



Berne, le 15.12.2017

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

**X  
(demanderesse)**

**et**

**le Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales SFI**

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

1. Conformément à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans, RS 152.3), la demanderesse (entreprise) a déposé, le 26 octobre 2017, une demande d'accès auprès de l'Administration fédérale des contributions AFC concernant les: « *[a]ccords amiables, arrangements et échanges de lettres/notes (notamment les échanges de lettres des 28 août et 26 novembre 2008) selon lesquels les autorités compétentes française et suisse ont convenu de modifier le circuit des imprimés permettant de bénéficier des taux de retenue à la source en matière de dividendes, intérêts et redevances, prévus par la Convention signée à Paris le 8 septembre 1966 entre la France et la Suisse en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune [ci-après : CDI-F<sup>1</sup>], modifiée par les avenants du 3 décembre 1969 et du 22 juillet 1997* ».
2. Pour des questions de compétence, l'AFC a transmis, en date du 31 octobre 2017, la demande d'accès au Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales SFI pour traitement.
3. Par courrier daté du 8 novembre 2017, le SFI a refusé d'accorder l'accès aux documents demandés par la demanderesse. Il considère notamment que : « *[l]es correspondances dont il est question concernent des échanges dans le cadre de l'art. 27 par. 3 de la [CDI-F]* ». A ce titre, il estime que cette voie constitue une alternative à la voie diplomatique, que les documents relatifs aux échanges des autorités compétentes selon cette procédure ne sont pas publics et que, par conséquent, la procédure amiable doit rester confidentielle d'une part en raison du respect dû aux intérêts de l'autre Etat et d'autre part, afin d'assurer un cadre permettant de trouver des compromis entre les positions. Par conséquent, le SFI considère que : « *[l]art. 27, paragraphe 3 CDI-F entre dans le champ de la définition de règlement international des différends de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 4 [LTrans] [et] constitue donc une exception au principe de transparence et au champ d'application de cette dernière législation* ».
4. Le 15 novembre 2017, la demanderesse a déposé une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé). Elle conteste essentiellement l'application de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 4 LTrans au cas d'espèce, car: « *ces Accords amiable n'ont pas pour but de régler un différend entre la Suisse et la France [car ils]*

---

<sup>1</sup> RS 0.672.934.91.



*contiennent des règles de droit claires et précises concernant la procédure de remboursement de l'impôt anticipé pour les résidents de France (...) ».*

5. Par courrier du 17 novembre 2017, le Préposé a informé le SFI du dépôt de la demande en médiation et lui a imparti un délai de 10 jours pour lui transmettre les documents concernés ainsi qu'une prise de position détaillée.
6. Par courrier du 22 novembre 2017, le Préposé a confirmé à la demanderesse la réception, en date du 16 novembre 2017, de sa demande en médiation ainsi que l'ouverture d'une procédure de médiation.
7. Par courrier du 22 novembre 2017, le SFI a transmis au Préposé les documents concernés tout en précisant que la prise de position complémentaire du SFI suivrait prochainement.
8. Par courrier du 28 novembre 2017, le SFI a transmis au Préposé :
  - Un courrier envoyé par l'AFC au SFI dont la teneur est la suivante : « [d]ans le cadre d'une procédure actuellement pendante devant le Tribunal fédéral concernant le remboursement de l'impôt anticipé sur la base de la [CDI-F], nous avons été priés de transmettre, pour autant qu'il existe, l'Accord amiable conclu entre la Suisse et la France relatif à la procédure applicable au « circuit des imprimés » applicable pour l'octroi des avantages conventionnels par la Suisse aux résidents de France bénéficiaires de dividendes ou d'intérêts. Nous vous saurions gré si vous pouviez nous transmettre cet accord à votre plus proche convenance ».
  - La réponse du SFI à l'AFC par laquelle le premier a transmis à la seconde les documents demandés.
  - Une prise de position complémentaire par laquelle celui-ci se prévaut non seulement de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 4 LTrans, mais également des articles 3 al. 1 let. a ch. 5 et 7 al. 1 let. d LTrans pour refuser la demande d'accès.
9. Le 5 décembre 2017, une séance de médiation a eu lieu, mais celle-ci n'a pas permis aux parties de trouver un accord.
10. Les allégations de la demanderesse et du SFI ainsi que les documents déposés sont pris en compte, dans la mesure où cela s'avère nécessaire, dans les considérants ci-après.

## **II. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence considère ce qui suit :**

### **A. Considérants formels : Médiation et recommandation selon l'art. 14 LTrans**

11. La demanderesse a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès de l'AFC et a reçu, après transmission au SFI, une réponse négative. Etant partie à la procédure préliminaire de demande d'accès, elle est légitimée à déposer une demande en médiation (art. 13 al. 1 let. a LTrans). Celle-ci a été remise selon la forme prescrite (forme écrite simple) et dans le délai légal (20 jours à compter de la réception de la prise de position de l'autorité) au Préposé (art. 13 al. 2 LTrans).
12. La procédure de médiation peut se dérouler par écrit ou par oral (en présence de tous les intéressés ou de certains d'entre eux), sous l'égide du Préposé. C'est à lui qu'il incombe de fixer les modalités<sup>2</sup>. Si la médiation n'aboutit pas ou si aucune solution consensuelle n'est

<sup>2</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.



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

13. Selon l'art. 12 al. 1 de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (Ordonnance sur la transparence, OTrans, RS 152.31), le Préposé examine la licéité et l'adéquation de l'appréciation de la demande d'accès par l'autorité.
14. Dans sa prise de position du 8 novembre 2017 adressée à la demanderesse (cf. ch. 3), le SFI a essentiellement refusé d'accorder l'accès aux documents officiels demandés au motif que ceux-ci concernent une procédure de règlement international des différends et échappent dès lors à la loi sur la transparence en vertu de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 4 LTrans. Cette argumentation est vivement contestée par la demanderesse.
15. L'art. 3 LTrans limite, à l'aide d'une liste négative, le champ d'application matériel de la loi sur la transparence. Selon l'art. 3 let. a LTrans, le droit d'accès aux documents afférents aux procédures énumérées est régi par les lois spéciales. Afin d'éviter une collision entre les différentes normes, il n'est ainsi pas possible de recourir à la loi sur la transparence dans le but d'éluider les règles spéciales concernant l'accès aux documents relevant des procédures topiques<sup>3</sup>. Plus précisément, l'art. 3 al. 1 let. a ch. 4 LTrans prévoit que la loi sur la transparence ne s'applique pas aux « *procédures de règlement international des différends* ». Dans ce cadre, déterminer si les correspondances faisant l'objet de la demande d'accès ont effectivement été échangées dans le cadre de la procédure amiable prévue par l'art. 27 par. 3 CDI-F et si une telle procédure amiable constitue véritablement un « *règlement international des différends* » au sens de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 4 LTrans, n'est pas chose aisée. En effet, dans la mesure où cette question ne semble pas avoir été tranchée par la jurisprudence et où les parties présentent des argumentations certes fortement divergentes, mais *a priori* soutenables, y répondre nécessiterait des connaissances approfondies en fiscalité internationale. En l'état actuel des choses, bien que ne pouvant exclure avec certitude une application de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 4 LTrans au cas d'espèce, le Préposé n'est pas convaincu par l'argumentation générale du SFI et considère que ce dernier doit démontrer plus en détail en quoi les correspondances demandées devraient sortir du champ d'application de la loi sur la transparence sur la base de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 4 LTrans.

*Par conséquent, le Préposé considère que le SFI n'a, à l'heure actuelle, pas suffisamment démontré en quoi les documents faisant l'objet de la demande d'accès devraient sortir du champ d'application de la loi sur la transparence en application de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 4 LTrans.*

16. Dans sa prise de position complémentaire du 28 novembre 2017 transmise au Préposé, le SFI se prévaut du fait que les documents faisant l'objet de la demande d'accès (cf. ch. 1) ont été requis par l'AFC, puis transmis par cette dernière au TF dans le cadre d'une procédure pendante (cf. ch. 8). Se référant à une recommandation du Préposé<sup>4</sup>, le SFI considère qu'une fois entre les mains de l'autorité et intégré au dossier, le document officiel sort du champ d'application de la loi sur la transparence conformément à l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans.

<sup>3</sup> TAF A-8073/2015 du 13 juillet 2016, consid. 5.2.1 ; TAF A-4186/2015 du 28 janvier 2016, consid. 7.3.1 ; cf. ég. Recommandation du PFPDT du 22 décembre 2016 : BAG/Akten Preisprüfung, ch. 16 (en allemand).

<sup>4</sup> Recommandation du PFPDT du 24 mars 2015 : SFI/Echange de correspondances faisant partie d'une procédure juridictionnelle administrative.



17. L'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans prévoit que la loi sur la transparence ne s'applique pas à l'accès aux documents officiels concernant les procédures juridictionnelles de droit public, y compris administratives. Par procédures contentieuses juridictionnelles administratives, la disposition vise l'ensemble des procédures contentieuses, jusqu'à la dernière instance, dans laquelle des décisions administratives de première instance sont contestées<sup>5</sup>. Comme l'affirme le SFI, les documents en question doivent effectivement faire partie intégrante du dossier de la procédure comme c'est le cas pour la décision attaquée, son dossier administratif (jusqu'à la clôture de la procédure de recours), ainsi que pour les actes de procédure (même après la clôture de la procédure en cours)<sup>6</sup>. Toutefois, le Préposé a récemment précisé sa pratique dans sa recommandation du 3 novembre 2017<sup>7</sup> et considère désormais qu'il n'est pas possible d'exclure l'application de la loi sur la transparence lorsque, dans le cadre de la procédure pendante, les documents en question constituent uniquement des moyens de preuve, ne sont pas directement en relation avec la décision attaquée, ni ne concernent directement l'objet du litige<sup>8</sup>. Admettre l'application de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans dans un tel cas reviendrait à permettre à l'autorité de contourner sciemment le but de la loi sur la transparence, qui est de garantir un accès général aux documents officiels, par la simple production des documents demandés dans une procédure quelconque avec laquelle ils n'entretiennent qu'un lien lâche.
18. Dans le cas d'espèce, le Préposé constate, sur la base des documents déposés par le SFI, que les documents faisant l'objet de la demande d'accès ont effectivement été envoyés à l'AFC pour être ensuite transmis au TF. Le Préposé estime cependant que de ces documents, notamment les courriers des 28 août et 26 novembre 2008 qui datent désormais de plus de 9 ans, ne constituent que des moyens de preuve et ne peuvent être considérés comme ayant un lien suffisamment étroit avec l'objet du litige pour exclure l'application de la loi sur la transparence sur la base de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans.
19. *Par conséquent, le Préposé considère que les documents faisant l'objet de la demande d'accès (cf. ch. 1) sont soumis à la loi sur la transparence indépendamment de leur production dans le cadre d'une procédure devant le TF. Cet aspect est essentiellement justifié par le fait que ces correspondances constituent des moyens de preuve et ne sont pas dans un lien suffisamment étroit avec le litige de base.*
20. Dans sa prise de position complémentaire du 28 novembre 2017 transmise au Préposé, le SFI défend également le fait que: « (...) selon l'art. 7 al. 1 let. d, LTrans, le droit d'accès peut être limité, différé ou refusé, lorsque l'accès à un document officiel risque de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales. Ainsi, conformément aux usages diplomatiques, la correspondance entre les états est confidentielle. Etant donné que le Modèle de Convention lui-même prévoit l'application du principe de confidentialité à la procédure amiable, l'art. 7, al. 1, let. d, LTrans doit également pouvoir s'appliquer en l'espèce ».
21. Selon 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

<sup>5</sup> Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, Stamm-Pfister, 3ème éd., Bâle 2014, no 21 ad art. 3; cf. ég. Recommandation du PFPDT du 3 novembre 2017 : Swissgrid SA/Décisions de transfert RPC ; Recommandation du PFPDT du 24 mars 2015 : SFI/Echange de correspondances faisant partie d'une procédure juridictionnelle administrative, ch.14.

<sup>6</sup> Office fédéral de la Justice, Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence : questions fréquemment posées, ch. 2.2.3 ; cf. ég. Recommandation du PFPDT du 3 novembre 2017 : Swissgrid SA/Décisions de transfert RPC ; Recommandation du PFPDT du 24 mars 2015 : SFI/ Echange de correspondances faisant partie d'une procédure juridictionnelle administrative, ch. 14.

<sup>7</sup> Recommandation du PFPDT du 3 novembre 2017 : Swissgrid SA/Décisions de transfert.

<sup>8</sup> Recommandation du PFPDT du 3 novembre 2017 : Swissgrid SA/Décisions de transfert, ch. 25.



LTrans – instituant des exceptions au principe de la transparence – sont réalisées. Si elle n'y parvient pas, elle supporte alors les conséquences du défaut de preuve<sup>9</sup>. De plus, de jurisprudence constante<sup>10</sup>, l'autorité doit respecter le principe de proportionnalité en ce sens que l'accès à des informations ne peut être restreint que dans la mesure où cela s'avère nécessaire à protéger des informations devant rester secrètes.

22. Selon le Message du Conseil fédéral, les relations extérieures sont, avec la sûreté de l'État, parmi les domaines les plus sensibles de l'activité étatique<sup>11</sup>. C'est pourquoi la Suisse connaît l'exception de l'art. 7 al. 1 let. d LTrans qui permet de limiter, différer ou refuser l'accès à un document officiel lorsque les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales risquent d'être compromis<sup>12</sup>. Conformément à la jurisprudence du TAF, des considérations d'ordre général sont en principe insuffisantes pour refuser un droit d'accès<sup>13</sup>. Il doit exister un risque sérieux et important que les intérêts en jeu soient compromis et le dommage qui en découlerait pour la Suisse doit survenir selon le cours ordinaire des choses et être hautement probable<sup>14</sup>. Dans ce cadre, l'autorité dispose, conformément à la jurisprudence<sup>15</sup>, d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer quelles informations seraient en mesure de compromettre les intérêts de la Suisse si elles étaient rendues publiques<sup>16</sup>. Ce dernier aspect implique que l'opportunité politique (politische Opportunität) d'une décision de refus d'accès prise par une autorité fédérale en application de l'art. 7 al. 1 let. d LTrans n'est réexaminée qu'avec retenue par les tribunaux. Cette réserve ne porte toutefois que sur l'opportunité politique de la décision et non pas sur l'appréciation juridique du litige.
23. Au cours de la procédure de médiation, le SFI n'a pas suffisamment démontré en quoi la publication des documents faisant l'objet de la demande d'accès risquerait – malgré le nombre important d'informations déjà accessibles au public<sup>17</sup> – de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure au sens de l'art. 7 al. 1 let. d LTrans. Par conséquent, conformément aux conditions posées par la jurisprudence, l'existence d'un risque d'atteinte aux intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure ainsi qu'à la haute probabilité de sa survenance ne peut être retenue<sup>18</sup>.
24. *Par conséquent, le Préposé considère que le risque de compromission des intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure au sens de l'art. 7 al. 1 let. d LTrans - résultant de la divulgation des documents faisant l'objet de la demande d'accès (cf. ch. 1) - n'a pas été suffisamment démontré par le SFI.*

<sup>9</sup> Arrêt du TF 1C\_14/2016 du 23 juin 2016 consid. 3.4.

<sup>10</sup> ATF 133 II 209 consid. 2.3.3. et ATAF A-1432/2016 du 5 avril 2017 consid. 5.6.1 ; cf. ég. Recommandation du PFPDT du 16 juin 2017 : DETEC/Documents relatifs à un projet de gazoduc, ch. 22.

<sup>11</sup> FF 2003 1851.

<sup>12</sup> Recommandation du PFPDT du 23 décembre 2016 : DFAE/Rapport sur la fondation des immeubles pour les organisations internationales, Ch. 19.

<sup>13</sup> ATAF A-7405/2014 du 23 novembre 2015 consid. 6.3.

<sup>14</sup> Recommandation du PFPDT du 16 juin 2017 : DETEC/Documents relatifs à un projet de gazoduc, ch. 20.

<sup>15</sup> Arrêt du TF 1C\_296/2015 du 18 mai 2016 ; Arrêt du TAF A-746/2016 du 25 août 2016, consid. 5.5.2ss.

<sup>16</sup> Recommandation du PFPDT du 7 avril 2017: DFAE/Documents concernant l'Organisation internationale de Protection civile, ch. 18.

<sup>17</sup> Cf. p. ex. <https://www.estv.admin.ch/estv/fr/home/internationales-steuerrecht/fachinformationen/quellensteuer-nach-dba/auslaendische-quellensteuern-pro-land.html#1507042139> ; <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/3243-PGP.html>.

<sup>18</sup> Arrêt du TF 1C\_14/2016 du 23 juin 2016 consid. 3.4 ; Arrêt du TF 1C\_296/2015 du 18 mai 2016 consid. 4.2.



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

25. Si le Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales maintient son refus d'accorder l'accès aux documents officiels faisant l'objet de la demande d'accès (cf. ch. 1), il rend une décision selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) dans laquelle il détaille et motive soigneusement les raisons de son refus (art. 15 al. 2 LTrans).
26. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, la demanderesse peut requérir que le Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales rende une décision selon l'art. 5 PA si elle n'est pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).
27. Le Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales rend sa décision dans les 20 jours à compter de la réception de la recommandation ou de la requête de décision (art. 15 al. 3 LTrans).
28. Par analogie à l'art. 22a al. 1 let. c PA, les délais fixés en jours par la loi ou par l'autorité ne courent pas du 18 décembre au 2 janvier inclusivement.
29. La présente recommandation est publiée. Afin de protéger les données relatives aux participants à la procédure de médiation, le nom de la demanderesse est anonymisé (art. 13 al. 3 OTrans).
30. La recommandation est notifiée à :
  - Recommandé (R) avec avis de réception  
X  
[Demanderesse]
  - Recommandé (R) avec avis de réception  
Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales  
3003 Berne

Reto Ammann