, conformément à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans ; RS 152.3), déposé, le 30 août 2022, une demande adressée au Secrétariat général du Département de la défense, de la protection de la population et des sports (SG-DDPS) afin d'obtenir l'accès au « rapport d'évaluation technique, à l'analyse coûts-bénéfice, aux 79 critères d'évaluation technique des soumissionnaires, ainsi qu'au rapport sur le bruit. » Le demandeur a précisé que sa requête portait aussi sur les annexes aux documents.
2. Le 19 septembre 2022, l'Office fédéral de l'armement (armasuisse), en tant qu'autorité compétente, a pris position et a refusé l'accès sur la base de l'art. 4 et de l'art. 7 al. 1 let. c, d, g et h LTrans. L'autorité a notamment justifié son refus en relevant que l'art. 3 al. 1 let. e de l'ancienne loi fédérale sur les marchés publics (aLMP ; RO 1996 508) était une disposition spéciale réservée au sens de l'art. 4 LTrans qui vise à protéger les informations secrètes et reflète la pratique en matière de confidentialité (Non-Disclosure Agreements). Elle a également ajouté que la Suisse avait conclu avec les Etats constructeurs des accords relatifs à la protection des informations et que l'obligation de confidentialité découlant de ces accords internationaux constituait une réserve au sens de l'art. 4 LTrans. armasuisse a ensuite souligné que les documents d'appel d'offres et d'évaluation permettaient de connaître les exigences détaillées des Forces aériennes suisses relatives à un système d'armes central et qu'il en allait de la défense nationale et donc de la sûreté intérieure et extérieure de la Suisse (art. 7 al. 1 let. c LTrans) de ne pas dévoiler ces informations. armasuisse a poursuivi en argumentant de manière globale l'application des art. 7 al. 1 let. d, g et

h LTrans et a conclu en indiquant que deux documents, à savoir les 79 critères d'évaluation technique des soumissionnaires et le rapport sur le bruit, faisaient déjà partie de procédures pendantes devant le Tribunal administratif fédéral (TAF).

3. Le 5 octobre 2022, le demandeur a déposé une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé).
4. Par courrier du 7 octobre 2022, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation. Le même jour, il a informé armasuisse du dépôt de la demande et lui a imparti un délai au 24 octobre 2022 pour lui transmettre les documents concernés ainsi qu'une prise de position complémentaire.
5. Par courriel du 26 octobre 2022, sans réponse de la part d'armasuisse, le Préposé a contacté l'autorité et lui a imparti une prolongation de délai au 28 octobre 2022 pour lui remettre les documents demandés en application de l'art. 20 al. 1 LTrans et 12b al. 1 de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (OTrans ; RS 152.31).
6. Le 28 octobre 2022, armasuisse a répondu au Préposé et lui a fait parvenir sa correspondance avec le demandeur. L'autorité n'a cependant pas remis au Préposé les documents faisant l'objet de la procédure de médiation. Elle a estimé que tant le rapport d'évaluation technique que l'analyse coûts-bénéfice étaient classifiés SECRETS et ne pouvaient pas être transmis au Préposé. En outre, armasuisse n'a pas non plus transmis au Préposé les critères d'évaluation technique des soumissionnaires et le rapport sur le bruit au motif qu'ils faisaient partie de procédures pendantes devant le TAF et qu'ils n'étaient donc pas soumis au champ d'application matériel de la loi sur la transparence en vertu de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans. L'autorité n'a pas fourni de prise de position complémentaire.
7. Par courriel du 28 octobre 2022, le Préposé a une nouvelle fois requis d'armasuisse la transmission, jusqu'au 1<sup>er</sup> novembre 2022, de l'ensemble des documents concernés par la procédure de médiation et a rappelé qu'il avait accès aux documents officiels même si ceux-ci sont secrets et que l'autorité devait collaborer dans ce sens. Il a finalement ajouté que la prise de connaissance du contenu des documents requis lui était nécessaire afin d'évaluer la position de l'autorité et d'augmenter les chances de parvenir à un accord lors de la séance de médiation.
8. Le 1<sup>er</sup> novembre 2022, armasuisse a fait part au Préposé de sa décision de ne pas remettre les documents classifiés SECRETS.
9. Le même jour, le Préposé a communiqué par écrit à armasuisse qu'il prenait bonne note de la décision et a une fois encore rappelé la nécessité de pouvoir consulter les documents requis pour examiner la licéité et l'adéquation de l'appréciation de la demande d'accès par l'autorité. Pour ces raisons, le Préposé a, exceptionnellement et sans que cela n'engendre de précédent, proposé à armasuisse de lui présenter les documents classifiés SECRETS lors de la séance de médiation du 10 novembre 2022. Il a donné jusqu'au 3 novembre 2022 à armasuisse pour lui confirmer qu'il prendrait les documents SECRETS à la séance de médiation.
10. Sans réponse d'armasuisse, le Préposé a relancé l'autorité le 4 novembre 2022 et lui a imparti un délai jusqu'à 12h00 (midi) pour lui faire connaître sa réponse.
11. Le 7 novembre 2022, armasuisse a réitéré son refus de présenter les documents au Préposé et a ajouté que les documents classifiés SECRETS étaient prévus exclusivement pour être portés à la connaissance du Conseil fédéral.
12. Le 8 novembre 2022, le Préposé a contacté armasuisse par téléphone et lui a exceptionnellement proposé de se rendre dans les locaux de l'autorité afin de consulter les documents classifiés SECRETS.
13. Le même jour, armasuisse a informé par courriel le Préposé que la consultation sur site lui était refusée.
14. Le 9 novembre 2022, le Préposé a communiqué au demandeur le fait que l'autorité ne lui avait pas remis les documents et lui a demandé s'il souhaitait maintenir la séance de médiation. Ce que le demandeur a confirmé.

15. Le 10 novembre 2022, une séance de médiation a eu lieu lors de laquelle le demandeur a limité sa demande d'accès au rapport d'évaluation technique et à l'analyse coûts-bénéfice et a renoncé aux 79 critères d'évaluation-technique des soumissionnaires et au rapport sur le bruit vu les procédures pendantes devant le TAF.
16. Les allégations du demandeur et d'armasuisse sont prises 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**

17. Le demandeur a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès du SG-DDPS, respectivement d'armasuisse, 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).
18. La procédure de médiation peut se dérouler par écrit ou par oral (en présence de tous les intéressés ou de certains d'entre eux), sous l'égide du Préposé. C'est à lui qu'il incombe de fixer les modalités<sup>1</sup>. Si la médiation n'aboutit pas ou si aucune solution consensuelle n'est envisageable, le Préposé est tenu par l'art. 14 LTrans de formuler une recommandation fondée sur son appréciation du cas d'espèce.

### **B Considérants matériels**

19. 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.<sup>2</sup>
20. Le demandeur ayant limité sa demande d'accès lors de la séance de médiation, l'objet de la présente recommandation porte désormais sur le rapport d'évaluation technique et l'analyse coûts-bénéfice.
21. armasuisse n'a pas accordé l'accès aux documents demandés en se basant sur l'art. 4 LTrans et l'art. 7 al. 1 let. c, d, g et h LTrans. L'autorité a ensuite refusé de mettre à disposition du Préposé les documents demandés pour qu'il puisse les consulter, car ces derniers sont classifiés SECRETS et parce qu'ils sont prévus exclusivement pour être portés à la connaissance du Conseil fédéral. L'autorité n'a donc pas nié l'existence de documents officiels au sens de l'art. 5 LTrans, en revanche elle n'a pas donné la possibilité au Préposé d'exercer son droit de consulter les documents. Après avoir refusé à plusieurs reprises, malgré son obligation légale, de remettre les documents, armasuisse a également rejeté la proposition du Préposé d'amener les documents souhaités à la séance de médiation et a même refusé de donner suite à la proposition du Préposé relative à la consultation sur site des documents.
22. Conformément à la présomption énoncée à l'art. 6 al. 1 LTrans, tout document officiel est accessible. Si l'autorité décide de refuser l'accès à celui-ci, elle doit prouver que les conditions des art. 7-9 LTrans – instituant des exceptions au principe de la transparence – sont réalisées. L'autorité qui soulève une des exceptions de l'art. 7 al. 1 LTrans doit démontrer que la publication du document causera une atteinte d'une certaine intensité, des conséquences mineures ou désagréables ne suffisant pas, et qu'il existe un risque sérieux que cette atteinte se produise.<sup>3</sup> Si elle n'y parvient pas, elle supporte alors les conséquences du défaut de preuve.<sup>4</sup>
23. Une des tâches du Préposé consiste à conduire la procédure de médiation (art. 18 LTrans). Dans ce cadre, il examine si la façon dont la demande d'accès a été traitée est conforme à la loi et

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (eds.), Stämpfli's Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008 (cité: Handkommentar zum BGÖ), n°8 ad art. 13.

<sup>3</sup> ATF 142 II 340, consid. 2.2 ; TAF, arrêt A-6745/2017 du 6 août 2018, consid. 3.2.3.

<sup>4</sup> TF, arrêt 1C\_14/2016 du 23 juin 2016, consid. 3.4; TAF, arrêt A-6003/2019 du 18 novembre 2020, consid. 2.1.

appropriée. Il s'efforce également d'amener les participants à un accord. S'il n'y parvient pas, il doit rendre une recommandation. Pour lui permettre de mener à bien sa tâche, le législateur a accordé au Préposé, dans le cadre de son activité de médiation, le droit, en application de l'art. 20 al. 1 LTrans, d'obtenir des renseignements et de consulter les documents afin qu'il ait une vision complète de la procédure et puisse se faire son idée des documents faisant l'objet de la procédure. Le Préposé dispose d'un accès illimité<sup>5</sup> et ce également aux documents secrets. A noter que le Préposé et son secrétariat sont soumis au secret de fonction dans la même mesure que les autorités dont ils consultent les documents (art. 20 al. 2 LTrans). Même lorsque l'autorité conteste que les documents entrent dans le champ d'application de la loi sur la transparence, le Préposé doit pouvoir y avoir accès afin de se forger sa propre opinion et être en mesure d'examiner la licéité et l'adéquation de l'appréciation de la demande d'accès par l'autorité.<sup>6</sup> Le droit de l'art. 20 LTrans est concrétisé par l'art. 12b al. 1 OTrans qui impose à l'autorité une obligation de collaborer.<sup>7</sup> Cette dernière doit notamment transmettre au Préposé les documents requis dans le délai imparti et collaborer à la recherche d'un accord. Si l'autorité ne collabore pas, la loi n'a pas prévu de sanction. Le Préposé qui se trouve entravé dans la conduite de la procédure de médiation et peut seulement constater que la médiation n'a pas abouti dans le cadre de la recommandation.

24. En l'espèce, armasuisse, en refusant au Préposé son droit de consulter les documents, a violé son obligation de collaboration et l'a empêché de procéder à l'examen requis par la loi. armasuisse a ainsi rendu impossible pour le Préposé de vérifier si les conditions des exceptions soulevées étaient réalisées et l'empêche également de se positionner matériellement sur l'application de celles-ci. Afin que le demandeur puisse soumettre sa cause à l'examen d'une autorité judiciaire<sup>8</sup>, le Préposé rend une recommandation. Le Préposé constate donc qu'armasuisse, en raison de son comportement, n'est pas parvenu à renverser la présomption en faveur de l'accès de l'art. 6 al. 1 LTrans et qu'il doit, de ce fait, supporter les conséquences de ce défaut de preuve en accordant un accès complet aux documents demandés.

*Dispositif sur la page suivante*

---

<sup>5</sup> FF 2003 1865.

<sup>6</sup> COSSALI SAUVAIN, Handkommentar BGÖ, Art. 20, ch. 9s; FF 2003 1872.

<sup>7</sup> Modification de l'ordonnance sur la transparence – Commentaire des nouvelles dispositions, art. 12b, p. 2.

<sup>8</sup> Art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (RS 101).

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

25. L'Office fédéral de l'armement accorde l'accès au rapport d'évaluation technique et à l'analyse coûts-bénéfice puisqu'il n'est pas parvenu, en raison de son défaut de collaboration, à prouver l'inapplicabilité de la loi ou l'existence d'une exception à la loi sur la transparence.
26. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, le demandeur peut requérir que l'Office fédéral de l'armement rende une décision selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) s'il n'est pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).
27. L'Office fédéral de l'armement rend une décision selon l'art. 5 PA s'il refuse d'octroyer l'accès conformément à la recommandation (art. 15 al. 2 LTrans).
28. L'Office fédéral de l'armement 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).
29. La présente recommandation est publiée. Afin de protéger les données relatives aux participants à la procédure de médiation, le nom du demandeur est anonymisé (art. 13 al. 3 OTrans).
30. La recommandation est notifiée à :
  - Recommandé (R) avec avis de réception X.
  - Recommandé (R) avec avis de réception  
Office fédéral de l'armement

Reto Ammann  
Chef

Mélissa Beutler  
Juriste