



Bern, 27.05.2013

## 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**

**par X  
(demandeur)**

**contre**

**le Département fédéral des finances (DFF)**

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

1. Le Conseil fédéral a indiqué dans son communiqué de presse du 18 mai 2011<sup>1</sup> qu'il avait décidé, le 13 février 2011, de modifier les exigences applicables à l'assistance administrative instaurée dans le cadre de conventions contre la double imposition (CDI) basées sur le standard de l'OCDE, et que, ainsi, l'assistance administrative serait désormais possible sans mentionner de nom, pour autant que la personne concernée ou la banque puissent être identifiées à l'aide d'un numéro de compte ou d'un numéro d'assurance et qu'une pêche aux renseignements (« Fishing expedition ») puisse être exclue. Cette décision du Conseil fédéral était nécessaire, selon le communiqué, car le risque existait que la Suisse ne passe pas avec succès la première phase de la procédure d'examen en cours par les pairs du Forum mondial, et qu'elle fasse l'objet de contre-mesures telles que l'inclusion dans une liste grise ou noire de l'OCDE. Le communiqué indiquait par ailleurs que cette problématique avait conduit la cheffe du DFF à demander une enquête interne à l'administration pour qu'on identifie les raisons à l'origine de la contradiction entre le standard de l'OCDE relatif à l'assistance administrative en matière fiscale et les conventions contre la double imposition négociées par la Suisse. Les

---

<sup>1</sup> [Communiqué de presse du Conseil fédéral du 18 mai 2011 : Assistance administrative en matière fiscale : le Conseil fédéral approuve la réorganisation au sein du DFF.](#)



résultats de cette enquête sont consignés dans un rapport du DFF dont le Conseil fédéral a pris connaissance lors de sa séance du 18 mai 2011. Selon le communiqué de presse, le département a aussi indiqué ce qui suit : « Dans ce rapport, le DFF relève que l'Administration fédérale des contributions (AFC) aurait déjà pu constater au moment de la négociation des CDI, c'est-à-dire dès l'été 2009, la contradiction entre le standard de l'OCDE et les réglementations figurant dans les CDI révisées de la Suisse. »

2. Le demandeur (journaliste) a présenté la demande d'accès suivante au DFF, en date du 18 mai 2011, invoquant la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (loi sur la transparence, LTrans, RS 152.3) : « Pouvez-vous me faire parvenir le rapport du DFF relatif à l'Administration fédérale des contributions et aux difficultés de détecter à temps l'incompatibilité des règles proposées en Suisse avec les standards de l'OCDE ? ».
3. Dans un courrier du 25 mai 2011, le demandeur s'est vu refuser l'accès au rapport au motif suivant : « [...] le rapport se fonde sur une décision rendue par le Conseil fédéral le 13 février 2001 [recte : 2011]. Selon cette décision, les résultats de l'enquête doivent être soumis au Conseil fédéral, ce que le DFF a fait en les lui soumettant à sa séance du 18 mai 2011. Le rapport est donc un document du Conseil fédéral. » Le DFF ajoutait que « le Conseil fédéral ne fait pas partie de l'administration fédérale (cf. FF 2003 1828). [...] Le Conseil fédéral n'entre donc pas dans le champ d'application de la loi sur la transparence. »
4. Le 10 juin 2011, le demandeur a adressé une demande en médiation au préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé). Il y indiquait ce qui suit : «[...] il est patent que le rapport demandé n'est pas couvert par l'exception de l'art. 8 al. 1 LTrans. [...] Au surplus, selon le communiqué de presse du 18 mai 2011, le rapport en question n'émane pas du Conseil fédéral mais bien du DFF, le gouvernement s'étant borné à en prendre connaissance. Enfin, la LTrans ne connaît pas la notion de « document du Conseil fédéral » utilisée par le Département dans sa prise de position. [...] L'examen de la présente affaire démontre au surplus qu'aucune des exceptions prévues à l'art. 7 LTrans n'est réalisée en l'espèce. »
5. A la demande du Préposé, le DFF lui a remis, dans sa prise de position du 27 juin 2011, notamment le rapport du DFF qui faisait l'objet de la demande d'accès, rapport intitulé « Amtshilfe in Steuersachen gemäss Art. 26 OECD Musterabkommen, Bericht über die Rolle der Verwaltung zwischen März 2009 und Februar 2011 » (assistance administrative en matière fiscale au sens de l'art. 26 du modèle de convention de l'OCDE, rapport sur le rôle de l'administration entre mars 2009 et février 2011), ainsi que les annexes I à III. Il ressort des documents que le rapport a été annexé à une note de discussion du DFF à l'attention du Conseil fédéral. Le DFF a indiqué notamment ce qui suit dans la prise de position du 27 juin 2011 qu'il a adressée au Préposé :
  - a) le document réclamé par le demandeur est un rapport qui a été rédigé sur la base d'une décision du Conseil fédéral et qui était destiné à ce dernier, raison pour laquelle le rapport fait partie intégrante d'une affaire du Conseil fédéral et n'est donc pas soumis à la loi sur la transparence en vertu de l'art. 2 al. 1 de cette dernière;
  - b) jusqu'à ce que la cheffe de département signe la note de discussion, le rapport n'était qu'un projet – il n'avait donc pas atteint son stade définitif d'élaboration – qui ne constituait pas un document officiel en vertu de l'art. 5 al. 3 let. b LTrans;
  - c) le rapport ne se distingue pas, de par sa genèse et son statut du point de vue du droit de la procédure, de la note de discussion à laquelle il a été annexé. Le principe de la transparence ne serait pas applicable automatiquement si les résultats de l'enquête



avaient été intégrés directement dans la note de discussion et s'ils n'avaient pas été présentés au Conseil fédéral dans un document distinct. Si les résultats ont été présentés dans un rapport distinct, c'est uniquement par souci de clarté;

- d) objectivement parlant, il faut considérer le rapport comme faisant partie intégrante de la procédure de co-rapport, celui-ci n'est donc pas soumis à la loi sur la transparence (art. 8 al. 1 LTrans). Dans le cas du rapport sur lequel il faut se prononcer, il ne s'agit certes pas d'une procédure de co-rapport au sens formel étant donné qu'il est question d'une simple note de discussion à laquelle le rapport a été annexé. Toutefois, *le rapport* a directement servi à la prise de décision du Conseil fédéral et il est donc assimilé aux documents afférents à la procédure de co-rapport, si bien qu'il n'existe aucun droit d'accès au rapport en question.
6. Les considérants suivants reviendront au besoin sur les autres explications du demandeur et du DFF ainsi que sur les documents qui ont été fournis.

## **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 auprès du Préposé 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 en médiation déposée par écrit.<sup>2</sup> 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 présentée par écrit 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 du DFF et a reçu une réponse négative. Etant partie à la procédure de demande d'accès, il est habilité à déposer une demande en médiation. Celle-ci a été remise au Préposé selon la forme prescrite (forme écrite simple) et dans le délai légal (dans les 20 jours à compter de la réception de la prise de position de l'autorité).
- 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.<sup>3</sup>
- 11. Si la médiation n'aboutit pas ou si aucune solution consensuelle n'est envisageable, le Préposé est tenu, en vertu de l'art. 14 LTrans, d'établir une recommandation fondée sur son appréciation du cas d'espèce.

---

<sup>2</sup> FF 2003 1864.

<sup>3</sup> FF 2003 1865.



## B. Considérants matériels

12. En vertu de 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 si la façon dont l'autorité a traité la demande d'accès est conforme à la loi et appropriée. Il examine ainsi, dans le cadre de la procédure de médiation, notamment si l'autorité chargée de traiter la demande d'accès a appliqué correctement les dispositions relatives à la notion de document officiel (art. 5 LTrans), les dispositions régissant les exceptions (art. 7 s. LTrans) et les dispositions relatives à la protection des données personnelles (art. 9 LTrans). Par ailleurs, il examine, pour tous les domaines dans lesquels la loi sur la transparence confère à l'autorité un certain pouvoir d'appréciation dans le traitement d'une demande d'accès (par 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, établir une recommandation (art. 14 LTrans).<sup>4</sup>
13. Le demandeur a sollicité l'accès au rapport consacré au rôle de l'administration lorsqu'il s'est agi d'adapter les conditions de l'assistance administrative en matière fiscale au standard de l'OCDE (et à ses annexes).  
Compte tenu des arguments avancés par le DFF (voir ch. 5), il convient de déterminer tout d'abord si le rapport exigé par le demandeur a été établi par une unité de l'administration fédérale au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LTrans ou si sa rédaction a fait l'objet d'un mandat, et si la loi sur la transparence lui est applicable (voir ch. 14 s.).  
Il convient ensuite de déterminer si le rapport constitue un document officiel ayant atteint son stade définitif d'élaboration au sens de l'art. 5 al. 3 let. b LTrans (voir ch. 18 s.).  
Après cela, il convient d'examiner si le rapport fait partie intégrante de la note de discussion à laquelle il a été annexé (voir ch. 22 s.).  
Ensuite, il convient de vérifier si le rapport est un document afférent à la procédure de co-rapport et s'il tombe dès lors dans le champ d'application de l'art. 8 al. 1 LTrans, qui ne reconnaît pas de droit d'accès pour les documents de ce type (voir ch. 25 s.).  
Enfin, il convient d'examiner de plus près les annexes du rapport (voir ch. 31 s.).
14. Il s'agit au préalable de déterminer si le rapport a été établi par une autorité qui entre dans le champ d'application personnel de la loi sur la transparence. L'art. 2 LTrans dispose que la loi sur la transparence s'applique à l'administration fédérale (let. a), aux organismes et personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale, dans la mesure où ils édictent des actes ou rendent en première instance des décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) (let. b), et aux services du Parlement (let. c).  
Aux termes de l'art. 1 de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010), le Conseil fédéral est l'autorité directoriale et exécutive suprême de la Confédération. Il constitue dans son ensemble le gouvernement et prend ses décisions en tant qu'autorité collégiale (art. 12 LOGA). Ses délibérations et la procédure de co-rapport ne sont pas publiques (art. 21 LOGA). Le Conseil fédéral dirige certes l'administration fédérale, mais il n'en fait pas partie, car il constitue une autorité distincte, si bien qu'il n'est pas soumis en tant que collègue à la loi sur la transparence (art. 2 al. 1 let. a LTrans a contrario).<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Christine Guy-Ecabert, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, art. 13, n. 8.

<sup>5</sup> [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 »](#), ch. 2.2.2 (état le 5 juillet 2012); Thomas Säggerer, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, art. 2, n. 12.



15. Pour savoir si la loi sur la transparence s'applique à un conseiller fédéral, il faut déterminer si le conseiller fédéral agit en sa qualité de chef de département – et donc en tant que chef d'une unité administrative – ou en tant que membre du gouvernement. S'il agit en sa qualité de chef de département, il est soumis à la loi sur la transparence.<sup>6</sup> Par contre, s'il agit en tant que membre du Conseil fédéral in corpore, il n'est pas soumis à la loi sur la transparence. Tel est le cas lorsqu'il soumet, par exemple, une proposition, une note d'information ou une note de discussion au Conseil fédéral (classeur rouge).<sup>7</sup> Le classeur rouge, qui contient les directives sur les affaires du Conseil fédéral, régit la préparation et le déroulement desdites affaires.<sup>8</sup> Il fixe les procédures à suivre et contient des modèles pour l'élaboration des propositions adressées au Conseil fédéral.
16. Le DFF écrit dans sa prise de position du 27 juin 2011 adressée au Préposé que le rapport a été rédigé à l'attention du Conseil fédéral sur la base d'une décision de ce dernier. Il est écrit toutefois dans le communiqué de presse du 18 mai 2011 que la cheffe du DFF a demandé un examen visant à déterminer les raisons à l'origine de la contradiction entre le standard de l'OCDE relatif à l'assistance administrative en matière fiscale et les conventions contre la double imposition négociées par la Suisse. C'est la raison pour laquelle elle a mandaté le DFF pour rédiger le rapport auquel le demandeur réclame l'accès. Il ressort également du communiqué de presse que, lors de sa séance, le Conseil fédéral a pris connaissance des résultats d'une enquête menée au sein de l'administration. Au vu de ces éléments, il apparaît évident pour le Préposé, que c'est la cheffe du DFF et non pas le Conseil fédéral qui a confié le mandat de rédaction du rapport. Ce constat ressort clairement des documents fournis par le DFF. C'est la raison pour laquelle il ne fait aucun doute, pour le Préposé, que la rédaction du rapport a été décidée par la cheffe de département et qu'elle a été confiée au DFF, donc à une unité de l'administration fédérale.
17. *La cheffe du DFF a chargé le DFF de rédiger le rapport auquel le demandeur a sollicité l'accès. Le DFF fait partie de l'administration fédérale et tombe dans le champ d'application personnel de la loi sur la transparence au sens de l'art. 2 al. 1 let. a, raison pour laquelle cette dernière est applicable en l'occurrence.*
18. Le DFF allègue que le rapport n'était qu'un projet jusqu'à ce que la cheffe de département signe la note de discussion et ne constituait donc pas un document officiel au sens de l'art. 5 al. 3 let. b LTrans car celui-ci n'avait pas atteint son stade définitif d'élaboration.
19. L'art. 5 al. 1 LTrans dispose qu'on entend par document officiel toute information qui a été enregistrée sur un quelconque support (let. a), qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a été communiquée (let. b) et qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique (let. c). Or, il ressort de l'art. 5 al. 3 let. b LTrans que les documents doivent avoir atteint leur stade d'élaboration définitif pour pouvoir être qualifiés de documents officiels. L'art. 1 al. 2 let. a et b OTrans dispose qu'un document a atteint son stade définitif d'élaboration lorsque l'autorité dont il émane l'a signé ou lorsque son auteur l'a définitivement remis au destinataire à titre d'information ou pour que celui-ci prenne position ou une décision. Le terme de document (n')ayant (pas) atteint son stade définitif d'élaboration est un terme juridique non défini.<sup>9</sup> Dans son arrêt du 22 décembre 2011, le Tribunal administratif fédéral a indiqué à ce propos qu'un

<sup>6</sup> [Recommandation du 18 novembre 2010 : VBS / Inspektionsberichte ND-Aufsicht](#), ch. II.B.1.

<sup>7</sup> [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 »](#), ch. 2.2.2 (état le 5 juillet 2012).

<sup>8</sup> <http://www.bk.admin.ch/org/bk/00332/00333/index.html?lang=fr>.

<sup>9</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 22 décembre 2011, A-1156/2011, consid. 8.1.



document officiel doit présenter un caractère définitif. Un document présente un caractère définitif s'il est disponible dans une version finalisée.<sup>10</sup> « Un document est définitivement transmis lorsque la décision de lui donner la suite qu'il comporte relève largement de la compétence de son destinataire ». <sup>11</sup> La signature ou l'approbation d'un document est aussi un élément important indiquant que le document est achevé. <sup>12</sup> Mais l'inverse n'est pas forcément valable : le fait qu'un document n'a pas été approuvé ou signé n'empêche pas qu'il soit assujéti à la loi sur la transparence. Dans ces cas, il faut chercher d'autres indices laissant supposer qu'il est bel et bien achevé, par exemple sa remise en vue de la prise d'une décision définitive, sa datation ou sa finalisation. <sup>13</sup>

20. Le communiqué de presse du 18 mai 2011 indique que le Conseil fédéral a pris connaissance du rapport sur lequel il s'agit de se prononcer en l'occurrence. <sup>14</sup> La cheffe du DFF a mandaté son département pour rédiger le rapport (voir ch. 16) et elle s'est vu remettre un document finalisé. Le rapport est, en tant que tel, le résultat d'un acte administratif définitif et il présente un caractère définitif. Il appartenait ainsi à la cheffe du DFF, en sa qualité de mandant et de destinataire, de décider quelle suite elle allait donner au rapport; c'était ainsi à elle de décider à quel moment elle entendait présenter au Conseil fédéral in corpore le rapport avec la note de discussion signée. <sup>15</sup> Le fait que le rapport porte une date qui est antérieure de 15 jours à celle qui figure sur la note de discussion indique aussi qu'il s'agit d'un document ayant atteint son stade définitif d'élaboration. Le Préposé arrive donc à la conclusion que le rapport doit être qualifié de document ayant atteint son stade définitif d'élaboration.
21. *Le rapport constitue en l'occurrence un acte administratif définitif du DFF, raison pour laquelle c'est un document officiel qui a atteint son stade définitif d'élaboration au sens de l'art. 5 al. 1 LTrans.*
22. Le DFF fait valoir dans sa prise de position le fait que le rapport ne se distingue de la note de discussion à laquelle il a été annexé ni par sa genèse ni par son statut du point de vue du droit de la procédure. Il ajoute que si l'on a rédigé un document distinct, c'est uniquement par souci de clarté. Il s'agit donc de déterminer ci-après si le rapport fait partie intégrante de la note de discussion à laquelle il a été annexé.
23. Il ressort des documents remis au Préposé et du communiqué de presse du 18 mai 2011 <sup>16</sup> que la note de discussion mentionnée par le DFF et le rapport réclamé par le demandeur ont des genèses différentes. En effet, ils ne sont pas munis de la même date. Le rapport a atteint son stade définitif d'élaboration avant la note de discussion. Il constitue en soi un acte administratif achevé. C'est pourquoi l'argumentation que le DFF a présentée dans sa prise de position, selon laquelle le rapport a été rédigé séparément uniquement par souci de clarté et fait dès lors partie intégrante de la note de discussion, n'est pas convaincante. Même si la note de discussion

<sup>10</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 22 décembre 2011, A-1156/2011, consid. 3.

<sup>11</sup> [Département fédéral de justice et police, Office fédéral de la justice, Commentaire : Ordonnance relative à la loi de la fédérale sur le principe de la transparence du 24 mai 2006](#), p. 2.

<sup>12</sup> FF 2003 1840.

<sup>13</sup> FF 2003 1840; voir également [recommandation du 19 février 2009, GS VBS und armasuisse/Bericht „Benchmarking“, „armasuisse der Zukunft“, „Helvetisierung“](#), ch. II. B. 1.2.1.

<sup>14</sup> [Communiqué de presse du Conseil fédéral du 18 mai 2011 : Assistance administrative en matière fiscale : le Conseil fédéral approuve la réorganisation au sein du DFF.](#)

<sup>15</sup> [Département fédéral de justice et police, Office fédéral de la justice, Commentaire : Ordonnance relative à la loi de la fédérale sur le principe de la transparence du 24 mai 2006](#), p. 2.

<sup>16</sup> [Communiqué de presse du Conseil fédéral du 18 mai 2011 : Assistance administrative en matière fiscale : le Conseil fédéral approuve la réorganisation au sein du DFF.](#)



reprend certains éléments matériels du rapport ou résume ses principales assertions, il convient de dire que seule la note de discussion en tant que telle fait l'objet de l'affaire du Conseil fédéral et qu'on ne peut pas partir de l'hypothèse que le rapport devient partie intégrante de la note de discussion du fait qu'il en constitue l'annexe. Enfin, le rapport est le résultat d'une enquête interne à l'administration que le DFF a dû mener sur mandat de la cheffe du département.

24. *Le Préposé estime que le rapport réclamé par le demandeur ne doit pas être considéré comme faisant partie de la note de discussion, mais en constitue l'annexe, qui est un document séparé.*
25. Le DFF avance ensuite dans sa prise de position le fait que le rapport exigé doit être considéré comme faisant partie intégrante de la procédure de co-rapport et qu'il n'est donc pas accessible au public en vertu de l'art. 8 al. 1 LTrans, bien qu'il ne s'agisse pas d'une procédure de co-rapport au sens formel. Il faut donc déterminer si le rapport fait partie intégrante de la procédure de co-rapport et s'il entre donc dans le champ d'application des exceptions au principe de la transparence prévues par l'art. 8 al. 1 LTrans.
26. La procédure de co-rapport sert à préparer la décision du Conseil fédéral, le but étant de permettre à ce dernier de concentrer ses délibérations sur les aspects essentiels de l'affaire (art. 5 al. 1 de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, OLOGA, RS 172.010.1). L'art. 8 al. 1 LTrans dispose que le droit d'accès n'est pas reconnu pour les documents officiels afférents à la procédure de co-rapport. Cette disposition a pour objet et pour but de refuser au public l'accès à tous les documents afférents à la dernière étape de la procédure, y compris la décision du Conseil fédéral (fin de la procédure de co-rapport).<sup>17</sup> L'art. 5 al. 2 OLOGA dispose par ailleurs que le département responsable remet en temps utile à la Chancellerie fédérale la proposition définitive en vue de l'ouverture d'une procédure de co-rapport.
27. L'art. 5 al. 1<sup>bis</sup> OLOGA indique très clairement que la procédure de co-rapport commence le jour où le département compétent signe sa *proposition adressée au Conseil fédéral*. Par contre, il ne dit pas si une note de discussion fait aussi l'objet d'une procédure de co-rapport. Indépendamment du fait de savoir si la signature d'une note de discussion entraîne ou non l'ouverture d'une procédure de co-rapport, une note de discussion traduit une action du Conseil fédéral in corpore et ne tombe donc pas dans le champ d'application personnel défini à l'art. 2 al. 1 LTrans (voir ch. 14).
28. Par ailleurs, le rapport requis a été rédigé avant la note de discussion, et il est le résultat d'un acte administratif matériel. Il ressort également du communiqué de presse du Conseil fédéral du 18 mai 2011 que le rapport a été rédigé sur mandat de la cheffe du DFF.<sup>18</sup> Comme il a déjà été mentionné, le rapport constitue une annexe de la note de discussion (voir ch. 24). Même si l'on part de l'hypothèse que la note de discussion aurait fait l'objet d'une procédure de co-rapport, le rapport sur lequel il s'agit de se prononcer, en tant qu'annexe de la note de discussion, ne peut pas entrer dans le champ d'application des exceptions au principe de la transparence prévues par l'art. 8 al. 1 LTrans, ne serait-ce que parce qu'il a été rédigé avant la signature de la note de discussion. Selon le Tribunal fédéral, les *documents annexes* à des propositions adressées au Conseil fédéral ne sont pas soumis automatiquement au maintien du secret au sens de l'art. 8 al. 1 LTrans : si les documents annexes ont été rédigés *avant* la signature de la proposition adressée au Conseil fédéral, ils ne constituent pas des documents

<sup>17</sup> Pascal Mahon/Olivier Gonin, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGO, art. 8, n. 12.

<sup>18</sup> [Communiqué de presse du Conseil fédéral du 18 mai 2011 : Assistance administrative en matière fiscale : le Conseil fédéral approuve la réorganisation au sein du DFF.](#)



officiels afférents à la procédure de co-rapport au sens de l'art. 8 al. 1 LTrans, si bien qu'ils sont soumis à la LTrans.<sup>19</sup>

29. Enfin, il convient de mentionner que le rapport exigé par le demandeur a été classifié confidentiel. Le fait qu'un document officiel est classifié confidentiel constitue un élément important pour l'examen d'une demande d'accès. Cependant, le fait que le document est classifié ne suffit pas, à lui seul, pour motiver un refus de l'accès.<sup>20</sup> Lorsque la demande d'accès porte sur un document classifié, l'autorité compétente doit, en vertu de l'art. 11 al. 5 OTrans, examiner si le document en question peut être déclassifié eu égard aux dispositions sur la protection des informations et sur la classification.<sup>21</sup> Il résulte de la coordination entre la LTrans et l'ordonnance concernant la protection des informations (ordonnance concernant la protection des informations de la Confédération, OPrI, RS 510.411) que, dans le cadre de l'examen d'une demande d'accès, seules sont justifiées les classifications d'informations pour autant qu'on soit en présence d'une exception figurant aux art. 7 ss LTrans. Dans le cas des dispositions régissant les exceptions (art. 7 ss LTrans), il convient de tenir compte du fait que l'autorité doit prouver qu'on est en présence de clauses régissant les exceptions inscrites dans la LTrans.<sup>22</sup> Pour sa part, le DFF n'a pas invoqué, dans sa prise de position, des motifs concernant des exceptions fixées aux art. 7 s. LTrans.<sup>23</sup>
30. *Le Préposé arrive à la conclusion que le rapport requis par le demandeur, qui est consacré au rôle de l'administration lors de l'adaptation des conditions de l'assistance administrative en matière fiscale au standard de l'OCDE, entre dans le champ d'application de la LTrans et ne peut pas être assimilé à un document officiel afférent à une procédure de co-rapport au sens de l'art. 8 al. 1 LTrans. Il estime en outre que l'accès au rapport ne peut pas être refusé en vertu des autres dispositions régissant les exceptions (art. 7 ss LTrans). Le DFF ne les a d'ailleurs pas invoquées. Le rapport doit toutefois être déclassifié avant d'être rendu accessible.*
31. Le rapport exigé par le demandeur contient des informations relatives à des collaborateurs (nom, prénom, fonction). Le terme de données personnelles contenu dans la LTrans est défini dans la loi fédérale sur la protection des données (LPD, RS 235.1).<sup>24</sup> L'art. 3 let. a LPD définit les données personnelles comme étant toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable. Par ailleurs, l'art. 9 al. 1 LTrans dispose que les documents officiels qui contiennent des données personnelles doivent être si possible rendus anonymes avant qu'ils soient consultés.
32. L'art. 9 al. 1 LTrans prévoit une protection des données personnelles qui n'a toutefois pas la même étendue pour les collaborateurs de l'administration publique. Les personnes qui agissent dans le cadre de l'accomplissement d'une tâche publique ne peuvent pas invoquer la protection de leur sphère privée de la même manière que les « tiers qui sont des personnes privées ».

<sup>19</sup> ATF 136 II 399, consid. 2.

<sup>20</sup> BERTIL COTTIER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, art. 4, n. 30; [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 »](#), ch. 4.2.3.

<sup>21</sup> ISABELLE HÄNER, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, art. 12, n. 8; [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 »](#), ch. 4.2.3.

<sup>22</sup> Bertil Cottier/ Rainer J. Schweizer/Nina Widmer, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, art. 7, n. 4; Arrêt du Tribunal administratif fédéral, A-1135/2011 du 7 décembre 2011, consid. 6.

<sup>23</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral, A-4962/2012 du 22 avril 2013, consid. 6.2.

<sup>24</sup> Rainer J. Schweizer/Nina Widmer, in: Brunner/Mader, (Hrsg.), Handkommentar zum BGÖ, art. 3, n. 7.



Elles doivent s'accommoder du fait qu'elles occupent une fonction publique et que, à ce titre, elles doivent défendre les avis et les positions inhérents à cette fonction. A cet égard, les données personnelles les concernant ne doivent pas être rendues anonymes. Il n'est possible de renoncer à la divulgation des données personnelles que si le fait de les rendre accessibles fera subir des inconvénients concrets aux collaborateurs concernés ou si, dans un tel cas de figure, il y a une grande probabilité qu'ils subissent de tels inconvénients.<sup>25</sup>

33. Le Préposé estime que la divulgation des données à évaluer qui figurent dans le rapport et qui concernent des collaborateurs ne présente pas d'inconvénients concrets pour les personnes concernées.
34. *Le Préposé arrive à la conclusion que les collaborateurs dont les données personnelles figurent dans le rapport n'auront pas à craindre de désavantages concrets si le rapport est rendu public.*
35. Pour terminer, il convient d'examiner de près les annexes du rapport. Le demandeur a sollicité la consultation du rapport consacré au rôle de l'administration lors de l'adaptation des conditions de l'assistance administrative en matière fiscale au standard de l'OCDE. Par conséquent, il a aussi demandé l'accès à tous les documents annexés à ce rapport. Il y en a 64. Devant cette masse de documents, il s'agit de respecter et de prendre en considération aussi bien les exigences applicables au contenu matériel de chaque document que les éléments relatifs aux émoluments.<sup>26</sup>
36. Aux termes de l'art. 3 al. 1 OTrans, l'autorité renseigne le demandeur sur les documents officiels accessibles et l'assiste dans ses démarches. En vertu de l'art. 7 al. 3 OTrans, elle peut par ailleurs inviter le demandeur à préciser sa demande. Ainsi, en particulier dans les cas où il y a une grande quantité de documents, l'autorité doit par exemple faire parvenir au demandeur un extrait issu de son système de gestion des documents ou – si un tel système n'existe pas – une liste des documents disponibles.<sup>27</sup> L'art. 7 al. 4 OTrans dispose en outre que la demande est considérée comme retirée si le demandeur ne fournit pas, dans un délai de dix jours, les indications complémentaires requises pour l'identification du document officiel. L'autorité doit rendre le demandeur attentif aux conséquences du non-respect du délai.<sup>28</sup>
37. *Se fondant sur l'art. 3 al. 1 en relation avec l'art. 7 al. 3 et 4 OTrans, le Préposé arrive à la conclusion que le DFF doit non seulement faire parvenir au demandeur une liste de tous les documents annexés au rapport qu'il demande à consulter, mais également lui impartir un délai de 10 jours par préciser sa demande.*
38. Un premier examen des annexes du rapport a fait apparaître qu'elles se composent notamment de notes de discussion, de décisions du Conseil fédéral et de notes d'information qui ne sont pas accessibles en vertu de l'art. 2 al. 1 let. a LTrans ou de l'art. 8 al. 1 LTrans.
39. Les annexes susmentionnées se composent aussi de documents officiels, notamment de messages et d'extraits du Bulletin officiel, lesquels ont déjà été publiés. L'art. 6 al. 3 LTrans dispose que si des documents officiels ont déjà été publiés par la Confédération sur papier ou sous forme électronique, les conditions d'accès à ces documents sont réputées remplies. Dans

<sup>25</sup> Handkommentar BGÖ, art. 7, n. 80; art. 9, n. 14; [recommandation du 23 décembre 2008 EDA/ Visa-Inspektionsberichte](#), ch. II.B.2.2.

<sup>26</sup> [Recommandation du 3 avril 2009 : ESTV / Cockpits und Amtsreportings](#), ch. II.B.8.

<sup>27</sup> Isabelle Häner, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, art. 10, n. 34; Arrêt du Tribunal administratif fédéral, A-2631/2009, p. 16, ch. 1.

<sup>28</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral, A-3631/2009 du 15 septembre 2009, p.15, ch. 4



ces cas, l'autorité peut se borner à communiquer la référence au demandeur.<sup>29</sup>

Ainsi, les conditions d'accès à certains documents annexés au rapport sont réputées déjà remplies en vertu de l'art. 6 al. 3 LTrans. Le DFF est donc prié d'indiquer au demandeur l'endroit précis où ces documents ont été publiés (par ex. adresse Internet).

40. *En résumé, le Préposé arrive par conséquent à la conclusion que le DFF doit accorder au demandeur l'accès au rapport qu'il veut consulter, mais aussi lui faire parvenir une liste des documents annexés au rapport, en l'invitant à préciser sa demande dans un délai de dix jours. Enfin, dans les cas visés à l'art. 6 al. 3 LTrans (documents officiels publiés), le DFF doit communiquer au demandeur l'endroit où la Confédération a publié les documents sur papier ou sous forme électronique.*

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

41. Le Département fédéral des finances accorde l'accès à son rapport consacré au rôle de l'administration concernant l'assistance administrative en matière fiscale au sens de l'art. 26 du modèle de convention de l'OCDE du 2 mai 2011, après avoir déclassifié le rapport en question.
42. Le Département fédéral des finances fait parvenir au demandeur une liste des documents annexés au rapport mentionné au ch. 41 et l'invite à préciser sa demande dans un délai de dix jours.
43. Le Département fédéral des finances indique au demandeur la référence des documents officiels déjà publiés (art. 6 al. 3 LTrans).
44. Le Département fédéral des finances rend une décision au sens de l'art. 5 PA si, en dérogation aux ch. 41 à 43, il refuse d'accorder l'accès au rapport demandé, d'établir la liste des documents annexés au rapport ou d'indiquer la référence des documents déjà publiés.
45. Le Département fédéral des finances rend la décision dans un délai de 20 jours à compter de la date de réception de la présente recommandation (art. 15 al. 3 LTrans).
46. Le demandeur peut exiger dans les dix jours qui suivent la réception de la présente recommandation que le Département fédéral des finances rende une décision au sens de l'art. 5 PA s'il n'est pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).
47. Le demandeur peut faire recours contre la décision devant le Tribunal administratif fédéral (art. 16 LTrans).
48. Le Département fédéral des finances fait parvenir au Préposé une copie de sa décision et, le cas échéant, une copie des décisions des autorités de recours (art. 13a OTrans).

La présente recommandation est publiée. Le nom du demandeur est rendu anonyme afin que les données personnelles relatives aux parties à la procédure de médiation soient protégées (art. 13 al. 3 OTrans).

---

<sup>29</sup> [Recommandation du 19 juin 2012 : BAG / Liste Acrylamidmessungen](#), ch. II.B.3.3.



49. La recommandation est notifiée à :

- X
- Département fédéral des finances DFF  
Bundesgasse 3  
3003 Berne

Jean-Philippe Walter