



Berne, 15 août 2025

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

concernant la procédure de médiation entre

**X.____, représentée par A.____
(demanderesse)**

et

Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières OFDF

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

1. Dans le cadre d'une procédure de médiation portant sur des rulings accordés à des sociétés exploitant des aéronefs en propriété partagée, une séance de médiation s'est tenue le 21 mars 2024 entre les mêmes protagonistes que dans la présente procédure.¹ Durant celle-ci, les participants étaient parvenus à un accord de suspension dans lequel, l'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières (OFDF) avait accepté de contacter l'Administration fédérale des contributions (AFC) afin que celle-ci se positionne sur le fait de savoir si les rulings demandés sont en partie ou entièrement couverts par le secret fiscal. L'OFDF devait ensuite se repositionner sur l'accès aux rulings, à la lumière de la réponse de l'AFC. La transmission de la réponse de l'AFC à la demanderesse ne faisait en revanche pas partie de l'accord de suspension. Après avoir reçu la nouvelle prise de position de l'OFDF du 3 septembre 2024, la demanderesse (entreprise) par l'intermédiaire de son représentant juridique, a indiqué à l'OFDF qu'en raison de la formulation choisie dans cette nouvelle prise de position, elle doutait du fait qu'il avait réellement repris la position de l'AFC quant à l'application du secret fiscal. Afin de se faire une idée précise de cette position, la demanderesse a requis, par courrier du 10 septembre 2024, auprès de l'OFDF, l'accès à « tous les documents qui attestent des échanges que votre autorité a eus avec l'AFC dans cette affaire (courriers, courriels, notes téléphoniques, procès-verbal de réunion, etc.) ». Elle a encore précisé ce qui suit : « Au cas où votre autorité venait à considérer que cette demande en production de documents ne peut pas intervenir dans le cadre de la procédure de médiation LTrans² en

¹ Recommandation du PFPDT du 17 avril 2025 : OFDF / Rulings.

² Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans ; 152.3).

cours, ma mandante demande à votre autorité de traiter sa requête sous l'angle d'une nouvelle demande de production de documents fondée sur la LTrans. »

2. Par courriel du 19 septembre 2024, l'OFDF a informé l'AFC que, suite à la procédure de médiation et à l'accord de suspension susmentionné, une nouvelle demande d'accès avait été déposée par la même demanderesse. Sur la base de celle-ci, il a indiqué à l'AFC avoir identifié les documents suivants :
 - Courriel de l'OFDF du 22 avril 2024 ;
 - Accusé de réception de l'AFC du 22 avril 2024 ;
 - Réponse de l'AFC du 9 août 2024 ;
 - Remerciements de l'OFDF du 9 août 2024.

L'OFDF a communiqué à l'AFC qu'il s'estimait compétent pour le traitement de la demande d'accès conformément à l'art. 11 al. 2 de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (OTrans ; RS 152.31). Néanmoins, certains documents ayant été établis par l'AFC, l'OFDF a donné à cette dernière la possibilité de s'exprimer sur la question de l'accès à ces documents.

3. Le 27 septembre 2024, l'AFC a répondu à l'OFDF et a réaffirmé sa position concernant la portée du secret fiscal, à savoir que les rulings adressés aux sociétés en cause permettaient de tirer des conclusions sur le traitement fiscal en matière de TVA et qu'ils étaient en conséquence couverts par le secret fiscal. Elle a finalement confirmé qu'elle se joignait entièrement au repositionnement de l'OFDF du 3 septembre 2024 adressé à la demanderesse.
4. Le 30 septembre 2024, l'OFDF a d'abord indiqué à la demanderesse que sa demande d'accès serait traitée indépendamment de la procédure de médiation précédente (cf. ch. 1). Ensuite, il a relevé que « ces documents ont été établis en vue de la mise en œuvre d'un accord conclu entre vous-même [demanderesse] et notre autorité lors de la séance de médiation du 21 mars 2024. Dans ces circonstances, l'OFDF considère que la demande en production de ces documents ne peut pas intervenir dans le cadre de la procédure de la loi sur la transparence (RS. 152.3) en cours, laquelle n'est d'ailleurs pas soumise à la loi sur la procédure administrative (RS. 172.021). Dès lors, votre demande sera traitée comme une nouvelle demande d'accès au sens de la loi sur la transparence. » Il a poursuivi en relevant les doutes de la demanderesse figurant dans son courrier du 10 septembre 2024 en relation avec la reprise fidèle par l'OFDF de la position de l'AFC et a apporté des éclaircissements afin de dissiper un éventuel malentendu. Pour se faire, il a entre autres transmis à la demanderesse le courriel de l'AFC du 27 septembre 2024 et rappelé les détails de l'accord de suspension du 21 mars 2024. Finalement, l'OFDF a demandé à la demanderesse si, compte tenu des explications fournies, elle souhaitait maintenir la demande d'accès.
5. Par courriel du même jour, la demanderesse a informé l'OFDF qu'elle maintenait sa demande d'accès et a ajouté que « ces documents devront par ailleurs inclure tous les nouveaux échanges que votre autorité a eus avec l'AFC depuis mon courrier du 10 septembre. Je constate en effet et notamment que le courriel que votre autorité a adressé à l'AFC le 19 septembre, lequel est mentionné dans le courriel de l'AFC du 27 septembre à votre autorité, ne figure pas en annexe à votre courrier de ce jour. »
6. Toujours le même jour, l'OFDF a fait part à la demanderesse qu'il prenait note du maintien de la demande d'accès ainsi que de l'extension de celle-ci. A cet égard, l'autorité a précisé « qu'il n'existe aucun autre document que le courriel du 19 septembre 2024 adressé à l'AFC, un accusé de réception de l'AFC et le courriel de l'AFC du 27 septembre 2024 désormais en votre possession » et a souligné que « l'OFDF ne manquera pas de vous adresser sa prise de position quant à votre présente demande d'accès élargie dans le nouveau délai de 20 jours à compter de votre courriel de ce jour, pour autant qu'il ne doive pas être prolongé conformément à l'art. 12 LTrans. »
7. Le 30 septembre 2024, l'OFDF a informé l'AFC de l'élargissement de la demande d'accès et lui a demandé de se positionner sur la demande élargie jusqu'au 7 octobre 2024.
8. Entre le 2 et le 4 octobre 2024, la demanderesse a requis une prolongation de la suspension de la procédure de médiation précédente en attendant la position de l'OFDF. L'OFDF a refusé cette proposition car cela n'aurait fait que prolonger la précédente procédure. Sur la base de cette réponse et après avoir donné son appréciation du cas, la demanderesse a exigé que l'OFDF lui

remette sa prise de position sur sa demande d'accès du 10 septembre 2024 jusqu'au 11 octobre 2024.

9. Par courriel du 8 octobre 2024, l'OFDF a rappelé à la demanderesse qu'il convenait d'une part de ne pas confondre les procédures de médiation passées avec la procédure actuelle et d'autre part, de ne pas mélanger l'affaire douanière en cours avec les procédures de médiation menées en application de la loi sur la transparence.³
10. Par courriel du 10 octobre 2024 adressé à l'OFDF, l'AFC a pris position et a estimé que la demande d'accès devait être traitée sous l'angle de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) car les documents demandés avaient été établis dans le cadre de la première procédure de médiation, à laquelle la demanderesse était partie, et que la loi sur la transparence n'était par conséquent pas applicable (art. 3 al. 1 let. b LTrans) pour autant que la procédure se conclut par une décision au sens de l'art. 15 LTrans. Finalement, l'AFC a indiqué que si l'OFDF ne partageait pas ce point de vue et accordait l'accès, les informations relatives au traitement fiscal des sociétés concernées devaient être caviardées.
11. Le 18 octobre 2024, l'OFDF a remis à la demanderesse sa prise de position. L'autorité a débuté en examinant si la demande d'accès devait être traitée comme une demande de consultation des pièces selon l'art. 26 PA. Elle a estimé qu'un droit de consultation des pièces n'existait pas en l'espèce car, selon la jurisprudence⁴, la PA n'est pas applicable à la procédure de médiation. « Or, un droit de consultation des pièces n'est prévu ni par la LTrans, ni par l'OTrans. L'OFDF relève également que selon la jurisprudence⁵, les phases entre la demande d'accès et la décision forment un tout indissociable [...]. Dès lors, une consultation du dossier pourrait intervenir ultérieurement, dans l'hypothèse où une décision devrait être rendue conformément à l'art. 15 LTrans. » Du point de vue de l'OFDF, aucun droit à une consultation des pièces au dossier n'est prévu. Il a poursuivi en relevant que « selon l'art. 2 CC⁶, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. [...] Ce principe cardinal est de portée générale dans l'ordre juridique suisse [...]. Selon la jurisprudence, il y a un abus de droit notamment en cas d'utilisation d'un droit dans un but contraire au but légal, pour protéger des intérêts que la loi ne souhaite pas protéger, la norme devenant un moyen au service d'un but qui lui est étranger.⁷ Selon la doctrine, le droit de consulter un dossier est considéré comme étant utilisé de manière abusive s'il est utilisé à des fins dilatoires, pour retarder la procédure de manière indue ou pour chicaner les autorités, car aucun intérêt digne de protection n'est poursuivi.⁸ » L'OFDF, pour conclure la partie relative au droit de consultation des pièces, a relevé que les démarches entreprises par la demanderesse, « apparaissent être sans intérêt pour votre mandante et méconnaissent au passage l'intérêt à une résolution rapide du litige, but poursuivi par la procédure de médiation [...] tout en créant sans nécessité du travail supplémentaire aux autorités. » Pour ses raisons, la demande d'accès serait constitutive de l'abus de droit.

L'OFDF est ensuite passé à l'examen de la demande d'accès, cette fois sous l'angle de la loi sur la transparence. Après avoir rappelé que le but de la loi est de promouvoir la transparence en rendant accessibles des documents officiels, il a précisé qu'elle n'était en revanche « pas un moyen d'accéder à des informations non accessibles selon les dispositions procédurales ou matérielles d'autres lois, ni un moyen de contourner ces règles, y compris les règles de procédure prévues par la loi sur la transparence elle-même. Le Message du Conseil fédéral relatif à la LTrans¹⁰ mentionne, sans fournir de liste exhaustive, que l'accès à des documents officiels peut

³ Recommandation du PFPDT du 17 avril 2025 : OFDF / Rulings, N1.

⁴ Arrêt du TAF A-631/2024 du 20 août 2024, consid. 2.3.1.

⁵ Arrêt du TAF A-631/2024 du 20 août 2024, consid. 3.1.1 ; arrêt du TAF A-4049/2009 du 3 mai 2010, consid. 9.2.

⁶ Code civil suisse (CC ; RS 210).

⁷ ATF 131 III 535, consid. 4.2.

⁸ WALDMANN/OESCHGER, in : VwVG – Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3ème éd, Art. 27 N14.

⁹ Arrêt du TAF A-4307/2010 du 28 février 2013, consid. 6.2.

¹⁰ 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 1858).

être refusé en cas de demandes abusives. » L'OFDF a ensuite relevé que les documents demandés avaient été établis sur la base de l'accord de suspension du 21 mars 2024 dans le cadre d'une autre procédure de médiation et qu'il n'existait, à ce stade, pas de droit à consulter ces pièces. « Or, la loi sur la transparence ne saurait être détournée pour accéder à des documents préalablement inexistants, en contournant les règles de procédures spéciales prévues par la loi sur la transparence elle-même. » Compte tenu de ces éléments, l'OFDF a considéré que la demande d'accès équivalait à un abus de droit sous l'angle de la loi sur la transparence.

L'autorité a encore ajouté qu'après consultation de l'AFC, elle était de l'avis que la « demande du 10 septembre étendue le 20 septembre 2024 est en substance une demande de consultation du dossier qui, comme évoqué plus haut, ne pourrait intervenir dans la procédure en matière de transparence prévue par la LTrans et l'OTrans actuellement en vigueur qu'au stade de la phase décisionnelle dans les circonstances décrites à l'art. 15 LTrans et selon les dispositions applicables de la PA. » Pour conclure, l'OFDF a relevé qu'il ne pouvait y avoir de demande d'accès basée sur la LTrans portant sur les actes de cette procédure spéciale au regard de l'art. 3 al. 1 let. b LTrans.

12. Par courrier daté du 18 octobre 2024, la demanderesse a déposé une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé). Dans celle-ci, la demanderesse a constaté que hormis le courriel du 27 septembre 2024, l'OFDF a refusé de lui transmettre les échanges avec l'AFC, ce qui, de son point de vue, laisse penser que les autorités ont quelque chose à cacher puisqu'elles ne sont pas transparentes. Ensuite, elle a noté que « les arguments de l'OFDF sur l'accès à ces documents ont fortement varié en l'espace de 20 jours. En effet, dans son courrier du 30 septembre 2024, l'OFDF prétendait que la nouvelle demande d'accès ne pouvait pas être traitée dans le cadre de la procédure [précédente ; cf. recommandation du PFPDT du 17 avril 2025] en cours et qu'elle serait traitée comme une nouvelle demande d'accès au sens de la LTrans. Or, dans son courrier de refus du 18 octobre 2024, l'OFDF fait machine arrière en prétendant tout d'abord, au chapitre 2, que la nouvelle demande d'accès doit être traitée comme une demande de consultation des pièces dans le cadre de la procédure [précédente] – des pièces qui ne seraient cependant pas consultables à ce stade –, puis en concluant finalement au chapitre 3, après consultation avec l'AFC, que la LTrans n'est, quoi qu'il en soit, pas applicable à la nouvelle demande d'accès. » La demanderesse a poursuivi en contestant le fait que sa demande ne puisse faire l'objet d'une procédure d'accès indépendante étant donné que toute personne aurait la possibilité de déposer une demande d'accès à cette correspondance. Finalement, la demanderesse a estimé que certains arguments de l'OFDF relevaient de la mauvaise foi et a listé ceux-ci.
13. Par courrier du 23 octobre 2024, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation et, le même jour, a informé l'OFDF du dépôt de la demande en médiation et lui a imparti un délai au 8 novembre 2024 pour lui transmettre les documents concernés ainsi qu'une éventuelle prise de position complémentaire.
14. Le 8 novembre 2024, l'OFDF a remis au Préposé le dossier de la procédure et y a joint une prise de position complémentaire dans laquelle il a commencé par relever qu'une affaire douanière liée à la perception de la TVA et concernant la demanderesse était en cours et que celle-ci avait « toutes les possibilités de faire valoir ses droits dans le cadre de cette procédure en saisissant les voies de droit usuelles pour contester la pratique douanière actuelle [...] » et a rappelé à ce titre que selon le Tribunal administratif fédéral « le fait que le droit d'accès ne soit pas limité à un cercle de bénéficiaires particulier doit avoir pour corollaire qu'un demandeur ne saurait se voir accorder un accès privilégié à un document au titre de la LTrans pour des motifs étrangers à cette loi, par exemple en raison d'une autre procédure l'opposant à l'administration (arrêt du 26 septembre 2023 du TAF A-3577/2022, consid. 4.3.2). » Finalement, l'OFDF a estimé que le comportement de la demanderesse portait atteinte à l'esprit de la procédure de médiation, car il nuit au climat de confiance nécessaire pour trouver un accord en séance de médiation.
15. Le 20 mars 2025, le Préposé a informé la demanderesse qu'il allait procéder par écrit et lui a donné la possibilité de lui remettre une prise de position, jusqu'au 3 avril 2025, motivant les raisons pour lesquelles l'accès aux informations demandées devait lui être accordé.

16. Par courrier du 28 mars 2025, la demanderesse a fait parvenir au Préposé sa prise de position dans laquelle elle a précisé avoir demandé accès aux échanges entre l'OFDF et l'AFC, car elle aurait constaté des pratiques illicites, similaires à celles d'autres autorités et que la loi sur la transparence serait dès lors « la première voie à suivre pour tenter d'apporter un peu de lumière sur les faits d'une affaire louche, respectivement pour mettre la pression sur les autorités concernées afin qu'elles sortent du bois, ce qui permet souvent de continuer à les mettre en faute si elles continuent alors à tricher ». La demanderesse a donc requis l'accès pour les raisons évoquées.
17. Le 25 juillet 2025, le PFPDT a informé l'OFDF que la procédure de médiation se déroulait par écrit et lui a offert la possibilité de lui remettre une prise de position complémentaire. L'OFDF a renoncé à cette possibilité.
18. Les allégations de la demanderesse et de l'OFDF ainsi que les documents déposés sont pris en compte, dans la mesure où cela s'avère nécessaire, dans les considérants ci-après.

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

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

19. La demanderesse a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès de l'OFDF et a reçu une réponse négative. Étant 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).
20. La procédure de médiation peut se dérouler par écrit ou par oral (en présence de tous les intéressés ou de certains d'entre eux), sous l'égide du Préposé. C'est à lui qu'il incombe de fixer les modalités.¹¹ Si la médiation n'aboutit pas ou si aucune solution consensuelle n'est envisageable, le Préposé est tenu par l'art. 14 LTrans de formuler une recommandation fondée sur son appréciation du cas d'espèce.

B Considérants matériels

21. Selon l'art. 12 al. 1 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.¹²
22. La demanderesse ayant requis tous les documents qui attestent des échanges que l'OFDF a eus avec l'AFC (courriers, courriels, notes téléphoniques, procès-verbal de réunion, etc.) en lien avec l'accord du 21 mars 2024, ces derniers définissent l'objet de la présente procédure. La période couverte par la demande d'accès porte du 21 mars 2024 au 30 septembre 2024, l'OFDF ayant accepté l'extension de la demande d'accès de la demanderesse (cf. ch. 6).
23. Dans un premier temps, il convient de déterminer si la loi sur la transparence est applicable en l'espèce, l'OFDF le contestant.
24. Suite au dépôt de la demande d'accès, l'OFDF commence par communiquer à la demanderesse, le 30 septembre 2024, qu'il considère que « la demande en production de ces documents ne peut pas intervenir dans le cadre de la procédure de la loi sur la transparence (RS. 152.3) en cours (cf. ch. 1), laquelle n'est d'ailleurs pas soumise à la loi sur la procédure administrative (RS. 172.021). Dès lors, votre demande sera traitée comme une nouvelle demande d'accès au sens de la loi sur la transparence. » Le même jour, l'OFDF indique à la demanderesse qu'il lui fera parvenir prochainement sa prise de position, à moins que le délai de réponse doive être prolongé en application de l'art. 12 LTrans.

Le 18 octobre 2024, l'OFDF, dans sa prise de position à la demanderesse, débute en rappelant que, selon la jurisprudence,¹³ la PA n'est pas applicable à la procédure de médiation et qu'une

¹¹ FF 2003 1865.

¹² GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (eds.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008 (cité: Handkommentar zum BGÖ), Art. 13, N8.

¹³ Arrêt du TAF A-631/2024 du 20 août 2024, consid. 2.3.1.

consultation des pièces du dossier en application de l'art. 26 PA serait uniquement possible ultérieurement, dans l'hypothèse où une décision est rendue en application de l'art. 15 LTrans. Il ajoute que ni la loi sur la transparence ni son ordonnance ne prévoient la possibilité de consulter les pièces. Il poursuit son argumentaire en mentionnant qu'après consultation de l'AFC, il est désormais d'avis que la loi sur la transparence n'est pas applicable à la demande d'accès, car celle-ci est partie intégrante des procédures de médiation précédemment mentionnées. D'après l'OFDF, il s'agit par conséquent d'une demande de consultation des pièces du dossier « qui, comme évoqué plus haut, ne pourrait intervenir dans la procédure en matière de transparence prévue par la LTrans et l'OTrans actuellement en vigueur qu'au stade de la phase décisionnelle dans les circonstances décrites à l'art. 15 LTrans et selon les dispositions applicables de la PA. Ainsi, s'agissant d'une procédure spéciale pendante, régie de surcroît exclusivement par les dispositions de procédures prévues par la LTrans et l'OTrans, l'OFDF relève qu'il ne peut y avoir de demande d'accès basée sur la LTrans portant sur les actes de cette procédure spéciale, au regard de l'art. 3 al. 1 let. b LTrans. »

25. En résumé, selon la compréhension du Préposé, l'OFDF après avoir estimé dans un premier temps que la demande d'accès devait être traitée en application de la loi sur la transparence, a, dans un second temps, changé de position et considéré qu'il ne s'agit pas d'une demande d'accès au sens de la loi sur la transparence, mais d'une demande de consultation des pièces faite par une partie aux procédures de médiation précitées. Néanmoins, une consultation des pièces est impossible sachant que la PA n'est pas applicable à la procédure de médiation et que la loi sur la transparence et son ordonnance ne prévoient pas cette possibilité. Du point de vue de l'OFDF, cette consultation des pièces pourrait seulement intervenir après l'émission de la recommandation et avant qu'une décision de première instance soit rendue en application de l'art. 15 LTrans.
26. En l'espèce, la demanderesse a déposé une demande d'accès dans laquelle elle apporte la précision suivante : « Au cas où votre autorité venait à considérer que cette demande en production de documents ne peut pas intervenir dans le cadre de la procédure de médiation LTrans en cours, ma mandante demande à votre autorité de traiter sa requête sous l'angle d'une nouvelle demande de production de documents fondée sur la LTrans ». L'OFDF lui a alors répondu traiter la demande sous l'angle de loi sur la transparence avant de changer d'avis et de parvenir à la conclusion que ni la PA, ni la loi sur la transparence n'étaient applicables à l'accès aux informations souhaitées. Le Préposé constate que la demanderesse a exprimé son souhait d'obtenir l'accès à des documents et que la loi sur la transparence, contrairement à la PA qui n'est pas applicable dans le cas présent puisqu'aucune procédure de 1^{re} instance impliquant la demanderesse et les documents demandés n'est en cours, lui donne un droit d'accès. De sorte, il convient d'appliquer la loi sur la transparence à la demande déposée le 10 septembre 2024 et étendue le 30 septembre 2024 et de la considérer comme une nouvelle demande d'accès au sens de l'art.10 LTrans.
27. L'OFDF considère dans un deuxième temps que la loi sur la transparence n'est pas applicable conformément à l'art. 3 al. 1 let. b LTrans, car la demanderesse était partie aux précédentes procédures de médiation (cf. ch. 1).
28. Selon L'art. 3 al. 1 let. b LTrans, la loi sur la transparence ne s'applique pas à la consultation du dossier par une partie dans une procédure administrative pendante de première instance. Cette norme s'applique uniquement aux parties de la procédure au sens de l'art. 6 PA. Les documents d'une procédure de première instance étant soumis en tant que tels à la loi sur la transparence, ils peuvent être consultés par des tiers. Toutefois, lorsqu'une procédure administrative est en cours, l'accès aux documents officiels sur la base de la loi sur la transparence est en principe différé si ceux-ci constituent la base de la décision politique ou administrative, conformément à l'art. 8 al. 2 LTrans.¹⁴ Ainsi tant qu'une procédure administrative est en cours, il n'y a, en principe, pas de possibilité de consulter le dossier fondé sur la loi sur la transparence, ni pour une partie, ni pour un tiers.¹⁵ L'accès est donc différé jusqu'à ce que la décision soit rendue afin d'assurer la liberté de formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité en la protégeant des influences extérieures. Toutefois, comme presque chaque document constitue la base d'une décision, l'auto-

¹⁴ SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 3, ch. 55.

¹⁵ Arrêt du TAF A-3649/2014 du 25 janvier 2016, consid. 9.1.5.

rité pourrait être encline à interpréter de manière large l'art. 8 al. 2 LTrans. Aussi, d'après la doctrine, il faut qu'il existe un lien direct et étroit entre le document et la décision à prendre concrètement et que ce document ait matériellement une importance non négligeable au regard de cette décision.¹⁶ Un lien lâche entre la décision et les documents demandés ne suffit pas.¹⁷ Le Préposé requiert en outre une certaine connexité temporelle entre la décision de l'autorité et la procédure d'accès.¹⁸ Une fois la décision prise, le risque d'influencer la libre formation de l'opinion de l'autorité n'existant plus, l'accès doit être accordé sous réserve des exceptions prévues aux art. 7- 9 LTrans.

29. La procédure de médiation ne peut pas être considérée comme une procédure de première instance puisqu'elle ne se conclut pas par une décision au sens de l'art. 5 PA, mais par une recommandation non contraignante. La demanderesse ne peut ainsi pas être reconnue comme partie au sens de l'art. 6 PA. Au cas contraire, elle doit pouvoir bénéficier du droit de consultation des pièces prévu à l'art. 26 PA. En outre, l'OFDF a informé le Préposé qu'il avait rendu une décision le 25 juillet 2025 dans le cadre de la procédure de médiation précédente¹⁹, par conséquent la procédure de première instance menant à la décision au sens de l'art. 5 PA (cf. art. 15 LTrans) est terminée. De surcroît, le Préposé n'a pas connaissance, et l'OFDF n'a pas amené d'élément en ce sens, d'une autre procédure judiciaire en cours dans laquelle les documents demandés (cf. ch. 1) pourraient être considérés comme des actes de procédure au sens de l'art. 3 al. 1 LTrans.²⁰ Sur la base de ce qui précède, le Préposé estime que la loi sur la transparence est applicable en l'espèce.
30. *Pour résumer : la demande de la demanderesse doit être traitée comme une nouvelle demande d'accès par l'OFDF et la loi sur la transparence est applicable à cette dernière. En effet, la procédure de médiation se concluant par une recommandation non contraignante et non par une décision sujette à recours, elle n'est pas une procédure de première instance. De surcroît, le Préposé n'a pas connaissance, et l'OFDF n'a pas amené d'élément en ce sens, d'une autre procédure judiciaire en cours dans laquelle les documents demandés (cf. ch. 1) pourraient être considérés comme des actes de procédure.*
31. L'OFDF estime que la demande d'accès est constitutive d'un abus de droit dans la mesure où la demanderesse requiert l'accès à des documents inexistantes avant la séance de médiation du 21 mars 2024. Selon l'autorité, la loi sur la transparence ne saurait être détournée pour accéder à des documents exclus de l'accès en vertu de règles de procédures spéciales. Elle rappelle qu'en application de l'art. 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi et souligne que, selon la jurisprudence, il y a un abus de droit notamment en cas d'utilisation d'un droit dans un but contraire au but légal, pour protéger des intérêts que la loi ne souhaite pas protéger, la norme devient un moyen au service d'un but qui lui est étranger.²¹ Compte tenu de ce qui précède, le Préposé va examiner si la demande d'accès est abusive au sens des art. 5 al. 3 et 9 Cst.
32. L'abus de droit s'applique non seulement au droit privé, mais aussi au droit public, en particulier en droit administratif.²² Il constitue un des trois sous-principes formant la notion de bonne foi consacrée aux art. 5 al. 3 et 9 Cst. Selon la jurisprudence²³, il y a abus de droit lorsque l'exercice d'un droit subjectif apparaît, dans un cas concret, comme manifestement contraire au droit. Par exemple, si une institution juridique est utilisée manifestement à l'encontre de la finalité pour laquelle elle a été créée. Le Message relatif à la loi sur la transparence²⁴ précise que la loi ne règle

¹⁶ Arrêt du TAF A-3631/2009 du 15 septembre 2009, consid. 3.5.1.

¹⁷ MAHON/GONIN, Handkommentar BGÖ, Art. 8, N30.

¹⁸ Recommandation du PFPDT du 16 septembre 2015: ENSI / Berichte der Kernkraftwerkbetreiber zur Verfügung des ENSI vom 17. Mai 2013 (gezielter Anflug von Flugzeugen), ch. 16s.

¹⁹ Recommandation du PFPDT du 17 avril 2025 : OFDF / Rulings.

²⁰ Arrêt du TF 1C_367/2020 du 12 janvier 2021, consid. 3.4.

²¹ ATF 131 III 535, consid. 4.2.

²² Arrêt du TAF A-2434/2013 du 9 décembre 2013, consid. 7.3.

²³ Arrêt du TAF A4307/2010 du 28 février 2013, consid. 7.2 ; arrêt du TAF A-6048/2008 du 10 décembre 2009 consid. 7.2.1; ATF 131 II 265, consid. 4.2.

²⁴ FF 2003 1858s.

pas expressément le cas des demandes abusives, car l'application du principe général est suffisante. Il précise toutefois que « l'accès aux documents officiels peut ainsi être exceptionnellement refusé lorsque, par exemple, le demandeur vise délibérément à perturber le fonctionnement d'une autorité ou lorsqu'il saisit l'autorité de manière répétée et systématique afin d'accéder à un document auquel il a déjà eu accès. [...] Il importe de préciser que la simple répétition d'une demande n'est pas encore en soi constitutive d'un abus. »

33. Au regard des arguments de l'autorité, le Préposé reconnaît que le fait que la demanderesse requière l'accès à des documents produits sur la base d'un accord de suspension conclu lors d'une séance à laquelle elle était également partie peut péjorer le climat de confiance nécessaire à la recherche d'une solution amiable. Ce procédé ne permet toutefois pas de conclure à lui seul à un abus de droit. En effet, comme le relève la jurisprudence²⁵, le but de la loi sur la transparence est de garantir à toute personne, sans que celle-ci n'ait à justifier d'un intérêt (art. 7 al.1 OTrans), l'accès aux documents officiels afin de promouvoir la transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité de l'administration. En l'espèce, la demanderesse cherche à obtenir, en s'appuyant sur la loi sur la transparence, des documents officiels produits par des autorités fédérales, ce qui semble conforme au but poursuivi par la loi sur la transparence et non manifestement contraire à celui-ci. En outre, le Préposé ayant constaté que la loi sur la transparence est applicable en l'espèce (cf. ch. 29) et non la PA, il convient de conclure que la demanderesse ne cherche pas à contourner au moyen de la loi sur la transparence des règles de procédures spéciales excluant l'accès aux informations souhaitées. L'OFDF a par ailleurs également indiqué à plusieurs reprises (cf. ch. 4 et 11) que la demanderesse ne pouvait pas se prévaloir de la PA pour accéder à ces informations.

À la lumière de ces éléments et compte tenu du fait qu'un abus de droit doit être manifeste et admis de manière restrictive²⁶, le Préposé constate que l'OFDF n'est pas parvenu, pour l'instant, à démontrer le caractère manifestement abusif de la demande d'accès, de sorte que l'accès ne saurait être refusé sur cette base.

34. *Pour résumer : La loi sur la transparence étant applicable et l'OFDF n'ayant pas démontré que la demande d'accès est manifestement abusive, l'accès ne peut être refusé sur cette base. De surcroît, l'OFDF n'a, pour l'instant, pas amené d'autres motifs d'exception permettant de refuser ou limiter l'accès. De ce fait, le Préposé recommande à l'OFDF d'accorder l'accès aux documents identifiés comme répondant à la demande d'accès de la demanderesse.*

Dispositif à la page suivante

²⁵ ATF 150 II 191, consid. 4; ATF 142 II 340, consid. 2.2.

²⁶ Arrêt du TAF A-2434/2013 du 9 décembre 2013, consid. 7.3.

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

35. La loi sur la transparence étant applicable, la demande d'accès n'étant pas abusive et l'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières n'ayant pas amené d'autres motifs d'exceptions permettant de refuser ou de limiter l'accès, l'accès aux documents identifiés comme répondant à la demande d'accès de la demanderesse doit être accordé par l'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières.
36. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, la demanderesse peut requérir que l'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières rende une décision selon l'art. 5 PA si elle n'est pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).
37. L'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières rend une décision selon l'art. 5 PA s'il refuse d'octroyer l'accès conformément à la recommandation (art. 15 al. 2 LTrans).
38. L'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières 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).
39. 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).
40. La recommandation est notifiée à :
 - Recommandé (R) avec avis de réception
X.__, par l'intermédiaire de A.__
[Demanderesse]
 - Recommandé (R) avec avis de réception
Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières
3003 Berne

Reto Ammann
Chef Domaine de direction
Principe de la transparence

Mélissa Beutler
Juriste Domaine de direction
Principe de la transparence