

# **EDOEB recommandation-du-27-novembre-2023-a1-sg-dff-documents-en-lien-avec-lacquisition-2023-11-27 vom 16. März 2023**

EDÖB, 2023-03-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb\\_recommandation-du-27-novembre-2023-a1-sg-dff-documents-en-lien-avec-lacquisition-2023-11-27](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_recommandation-du-27-novembre-2023-a1-sg-dff-documents-en-lien-avec-lacquisition-2023-11-27)

FR: EDOEB

recommandation-du-27-novembre-2023-a1-sg-dff-documents-en-lien-avec-lacquisition-2023-11-27  
du 16 mars 2023

IT: EDOEB

recommandation-du-27-novembre-2023-a1-sg-dff-documents-en-lien-avec-lacquisition-2023-11-27  
del 16 marzo 2023

## **Erwägungen**

### **E. 30**

FF 2003 1832.

### **E. 31**

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

### **E. 32**

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.

### **E. 33**

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

### **E. 34**

Rapport explicatif OdN-PLB, p. 11.

### **E. 35**

ATF 138 I 189, consid. 3.4.

### **E. 36**

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.

### **E. 37**

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.

### **E. 38**

ATF 126 V 134, consid. 4a avec renvois ; voir aussi pour plus de détails ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 279 ss.

11/23 la période 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.<sup>39</sup> 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 prévoient 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.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup> 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.

### **E. 39**

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

### **E. 40**

Voir chiffre 45, avec référence de la note de bas de page 39.

### **E. 41**

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

12/23 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 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-DFP 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-DFP 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. 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.<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup> 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).<sup>45</sup> 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

#### **E. 42**

FF 2023 1369, Art. 1.

#### **E. 43**

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

#### **E. 44**

Cf. Arrêt du TF 1C\_333/2020 du 22 octobre 2021, consid. 5.1.2.

#### **E. 45**

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

13/23 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 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.<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup> 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.<sup>48 60</sup>. Dans sa prise de position du 26 juin 2023 (voir ch. 13), le SG-DFP 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. <sup>61</sup>. Dans sa prise de position du 25 août 2023, le demandeur admet que la CEP doit pouvoir enquêter en toute sérénité, mais il rappelle l'intérêt accru du public pour cette affaire et ajoute que la population souhaite obtenir plus d'informations que les seules conclusions de la CEP. Il souligne l'importance du travail des médias, qui sont indépendants du déroulement des événements en lien avec la reprise de Credit Suisse par UBS, et qui doivent, par conséquent, obtenir un accès aux documents pour pouvoir informer le public. <sup>62</sup>. 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 transparence<sup>49</sup>, 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

#### **E. 46**

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.

#### **E. 47**

ATF 142 II 340, consid. 2.2.

#### **E. 48**

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

#### **E. 49**

FF 2003 1849.

14/23 un débat nourri et controversé n'est pas suffisante pour considérer cette condition comme rem- plie. Selon le message et la jurisprudence, tout retard ou complication dans le processus de dé- cision en raison d'un débat public ne doit pas automatiquement être considéré comme une at- teinte notable du processus de libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité.<sup>50</sup> 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.<sup>51 63</sup>. 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.<sup>52</sup> Les travaux d'enquête proprement dits comprendront notamment l'appréciation des documents pertinents.<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup> 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.<sup>55</sup> 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. <sup>64</sup> 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.<sup>56</sup> 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 maturation<sup>57</sup>, 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 demandés<sup>58</sup>, ce d'autant plus que le SG-DFF n'a, jusqu'à présent, pas entrepris cette démarche dans sa prise de position.

## **E. 50**

FF 2003 1849 ; Arrêt du TAF A-62921/2013 du 28 octobre 2014, consid. 7.2.3 avec renvois. <sup>51</sup> COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 7, N 15. <sup>52</sup> FF 2023 1369, Art. 2. <sup>53</sup> 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]). <sup>54</sup> FF 2003 1269, Art. 3. <sup>55</sup> CEP, Communiqué de presse du 8 septembre 2023. <sup>56</sup> 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](https://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]). 57 COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 7 N 15. 58 Voir Arrêt du TAF A-1051/2022 du 29 août 2023, consid. 10.2.

15/23 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 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 par conséquent, 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.»<sup>59</sup> L’exception ne doit être admise que si la mesure concrète prise par l’autorité est sérieusement compromise par la divulgation de l’information<sup>60</sup> 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.<sup>61</sup> 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.<sup>62</sup> 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 »<sup>63</sup>. 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

59 Arrêt du TAF A-4571/2015 du 10 août 2016, consid. 6.1. 60 ATF 144 II 77, consid. 4.3. 61 Arrêts du TAF A-3443/2010 du 18 octobre 2010, consid. 5.2 ; A-700/2015 du 26 mai 2015, consid. 5.1. 62 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. 63 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](http://www.efd.admin.ch) > Le DFF > Communiqués du DFF > Credit Suisse/UBS : fin de toutes les garanties de la Confédération [consulté le 8 novembre 2023]).

16/23 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. 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. 7), 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 transparence<sup>64</sup>, 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,<sup>65</sup> 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.<sup>66</sup> 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.<sup>67</sup> 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

64 FF 2003 1851. 65 Arrêt du TAF A-407/2019 du 14 mai 2020, consid. 5.1, avec renvois.

66 Arrêt du TAF A-407/2019 du 14 mai 2020, consid. 5.1, avec renvois. 67 Arrêt du TF 1C\_462/2018 du 17 avril 2019, consid. 5.2.

17/23 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 de l'irritation d'un Etat face à la publication d'informations le concernant ou concernant ses ressortissants.<sup>68</sup> Le préjudice redouté en cas de divulgation des données doit toutefois être important et présenter un risque sérieux de survenance.<sup>69</sup> 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.<sup>70</sup> 78. Pour autant que les documents contiennent des informations sur des discussions confidentielles avec des partenaires internationaux et qu'il existe un 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.<sup>71</sup> 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 chiffraient 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

68 Recommandation du PFPDT du 10 novembre 2014 : BJ / Korrespondenz, ch. 40. 69 Arrêt du TAF A-4494/2020 du 20 avril 2021, consid. 5.2 avec renvois. 70 Arrêt du TF 1C\_462/2918 du 17 avril 2019, consid. 5.4 ; ATF 142 II 313, consid. 4.3. 71 Voir arrêt du TF 1C\_14/2016 du 23 juin 2016, consid. 3.6 avec renvoi à HÄNER, Handkommentar BGÖ Art. 15, N8.

18/23 Confédération risque d'être désavantagée sur le plan de la concurrence. En d'autres termes, lorsque la divulgation des documents officiels lui porterait préjudice.<sup>72</sup> Cette exception doit garantir que la Confédération puisse élaborer des stratégies correspondantes sans pression externe. La doctrine se prononce en faveur d'une application restrictive de cette exception.<sup>73</sup> 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.<sup>74</sup> 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.<sup>84</sup> 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.<sup>85</sup> 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).<sup>75</sup> <sup>86</sup> 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.<sup>76</sup> La violation du

<sup>72</sup> Voir à ce sujet SCHOCH, Kommentar Informationsfreiheitsgesetz IFG, § 3 ch. 6 IFG.

<sup>73</sup> COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Handkommentar BGÖ, Art. 7, N 39. <sup>74</sup> Arrêt du TAF A-7495/2014 du 23 novembre 2015, consid. 6.3. <sup>75</sup> Arrêt du TF 1C\_665/2017 du 16 janvier 2019, consid. 3.3. <sup>76</sup> 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.

19/23 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 particulière du public. La menace d'atteinte doit être grave et sérieuse.<sup>77</sup> On ne peut pas parler d'un intérêt légitime au maintien du secret lorsque les intérêts privés sont en contradiction avec l'ordre juridique.<sup>78</sup> <sup>87</sup> 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).<sup>79</sup> 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.<sup>80</sup> Si la preuve fait défaut, l'accès doit en principe être accordé.<sup>81</sup> 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.<sup>82 88.</sup> Quant aux documents requis par le demandeur, le SG-DFP 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-DFP 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-DFP rien de plus qu'une référence générale à la présence éventuelle de secrets d'affaires dans les documents. <sup>89.</sup> Conclusion intermédiaire : Le SG-DFP 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 concurrentielle 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. <sup>90.</sup> 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.<sup>83 91.</sup> Dans sa prise de position du 14 avril 2023 (cf. ch. 7), le SG-DFP 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-DFP s'appuie ainsi sur l'art. 8 al.1 LTrans pour justifier son refus d'accès. <sup>92.</sup> 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

<sup>77</sup> Arrêt du TAF A-199/2018 du 18 avril 2019, consid. 3.2.2. <sup>78</sup> SCHOCH, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, 2ème éd., München 2016, § 6 N 96 ss. <sup>79</sup> Arrêt du TAF A-199/2018 du 18 avril 2019, consid. 4.3.2. <sup>80</sup> Arrêt du TAF A-1432/2016 du 5 avril 2017, consid. 5.4. <sup>81</sup> Arrêt du TAF A-1732/2018 du 26 mars 2019, consid. 8. <sup>82</sup> Arrêt du TAF A-199/2018 du 18 avril 2019, consid. 3.2.2. <sup>83</sup> Arrêt du TF 1C\_222/2018 du 21 mars 2019, consid. 3.4s.

20/23 au sens de l'art. 12 LOGA ainsi que la libre formation de la volonté et de l'opinion du Conseil fédéral.<sup>84</sup> L'exclusion du droit d'accès à ces documents est définitive.<sup>85 93.</sup> 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 consultés<sup>86</sup>, ainsi que les notes personnelles des conseillers fédéraux, de leurs conseillers personnels ou d'autres collaborateurs.<sup>87</sup> 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 signée<sup>88</sup> 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 offices<sup>89</sup>, 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.<sup>90</sup> 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.<sup>97</sup> 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

84 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. 85 Arrêt du TAF A-2070/2017 du 16 mai 2018, consid. 4.3.4.2. 86 Arrêt du TAF A-4500/2013 du 27 février 2014, consid. 3.5.2.3. 87 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. 88 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. 89 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/PFPDT 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. 90 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.

21/23 sont pas secrètes. Les informations secrètes peuvent par exemple être anonymisées, caviardées, publiées partiellement ou l'accès à ces dernières peut être différé.<sup>91</sup> 98. 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.51) 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 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 célérité<sup>92</sup> 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'affaire<sup>93</sup> 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. 99. Pour conclure, il convient de noter que le SG-DFP 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

91 Arrêt du TAF A-1432/2016 du 5 avril 2017, consid. 3.3.2. 92 FF 2003 1858s; FLÜCKIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 11, ch. 18. 93 Arrêt du TAF A-6755/2016 du 23 octobre 2017, consid. 4.1.4.

22/23 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.<sup>94</sup>

Dispositif à la page suivante

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

23/23 III Se fondant sur les considérants susmentionnés, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence recommande ce qui suit : 100. 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. 98). 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. 101. 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. 98) et que l'accès ne soit pas différé en application de l'art. 7 al. 1 let. a LTrans (ch. 100) car, il n'a jusqu'à présent pas suffisamment motivé la réalisation des éléments constitutifs des dispositions d'exception. 102. 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). 103. 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). 104. 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). 105. 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). 106. La recommandation est notifiée à : - Recommandé (R) avec avis de réception

A.1 (Demandeur) - Recommandé (R) avec avis de réception

Secrétariat général du Département fédéral des finances 3003 Berne 107. 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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.