



Berne, le 21 mars 2013

Recommandation

**émise au titre
de l'art. 14
de la loi fédérale
sur le principe de la transparence
dans l'administration
concernant la demande en médiation introduite**

**X
(demandeur)**

contre

l'Office fédéral de la justice (OFJ)

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

1. Conformément à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans, RS 152.3), le demandeur (journaliste) a déposé par courrier électronique du 22 novembre 2011 adressé à l'Office fédéral de la justice (OFJ), une demande d'accès concernant l'affaire Portmann c. Suisse (requête n° 38455/06 auprès de la Cour européenne de droits de l'homme). Le demandeur a requis l'accès aux « *observations de la Suisse dans l'affaire Portman c. Suisse (38455/06)* » (a.) et à la « *requête et observations du requérant à la CEDH dans l'affaire Portmann c. Suisse (38455/06)* » (b.).
2. L'OFJ a pris position le 22 novembre 2011. Invoquant l'art. 3 al. 1 let. a ch. 4 LTrans, l'OFJ a refusé d'accorder l'accès aux documents requis. L'autorité a informé le demandeur que les procédures devant la Cour européenne des droits de l'homme constituent des procédures de règlement international des litiges au sens de l'art. 3 al. 1 let. a ch. 4 LTrans et ne tombent pas dans le champs d'application matériel de la loi sur la transparence. L'OFJ a précisé que dans la mesure où ladite affaire pouvait faire l'objet d'une demande de renvoi devant la Grande Chambre, elle la considérait « *pour l'instant, comme pendante* ». De plus, l'autorité a relevé que « *la procédure devant la Cour est régie par la Convention et par le Règlement intérieur de la Cour. Son article 33 (Publicité des documents) statue comme règle l'accessibilité au public de tous les documents déposés au greffe par les parties. Le président de la Chambre peut toutefois décider autrement, soit d'office, soit à la demande d'une partie ou de toute autre*



personne (al. 1). C'est à la Cour - et à elle seule - de décider si les conditions justifiant ou exigeant une restriction du libre accès (al. 2) sont réunies ».

3. Le demandeur a déposé une demande de médiation par courrier électronique du 1^{er} décembre 2011, parvenue au Préposé le 2 décembre 2012. Le Préposé a accusé réception de la demande en médiation par courrier électronique du même jour.
4. Le 2 décembre 2011, le Préposé a informé par courrier électronique l'OFJ du dépôt de la demande en médiation et a imparti un délai de 10 jours à l'autorité pour lui transmettre une copie du dossier et une prise de position.
5. Le 8 décembre 2011, le Préposé a reçu la prise de position de l'OFJ accompagnée d'une partie du dossier. L'autorité ayant renoncé à lui faire parvenir le dossier officiel complet au motif que la loi sur la transparence était selon elle inapplicable en l'espèce. Dans sa prise de position, l'OFJ a indiqué que « *la demande d'accès concerne une requête individuelle au sens de l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, RS 0.101). L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) a été rendu le 11 octobre 2011(...)* ». De plus, l'OFJ a relevé que conformément à son art. 3 al. 1 let. a ch. 4, la loi sur la transparence ne s'applique pas à l'accès aux documents officiels concernant les procédures de règlement international des différends. L'autorité a allégué que l'art. 3 al. 1 let. a LTrans s'applique tant aux procédures en cours qu'à celles qui sont closes. Finalement, l'autorité a précisé que même à supposer que cette disposition s'applique uniquement aux procédures pendantes, elle concluait à l'inapplicabilité de la loi sur la transparence, puisque l'arrêt rendu le 11 octobre 2011 dans le cadre de l'affaire concernée avait fait l'objet d'une demande de renvoi devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme (art. 43 CEDH).
6. Le 8 mars 2012, le collège de cinq juges de la Grande Chambre a rejeté la demande de renvoi (art. 43 § 2 CEDH). L'arrêt rendu le 11 octobre 2011 par la deuxième section de la Cour européenne des droits de l'homme est dès lors devenu définitif le 8 mars 2012 en vertu de l'art. 44 § 2 let. c CEDH.¹

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

7. En vertu de l'art. 13 LTrans, toute personne peut déposer une demande en médiation lorsque sa demande d'accès à des documents officiels est limitée, différée ou refusée, ou lorsque l'autorité n'a pas pris position sur sa demande dans les délais impartis par la loi.
8. Le Préposé n'agit pas d'office, mais seulement sur la base d'une demande déposée par écrit.² Toute personne qui a pris part à une procédure de demande d'accès à des documents officiels est habilitée à introduire une demande en médiation. La forme écrite simple suffit. La demande doit spécifier que l'affaire est confiée au Préposé. Elle doit être remise dans les 20 jours à compter de la réception de la prise de position de l'autorité.
9. Le demandeur a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès de l'OFJ et a reçu une réponse négative. Etant partie à la procédure de demande d'accès, il est légitimé à

¹ Cf. arrêt publié par la Cour européenne des droits de l'homme et le communiqué de presse du Greffier de la Cour du 27 mars 2012.

² FF 2003 1864.



déposer une demande en médiation. Celle-ci a été remise au Préposé selon la forme prescrite et dans le délai légal.

10. 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.³
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

12. Selon l'art. 12 al. 1 de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (Ordonnance sur la transparence, OTrans, 152.31) le Préposé examine la licéité et l'adéquation de l'appréciation de la demande d'accès par l'autorité. Il peut ainsi vérifier dans le cadre de la procédure de médiation si la demande d'accès a été traitée conformément à la loi par l'autorité. Ainsi, le Préposé vérifie notamment si l'autorité compétente dans le cadre d'une demande d'accès a correctement appliqué les dispositions relatives à la notion de document officiel (art. 5 LTrans) ainsi que la clause d'exception (art. 7 s. LTrans), ou les dispositions relatives à la protection des données personnelles (art. 9 LTrans). Par ailleurs, il peut examiner, pour tous les domaines dans lesquels la loi sur la transparence confère un certain pouvoir d'appréciation à l'autorité (p.ex. les modalités d'accès à des documents officiels) si la solution retenue par l'autorité est adéquate et proportionnée au vu des circonstances du cas d'espèce. Le Préposé peut faire des propositions dans le cadre de la procédure de médiation (art. 12 al. 2 OTrans) ou le cas échéant émettre une recommandation (art. 14 LTrans).⁴
13. L'art. 3 al. 1 let. a LTrans prévoit que la loi sur la transparence ne s'applique pas aux documents officiels concernant les procédures civiles (ch. 1), pénales (ch. 2), d'entraide judiciaire et administrative internationale (ch. 3), de règlement international des différends (ch. 4), juridictionnelles de droit public y compris administrative (ch. 5) et d'arbitrage (ch. 6). Les actes de procédure établis et déposés dans le cadre de la procédure de recours (en particulier les échanges d'écritures et les procès-verbaux) qui sont en possession de l'autorité restent exclus du champ d'application de la loi, même après la clôture de la procédure de recours.⁵ Par ailleurs, l'autorité de recours n'est en l'espèce pas assujettie à la loi sur la transparence (art. 2 LTrans *a contrario*).
14. Les documents requis sont des actes rédigés et déposés par les parties à la cause Portmann c. Suisse dans le cadre de la procédure judiciaire par-devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cette procédure concerne de prétendus traitements inhumains et dégradants au sens de l'art. 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101, ci-après Convention) lors d'une arrestation et d'un transport, puis de l'interrogatoire qui a suivi (obligation de porter un capuchon).

³ FF 2003 1865.

⁴ CHRISTINE GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader [Eds.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 13, N 8.

⁵ [Office fédéral de la Justice, 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, 5 juillet 2012, ch. 2.2.3.](#)



Dès lors, la question de savoir quelle est la nature de la procédure judiciaire devant la Cour européenne des droits de l'homme, à savoir s'il s'agit comme l'a indiqué l'OFJ d'une procédure de règlement international des différends (art. 3 al. 1 let. a ch. 4 LTrans) voire plutôt d'une procédure pénale (art. 3 al. 1 let. a ch. 2 LTrans) ou d'une procédure juridictionnelle de droit public (art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans), peut rester ouverte. En effet, le Préposé est d'avis qu'en l'espèce les documents requis sont, dans un cas comme dans les autres, exclus du champ d'application matériel de la loi sur la transparence, pendant et après la fin de la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme. La Convention et le Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme (RS 0.101.2) s'appliquent et demeurent réservés. L'art. 33 de ce règlement règle la publicité des documents.

15. *Au vu de ce qui précède, le Préposé arrive à la conclusion que l'OFJ n'avait pas l'obligation de transmettre les documents requis au demandeur.*

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

16. L'Office fédéral de la justice (OFJ) maintient son refus d'accorder au demandeur l'accès aux *observations de la Suisse dans le cadre de l'affaire Portman c. Suisse (38455/06)* et à la *requête et aux observations déposées par le recourant dans cette même affaire.*
17. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, le demandeur peut exiger que l'Office fédéral de la justice (OFJ) rende une décision selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) s'il n'est pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).
18. Cette décision peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (art. 16 LTrans) par le demandeur.
19. L'Office fédéral de la justice (OFJ) transmet au Préposé une copie de sa décision et des éventuelles décisions rendues par les autorités de recours (art. 13a OTrans).
20. Par analogie à l'art. 22a PA, les délais fixés en jours par la loi ne courent pas du 24 mars 2013 au 7 avril 2013.
21. La présente recommandation est publiée (art. 13 al. 3 OTrans). Afin de protéger les données relatives aux parties à la procédure de médiation, le nom du demandeur est anonymisé.
22. La recommandation est notifiée à:
- X

 - Office fédéral de la Justice (OFJ)
Bundesrain 20
3003 Bern

Jean-Philippe Walter