EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT
DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE
DIPARTIMENTO FEDERALE DI GIUSTIZIA E POLIZIA
DEPARTEMENT FEDERAL DA GIUSTIA ET POLIZIA

Bundesamt für Justiz
Office fédéral de la justice
Ufficio federale di giustizia
Uffizi federal da la giustia

24. Mai 2006

Abteilung Rechtsetzungsprojekte und -methodik
Simone Füzesséry / Stephan Brunner

Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung Erläuterungen

1. Einleitung

Das neue Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (Öffentlichkeitsgesetz; BGÖ)[1] kehrt den Grundsatz der Geheimhaltung der Verwaltungstätigkeit zu Gunsten des Öffentlichkeitsprinzips um. Gemäss diesem Gesetz hat jede Person ein subjektives Recht auf Einsichtnahme in die amtlichen Dokumente, das sie gerichtlich geltend machen kann. Für den Zugang ist ein einfaches und rasches Verfahren vorgesehen. Im Fall von Streitigkeiten wird zunächst ein Schlichtungsverfahren durchgeführt. Erst dann erlässt die Verwaltung eine Verfügung, gegen die bei der Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitskommission und anschliessend beim Bundesgericht Beschwerde eingelegt werden kann[2]. Der Zugang zu amtlichen Dokumenten ist in der Regel gebührenpflichtig.

Das Öffentlichkeitsgesetz regelt die wesentlichen Rahmenbedingungen des Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Das Gesetz sowie die Botschaft des Bundesrates vom 12. Februar 2003 zum Öffentlichkeitsgesetz (BBl 2003 1963) verweisen indessen verschiedentlich darauf, dass gewisse Bestimmungen des Gesetzes in der Verordnung konkretisiert und genauer ausgeführt werden müssen.

Die Öffentlichkeitsverordnung (VBGÖ) umfasst 23 Artikel, die in neun Abschnitte unterteilt sind, sowie zwei Anhänge, die zum einen den Gebührentarif und zum anderen die Änderung des bisherigen Rechts betreffen. Um die Übersicht zu erleichtern, verweisen die meisten Artikel der Verordnung auf die entsprechenden Gesetzesartikel.

Die Öffentlichkeitsverordnung konkretisiert einige Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes und soll dessen einheitliche Umsetzung gewährleisten. Ihr Geltungsbereich erstreckt sich auf die Bundesverwaltung, die in Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe b BGÖ genannten Organisationen und Personen sowie auf die Parlamentsdienste. Zunächst werden verschiedene Begriffe definiert. Die Verordnung präzisiert den Begriff des amtlichen Dokuments und regelt verschiedene Aspekte des Zugangsverfahrens und die Einzelheiten der Einsichtnahme. Zudem legt sie bezüglich der Gebührenerhebung einige Einzelheiten sowie den Tarif fest.

---

1 Referendumsvorlage BBl 2004 7269
2 Mit dem künftigen Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht wird die Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitskommission in das neue Bundesverwaltungsgericht integriert.

Schliesslich umfasst die Verordnung einige Bestimmungen zur Bewirtschaftung und Publikation amtlicher Dokumente sowie zur Information über diese Dokumente.

Die vorliegenden Erläuterungen sollen sowohl den Behörden und anderen Organisationen, die dem Öffentlichkeitsprinzip unterstehen, als auch der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen und so die richtige Anwendung von Gesetz und Verordnung fördern.

Das Öffentlichkeitsgesetz und die entsprechende Verordnung treten am 1. Juli 2006 in Kraft.

2. Begriffe (Art. 1 VBGÖ)

In Artikel 1 Absatz 1 VBGÖ ist der Begriff "kommerziell genutztes Dokument" definiert, der in Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a BGÖ verwendet wird. Diese Definition übernimmt die bereits in der Botschaft erwähnten Kriterien (BBl 2003 1996, Ziff. 2.1.5.2.1).

Gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe b BGÖ gelten Dokumente, die nicht fertig gestellt sind, nicht als amtliche Dokumente. Nach Artikel 1 Absatz 2 VBGÖ ist ein Dokument dann fertig gestellt, wenn eines der beiden Kriterien erfüllt ist, die in dieser Bestimmung vorgesehen sind (vgl. BBl 2003 1997, Ziff. 2.1.5.2.2).

Ein Dokument ist fertig gestellt zu betrachten, wenn es unterzeichnet wurde oder auf andere Art und Weise als finalisiert gekennzeichnet wurde (Abs. 2 Bst. a). Es spielt keine Rolle, ob die Unterschrift handschriftlich, digital oder mit einem Stempel vorgenommen wurde. Auch wenn ein Dokument mit den Worten "sig.", "gez." statt einer Unterschrift versehen wurde, gilt es als unterzeichnet, ebenso wenn darauf ein Vermerk "endgültig" o.ä. angebracht wurde.

Ebenso ist ein Dokument als fertig gestellt zu betrachten, das einer bestimmten Person, Stelle oder Behörde definitiv übergeben wurde (Abs. 2 Bst. b). Dies ist dann der Fall, wenn die Zustellung des Dokuments zur Kenntnis- oder Stellungnahme, als Entscheidgrundlage oder im Hinblick auf eine sonstige weitere Verwendung erfolgte. Als Beispiel dafür ist namentlich der vom federführenden Amt dem Departement zugestellten Entwurf eines Bundesratsantrages zu nennen. Der Austausch eines Dokuments innerhalb eines Teams oder zwischen Mitarbeitenden und Vorgesetzten zwecks Korrektur, Ergänzung oder Finalisierung gilt somit nicht als Übergabe an eine Adressatin oder einen Adressaten im Sinne der vorliegenden Bestimmung. "Definitiv" ist die Übergabe dann, wenn es danach weitestgehend an der Empfängerin oder am Empfänger liegt, wie sie mit dem Dokument weiter verfahren will.

Die Ausführungen in der Botschaft, auf die oben verwiesen wurde, legen grosses Gewicht auf die Gewährleistung der freien Meinungs- und Willensbildung der Behörde. Diese bleibt auf jeden Fall gewahrt, da nach Artikel 8 Absatz 2 BGÖ Dokumente mit entscheidvorbereitendem Charakter nicht zugänglich gemacht werden dürfen, bevor der Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, getroffen ist. Darüber hinaus kann der Zugang auch nach dem Entscheidzeitpunkt gestützt auf

die Ausnahmebestimmung von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a BGÖ aufgeschoben oder verweigert werden, wenn andernfalls die Meinungs- und Willensbildung der Behörde weiterhin wesentlich beeinträchtigt werden kann.

Absatz 3 der vorliegenden Bestimmung umschreibt schliesslich den Begriff des zum persönlichen Gebrauch bestimmten Dokuments. Er übernimmt die Umschreibung dieses Begriffs in der Botschaft (BBl 2003 2000) und präzisiert gleichzeitig, dass unter den Begriff auch Dokumente fallen, die lediglich durch einen eng begrenzten Personenkreis verwendet werden. Dies ist dann der Fall, wenn Dokumente, die als Arbeitsgrundlage oder Arbeitshilfsmittel dienen (z.B. Dispositionen, handschriftliche Notizen, Arbeitskopien von Dokumenten, aber auch Korrekturvorschläge, Gedankenstützen oder Begleitnotizen), innerhalb eines Teams oder zwischen Mitarbeiterinnen oder Mitarbeitern und Vorgesetzten ausgetauscht werden. Dies gilt namentlich auch im Verhältnis zwischen Departementsvorsteherinnen und Departementsvorstehern sowie deren persönlichen Mitarbeitenden, Referentinnen und Referenten sowie ihren Amtsdirektorinnen und Amtsdirektoren.

Weiter gehören zu den zum persönlichen Gebrauch bestimmten Dokumenten auch Informationen, die persönlichen Zwecken dienen und die *nicht* im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen. Beispiele dafür sind E-Mails mit rein privatem Inhalt, die jemand an seinen Arbeitsplatz zugestellt erhält oder private Bilder, die in einem Büro hängen. Diese Informationen fallen indessen von vornherein nicht unter den Begriff des amtlichen Dokuments und sind daher in der Verordnung nicht genannt.

3. Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten

3.1 Grundsatz des gleichen Zugangs für jede Person (Art. 2 VBGÖ)

Das Öffentlichkeitsprinzip gewährleistet die Information der Öffentlichkeit, also die *kollektive Information*: Artikel 6 Absatz 1 BGÖ hält fest, dass "jede Person" ein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten hat. Ein besonderes individuelles Interesse muss nicht dargelegt werden (Botschaft BBl 2003 2001). Daraus folgt, dass ein Dokument, dass einer Person zugänglich gemacht wurde, als öffentlich zugänglich zu gelten hat.

Aus dem Grundsatz des gleichen Zugangs für jede Person folgt auch, dass eine Beschränkung des Zugangs auf einzelne Personen oder einen bestimmten Personenkreis grundsätzlich nicht möglich ist. Entweder ist das Dokument nach den Regeln des Öffentlichkeitsgesetzes zugänglich, dann hat jede Person den gleichen Anspruch auf Zugang zu diesem Dokument, oder das Dokument ist (ganz oder teilweise) nicht zugänglich, dann besteht generell kein Anspruch auf Zugang nach Öffentlichkeitsgesetz. Es steht aber in den zweitgenannten Fällen im Ermessen der jeweiligen Behörden, ob sie dennoch einzelnen Personen – unter Auflagen – Einsicht in die fraglichen Dokumente (bzw. deren nicht allgemein zugänglichen Teile) gewähren wollen (vgl. auch Botschaft BBl 2003 2005). Dann ist aber das hier verankerte Gleichbehandlungsprinzip nicht anwendbar, da es sich nicht um ein Dokument handelt, welches nach dem Öffentlichkeitsgesetz zugänglich ist.

3.2 Unterstützung der Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller (Art. 3 VBGÖ)

In Artikel 6 Absatz 1 BGÖ ist das Recht jeder Person verankert, Zugang zu amtlichen Dokumenten zu erhalten. Artikel 3 VBGÖ stellt gewisse Richtlinien für das Verhalten der Behörde gegenüber den gesuchstellenden Personen auf. Die Behörde muss die Gesuchstellenden nicht nur informieren, sondern sie bei ihrem Vorgehen auch unterstützen. Dies bedeutet, dass sie ihnen in angemessenem Rahmen dabei behilflich sein muss, ihr Gesuch klar zu formulieren, das gewünschte Dokument zu ermitteln und nötigenfalls die Behörde zu bestimmen, die für die Bearbeitung des Gesuchs zuständig ist. Das Öffentlichkeitsgesetz verpflichtet die Behörden indessen nicht, für die Gesuchstellenden zu einem bestimmten Thema detaillierte Dokumentationen zusammenzutragen (vgl. BBl 2003 2019, Ziff. 2.3.2.1). Die zuständige Behörde verfügt somit bezüglich der Unterstützung der Gesuchstellenden über einen gewissen Ermessensspielraum.

Eine angemessene Information der Gesuchstellenden über verfügbare Dokumente wird indessen den Aufwand bei der Gesuchsbearbeitung vermindern, indem Gesuche mit unklarer Tragweite möglichst vermieden und die Suche nach Dokumenten minimiert wird.

Die Behörde ist gehalten, jene Gesuchstellenden besonders zu unterstützen, die auf Hilfe angewiesen sind (ältere Menschen, Menschen mit Leseschwierigkeiten, Ausländerinnen und Ausländer, Behinderte usw.). Bezüglich der zuletzt genannten Personenkategorie ist am 1. Januar 2004 das neue Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (SR 151.3) in Kraft getreten. Dieses Gesetz hält in Artikel 14 Absatz 1 fest, dass die Behörden im Verkehr mit der Bevölkerung Rücksicht auf die besonderen Anliegen der Sprach-, Hör- oder Sehbehinderten zu nehmen haben. Die entsprechende Verordnung (SR 151.31) enthält in den Artrtikeln 9 bis 11 eine Reihe von detaillierten Vorschriften. Die Behörde, bei der eine behinderte Person ein Zugangsgesuch einreicht, muss somit diese Bestimmungen beachten.

Um die Ausübung des Zugangsrechts zu erleichtern, kommuniziert die Behörde mit der gesuchstellenden Person in deren Sprache, sofern es sich dabei um eine Amtssprache handelt. Die Behörde ist grundsätzlich nicht verpflichtet, eine andere Sprache (z.B. Englisch) zu benutzen, selbst wenn die gesuchstellende Person keine Amtssprache beherrscht.

Sind die Dokumente im Internet verfügbar oder in einem Publikationsorgan des Bundes veröffentlicht, kann sich die Behörde darauf beschränken, den Gesuchstellenden die Fundstellen mitzuteilen (Art. 6 Abs. 3 BGÖ und Art. 3 Abs. 2 VBGÖ). Die Behörde verringert damit den Arbeitsaufwand im Zusammenhang mit der Behandlung des Gesuchs und die damit verbundenen Kosten. Dabei ist zu beachten, dass Artikel 3 Absatz 2 VBGÖ als Kann-Vorschrift ausgestaltet ist.

Gemäss Absatz 3 haben die Gesuchstellenden keinen Anspruch auf eine Übersetzung der amtlichen Dokumente, die nur in einer Sprache verfasst wurden.

3.3 Einsichtnahme vor Ort (Art. 4 VBGÖ)

Nach Artikel 6 Absatz 2 BGÖ haben die Gesuchstellenden grundsätzlich die Wahl, die gewünschten amtlichen Dokumente entweder vor Ort einzusehen oder Kopien dieser Dokumente anzufordern. Artikel 4 VBGÖ regelt Einzelheiten zum erstgenannten Einsichtsmodus. Absatz 1 legt den Ort der Einsichtnahme fest. Grundsätzlich erfolgt die Einsichtnahme in die Dokumente bei der Behörde, die für die Bearbeitung des Zugangsgesuchs zuständig ist (Art. 12 VBGÖ). Die Gesuchstellenden können von der zuständigen Behörde indessen nicht verlangen, dass sie zugängliche Dokumente an eine andere Behörde weiterleitet, damit sie in deren Räumlichkeiten eingesehen werden können.

Jede Behörde verfügt über einen Spielraum für die Festlegung der Einzelheiten in Bezug auf den Ort der Einsichtnahme; es kann beispielsweise vorgesehen werden, dass eine Verwaltungseinheit als Zentrale fungiert. Es muss eine Örtlichkeit vorgesehen werden, an der sich die Gesuchstellenden aufhalten können, um die angeforderten Dokumente angemessen einzusehen. Allerdings muss zu diesem Zweck nicht unbedingt ein eigener Raum bereitgestellt werden. Es genügt, wenn die Einsichtnahme beispielsweise in der Dokumentationsstelle, in der Bibliothek oder im Lesesaal der Behörde erfolgen kann. Diese Räumlichkeiten sind so ausgestattet, dass sie in der Regel angemessene Bedingungen für die Einsichtnahme in amtliche Dokumente bieten. Zudem kann die Einsichtnahme in Gegenwart der dort arbeitenden Angestellten erfolgen, womit die Sicherheit der Dokumente gewährleistet werden kann.

Die Dokumente können zu den üblichen Bürozeiten eingesehen werden. Bei Bedarf kann die Behörde mit den Gesuchstellenden andere Zeiten für die Einsichtnahme vereinbaren.

Nach Absatz 2 kann sich die Behörde darauf beschränken, Einsicht in eine Kopie des Dokuments zu gewähren, falls beispielsweise der Zustand des Dokuments dies erfordert. Sie ist somit nicht verpflichtet, den Gesuchstellenden das Original zur Verfügung stellen.

Absatz 3 hält ausdrücklich fest, dass die Identität der gesuchstellenden Person kontrolliert werden kann, wenn sie zum Zweck der Einsichtnahme vor Ort das Gebäude betritt. Damit wird verdeutlicht, dass kein absolutes Recht auf Anonymität bei der Einsichtnahme besteht.

Zweck dieser Bestimmung ist es hingegen nicht, eine besondere Rechtsgrundlage für Kontrollen zu schaffen. Der Hinweis auf das Hausrecht des Bundes (Art. 62f Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz; SR 172.010) bringt dies zum Ausdruck und ist auch als Hinweis darauf zu verstehen, dass sich diese Kontrolle im Rahmen des beim Zutritt zu Verwaltungsgebäuden allgemein Üblichen zu bewegen hat. In der Regel wird sie sich auf eine Ausweiskontrolle beschränken. Verweigert die gesuchstellende Person diese Kontrolle, so erhält sie keinen Zugang zu den Räumlichkeiten der Behörde und muss auf die Einsichtnahme vor Ort verzichten.

Die Bezugnahme der Bestimmung auf die "Räumlichkeiten" schliesst selbstverständlich nicht aus, dass die Kontrolle beim Betreten des Vorgeländes erfolgen kann, z.B. beim Zutritt zu einem abgesperrten Areal.

3.4 Zustellung einer Kopie (Art. 5 VBGÖ)

Die Gesuchstellenden können grundsätzlich wählen, in welcher Form sie eine Kopie des Dokuments erhalten möchten. So kann beispielsweise eine sehbehinderte Person verlangen, dass ihr Dokumente in der für sie am besten zugänglichen Form – zum Beispiel als digitale Datei statt in Papierform – zur Verfügung gestellt werden (vgl. auch Erläuterungen zu Art. 3; Ziff. 3.2).

Sollte der Zustand oder die Natur des Dokuments es nicht zulassen, dass Kopien in der verlangten Form angefertigt werden, kann die Behörde von den Gesuchstellenden zum Beispiel verlangen, dass sie das betreffende Dokument vor Ort einsehen oder dass sie sich damit einverstanden erklären, dass ihnen das Dokument in einer anderen Form vorgelegt wird.

Wenn die Behörde nicht selbst in der Lage ist, ein Dokument zu vervielfältigen (z.B. wenn es sich um Fotografien oder Videobänder handelt), wird sie eine Spezialistin oder einen Spezialisten beauftragen, (z.B. einen Fotografen) müssen. Die Vervielfältigungskosten werden bei der Berechnung der Gebühr berücksichtigt (Art. 17 BGÖ und Art. 15 ff. VBGÖ).

Aus dem Öffentlichkeitsgesetz ergibt sich, dass nur bereits bestehende amtlichen Dokumente zugänglich gemacht werden können. Die einzige Ausnahme ist in Artikel 5 Absatz 2 BGÖ vorgesehen und betrifft die "virtuellen" Dokumente, die durch einen einfachen elektronischen Vorgang aus vorhandenen Informationen erstellt werden können (BBl 2003 1996, Ziff. 2.1.5.1.5). Die Behörde ist somit verpflichtet, einfache Datenbankabfragen durchzuführen.

In Bezug auf urheberrechtlich geschützte amtliche Dokumente legt Artikel 5 Absatz 2 VBGÖ fest, dass die Behörde die Gesuchstellenden auf die entsprechenden Nutzungseinschränkungen aufmerksam machen muss. Urheberrechtlich geschützt sind Dokumente, die einen Inhalt mit individuellem Charakter aufweisen (vgl. Art. 2 Urheberrechtsgesetz; SR 231.1 [URG]). Dies trifft grundsätzlich für jedes Dokument zu, das über bloss funktionale Alltagskommunikation – wie standardisierte Geschäftsbriefe, ausgefüllte Formulare und kurze Mitteilungen – hinausgeht. Nicht urheberrechtlich geschützt sind insbesondere Gesetze, Verordnungen, völkerrechtliche Verträge und andere amtliche Erlasse sowie Entscheidungen, Protokolle und Berichte von Behörden und öffentlichen Verwaltungen (Art. 5 Abs. 1 URG).

Dort wo vertragliche Beziehungen mit verwaltungsexternen Dritten bestehen, etwa wenn Gutachten oder Studien in Auftrag gegeben werden, empfiehlt es sich, die Frage des Urheberrechts bzw. der Zugänglichkeit nach Öffentlichkeitsgesetz im Vertrag klar zu regeln, soweit das nicht bereits der heutigen Praxis entspricht.

3.5 Interessenabwägung zwischen dem Schutz der Privatsphäre Dritter und öffentlichem Interesse am Zugang (Art. 6 VBGÖ)

Die Bestimmung von Artikel 7 Absatz 2 BGÖ sieht vor, dass ausnahmsweise das öffentliche Interesse am Zugang auch in Fällen überwiegen kann, in denen die Privatsphäre Dritter durch die Herausgabe bzw. Veröffentlichung der betreffenden Dokumente beeinträchtigt wird. Um für diese Fälle eine Grundlage im Datenschutzgesetz zu schaffen, wurde mit dem Öffentlichkeitsgesetz auch eine entsprechende Anpassung von Artikel 19 DSG beschlossen: Behörden können Personendaten bei ihrer Informationstätigkeit dann bekannt geben, wenn diese Informationen in Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen und an der Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht. Nach Artikel 11 BGÖ muss in solchen Fällen die betroffene Person angehört werden und sie kann am weiteren Verfahren teilnehmen. Die Behörde ist aber nicht an eine ablehnende Stellungnahme der Betroffenen gebunden.

Will die Behörde gestützt auf Artikel 7 Absatz 2 BGÖ ein Dokument zugänglich machen, welches Personendaten enthält, so muss sie eine Interessenabwägung vornehmen, um festzustellen, ob das öffentliche Interesse am Zugang oder das Interesse der Drittperson am Schutz ihrer Privatsphäre überwiegt (Abs. 1). Zu diesem Zweck listet Artikel 6 VBGÖ einige beispielhafte Kriterien auf. In diesem Zusammenhang sei noch einmal ausdrücklich daran erinnert, dass die Behörde den Zugang zu den amtlichen Dokumenten, die Personendaten enthalten, nur *ausnahmsweise* gewähren darf. Dabei ist zu beachten, dass die Behörde bei überwiegendem privatem Interesse das Zugangsrecht nicht nur verweigern, sondern auch einschränken oder aufschieben kann (Art. 7 Abs. 1 BGÖ).

Absatz 2 nennt einige Fälle, in denen ein öffentliches Interesse am Zugang bestehen, welches so gewichtig sein kann, dass es das Interesse der Drittperson am Schutz ihrer Privatsphäre überwiegt. Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Die Behörde kann somit auch andere spezifische Kriterien bzw. Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls für die Beurteilung heranziehen.

Gemäss Absatz 2 kann das öffentliche Interesse am Zugang namentlich in folgenden Fällen überwiegen:

- Vorliegen eines besonderen Informationsinteresses der Öffentlichkeit: Besondere Vorkommnisse, welche die Verwaltung betreffen oder sich innerhalb der Verwaltung abspielen (z.B. Korruptionsvorfälle) können das Zugänglichmachen personenbezogener Informationen rechtfertigen.

- Vorliegen eines öffentlichen Interesses: Das Zugänglichmachen dient dem Schutz spezifischer öffentlicher Interessen wie der öffentlichen Ordnung und Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit.

- Bei einem privilegierten Einbezug einer Person in das Verwaltungshandeln (z.B. im Rahmen einer Anhörung oder als Gutachterin bzw. Gutachter), bei einem Vertrags- oder Konzessionsverhältnis zwischen betroffener Person und einer dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehenden Behörde, wenn bedeutende - insb. finanzielle - Vorteile gewährt werden (z.B. wenn es sich um Empfänger von Finanzhilfen oder Abgeltungen etc. handelt), haben die Be-

troffenen es im Gegenzug eher hinzunehmen, dass Informationen über diese Beziehungen offen gelegt werden müssen. Ähnlich kann sich die Situation auch im Falle von Aufsichtsbeziehungen darstellen, namentlich dann, wenn eine bestimmte Tätigkeit gestützt auf eine behördliche Bewilligung erfolgt.

Im Rahmen der Interessenabwägung muss die Behörde dabei aber stets auch das auf dem Spiele stehende Interesse der Drittperson am Schutz ihrer Privatsphäre berücksichtigen. Dabei sind insbesondere die folgenden Kriterien zu beachten:

- Funktion oder Stellung der betroffenen Person: Handelt es sich um eine Person des öffentlichen Lebens oder um einen oder eine öffentliche Angestellte in einer höheren Führungsfunktion, so muss sie eher in Kauf nehmen, dass auf ihre Person bezogene Informationen veröffentlicht werden, als hierarchisch nachgeordnetes Behördenpersonal (insb. Sachbearbeiterinnen oder Sachbearbeiter ohne Führungsverantwortung) oder Personen, welche nicht in einer "privilegierten" Beziehung gegenüber einer Behörde stehen bzw. einfache Bürgerinnen oder Bürger.

- Art der betroffenen Daten: Das Datenschutzgesetz (DSG, SR 235.1) unterscheidet zwei Kategorien von Daten: "Einfache" Personendaten einerseits, besonders schützenswerte Personendaten und Persönlichkeitsprofile andererseits. In der letzteren Kategorie werden Daten zusammengefasst, deren Missbrauch potenziell höhere Risiken für die Betroffenen zur Folge hat (Daten über religiöse, weltanschauliche, politische oder gewerkschaftliche Ansichten oder Tätigkeiten; Daten über Gesundheit, Intimsphäre oder Rassenzugehörigkeit; Angaben über Sozialhilfemassnahmen oder über administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen; Art. 3 Bst. c DSG). Die Veröffentlichung solcher Daten ist dann zulässig, wenn ein sehr gewichtiges öffentliches Interesse vorliegt, welches dies rechtfertigt. Grundsätzlich ist indessen davon auszugehen, dass in diesen Fällen das Schutzinteresse der Betroffenen überwiegt.

- Mögliche Konsequenzen einer Zugänglichmachung: Mögliche konkrete Konsequenzen für den Betroffenen oder weitere Personen sind zu berücksichtigen. Solche Konsequenzen können auch dann gravierend sein, wenn es sich bei den fraglichen Daten nicht um besonders schützenswerte Personendaten handelt (Beispiel: Die Veröffentlichung von Namen und weiteren Angaben von Asylsuchenden kann die betroffene Person und ihre Familie an Leib und Leben gefährden). Zu bedenken ist auch, dass die Veröffentlichung von Personendaten zu Missbräuchen dieser Daten führen kann (würden sehr detaillierte Daten über eine bestimmte Person veröffentlicht, könnte dies z.B. Identitätsdiebstahl begünstigen). Weiter können auch finanzielle Konsequenzen zu beachten sein. Die Behörde muss die Wahrscheinlichkeit und die zu erwartende Schwere eines Missbrauchs der betreffenden Informationen abschätzen.

4. Gesuch um Zugang zu amtlichen Dokumenten und Zuständigkeiten

4.1 Inhalt des Gesuchs (Art. 7 VBGÖ)

Aus Artikel 10 BGÖ ergibt sich, dass für das Zugangsgesuch keinerlei Formvorschriften bestehen. Die vorliegende Bestimmung hält ausdrücklich fest, dass die Gesuchstellenden ihr Gesuch nicht begründen müssen. Auch die Rechtsgrundlagen, auf die sich ihr Gesuch stützt, müssen sie nicht angeben.

Wird das Gesuch gegebenenfalls schriftlich gestellt, kann dies per Post, Fax oder E-Mail geschehen. Um den Arbeitsaufwand möglichst gering zu halten, wird es sinnvoll sein, wenn die Behörde die elektronische Abwicklung fördert, z.B. indem sie auf ihrer Website den Gesuchstellenden ein standardisiertes elektronisches Formular zur Verfügung stellt.

Artikel 10 Absatz 3 BGÖ sieht ausdrücklich vor, dass das Gesuch hinreichend genau formuliert sein muss. Diese Bedingung wird vorliegend genauer ausgeführt. Artikel 7 Absatz 2 VBGÖ verlangt deshalb, dass das Zugangsgesuch genügend Angaben enthält, um die Identifizierung des gesuchten Dokuments zu ermöglichen, und nennt dazu einige Beispiele. Die Gesuchstellenden sollen die Behörde bei der Bestimmung des gewünschten Dokuments unterstützen, indem sie die allgemein zugänglichen Daten des Dokuments (beispielsweise Erstellungsdatum, Titel oder Referenz), den genauen Sachbereich, die Behörde, die möglicherweise Dokumente zu diesem Thema publiziert hat, das Datum der Veröffentlichung, den betreffenden Zeitraum usw. angeben. Die Behörde muss ihrerseits die erforderlichen Massnahmen treffen, um den Gesuchstellenden gegebenenfalls zu helfen, ihr Gesuch genauer zu formulieren (Art. 3 VBGÖ), und um zu versuchen, die gewünschten Dokumente zu identifizieren. Wie aus der Botschaft hervorgeht (BBl 2003 2019, Ziff. 2.3.2.1), darf das Erfordernis eines hinreichend genau formulierten Gesuchs nicht zu streng gehandhabt werden: Es genügt, wenn das Dokument für die zuständige Behörde ohne grössere Schwierigkeiten identifizierbar ist. Zudem hängt der Genauigkeitsgrad, der verlangt werden kann, insb. von den Mitteln ab, die den Gesuchstellenden zur Verfügung stehen.

Gelingt es der Behörde nicht, die gewünschten Dokumente zu identifizieren, ist in Artikel 7 Absätze 3 und 4 VBGÖ vorgesehen, dass die Behörde die Gesuchstellenden auffordern kann, ihr Gesuch innerhalb von zehn Tagen zu präzisieren. Sie kann auch verlangen, dass die Präzisierung schriftlich erfolgen soll. Werden innerhalb der gesetzten Frist nicht die notwendigen Angaben gemacht, gilt das Gesuch als zurückgezogen. Diese Bestimmung bietet den Vorteil, dass eine klare Situation geschaffen wird und die Gesuchstellenden nicht übermässig benachteiligt werden, da sie immer noch die Möglichkeit haben, ihr Gesuch erneut zu stellen. Die Behörde muss sie auf jeden Fall auf diesen Mechanismus hinweisen und den Gesuchstellenden generell die erforderliche Unterstützung zukommen lassen (Art. 3 VBGÖ). Weiter ist insbesondere zu beachten, dass die in Artikel 12 BGÖ festgelegte Frist für die Stellungnahme ab dem Datum des Erhalts der ergänzenden Angaben läuft, die von den Gesuchstellenden eingereicht werden.

4.2 Gesuche um Zugang zu amtlichen Dokumenten der Vertretungen der Schweiz im Ausland (Art. 8 VBGÖ)

Nach Artikel 10 Absatz 2 BGÖ (BBl 2003 2019, Ziff. 2.3.2.1) kann der Bundesrat für den Zugang zu amtlichen Dokumenten der Vertretungen der Schweiz im Ausland und der schweizerischen Missionen bei internationalen Organisationen ein besonderes Verfahren vorsehen. Die Verordnung erwähnt der Klarheit halber ausdrücklich auch die Mission bei den Europäischen Gemeinschaften, die nicht internationale Organisationen im eigentlichen Sinne, sondern supranationale Organisationen sind. Unter den Begriff der "Vertretungen der Schweiz" fallen sämtliche Vertretungen der Schweiz im Ausland, insbesondere konsularische und diplomatische Vertretungen sowie die Büros der Entwicklungszusammenarbeit. Artikel 8 VBGÖ orientiert sich an Artikel 14 der Verordnung vom 14. Juni 1993 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG; SR 235.11).

Die Vertretungen der Schweiz im Ausland übermitteln Zugangsgesuche, die sich auf von ihnen selbst erstellte oder von Dritten empfangene Dokumente beziehen, an die Zentrale in Bern. Diese führt das weitere Zugangsverfahren durch. Betrifft ein Zugangsgesuch amtliche Dokumente aus Bereichen, bei denen die fachliche Federführung nicht beim Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten liegt, so werden die Gesuche an das zuständige Departement zur Bearbeitung und zur Stellungnahme weitergeleitet (vgl. Art. 11 Abs. 1 und 2 VBGÖ). In diesen Fällen hat die Zentrale des EDA lediglich die Funktion einer Durchlaufstelle.

Für Zugangsgesuche betreffend amtliche Dokumente der Ständigen Mission der Schweiz bei der WTO und EFTA in Genf legt das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement die Verfahrensabläufe für die Bearbeitung der Gesuche fest.

Die Vertretungen und Missionen sind im übrigen nicht verpflichtet, Zugangsgesuche zu Dokumenten entgegen zu nehmen, die den Tätigkeitsbereich anderer Behörden betreffen. Auch Ausländerinnen und Ausländer oder Auslandschweizerinnen und Auslandschweizer müssen solche Gesuche an die zuständige Behörde in der Schweiz richten.

Im Übrigen wird das EDA beauftragt, die Einzelheiten zu regeln (Abs. 2). Dazu wird es gehören, die Bearbeitungsfrist so anzupassen, dass dem Zeitbedarf für die Übermittlung des Gesuches und der betreffenden Dokumente von der Vertretung an die Zentrale Rechnung getragen wird. Weiter wird die departementsinterne Zuständigkeit für die Bearbeitung der Gesuche – diese umfasst namentlich die Beurteilung des Gesuchs bzw. der betreffenden Dokumente, die Stellungnahme sowie die Vertretung des Departements im Rahmen allfälliger Schlichtungs- und Beschwerdeverfahren – zu regeln sein. Bezüglich der Modalitäten der Einsichtnahme kann insbesondere vorgesehen werden, dass die Einsichtnahme vor Ort nur in Bern erfolgen kann (vgl. Botschaft BBl 2003 2020).

4.3 Besondere Bedürfnisse der Medien (Art. 9 VBGÖ)

Artikel 9 VBGÖ verpflichtet die zuständige Behörde dazu, von Medienschaffenden eingereichte Gesuche soweit möglich mit Rücksicht auf die zeitliche Dringlichkeit

der Berichterstattung zu bearbeiten. Die im Öffentlichkeitsgesetz festgelegten Fristen können für die Berichterstattung über das Tagesgeschehen zu lang sein, namentlich wenn es um aktuelle politische Entwicklungen geht. Als Medienschaffende im Sinne dieser Bestimmung gelten jene Personen, die sich beruflich mit der Veröffentlichung von Informationen im redaktionellen Teil eines Mediums befassen. Sie haben dies der Behörde glaubhaft darzulegen, sonst werden sie wie andere Gesuchsteller behandelt.

Besonders zu beachten ist, dass alle Medienschaffende bei der Anwendung der vorliegenden Bestimmung gleich zu behandeln sind. Es darf also kein Unterschied gemacht werden beispielsweise zwischen akkreditieren und freischaffenden Journalisten.

4.4 Gesuche, die eine besonders aufwändige Bearbeitung erfordern (Art. 10 VBGÖ)

Artikel 10 Absatz 4 Buchstaben b und c BGÖ geben dem Bundesrat die Kompetenz, in bestimmten Fällen im Rahmen der Vollzugsregelung von den gesetzlichen Verfahrensbestimmungen abzuweichen. Diese Möglichkeit wird zum Einen vorgesehen für den Fall, dass gleichzeitig eine grosse Zahl von Gesuchen bei einer Behörde eintrifft (Bst. b) und zum Zweiten für den Fall, dass einzelne Zugangsgesuche einen besonders grossen Bearbeitungsaufwand erfordern (Bst. c). Letzteres kann dadurch bedingt sein, dass komplexe Anonymisierungen vorgenommen werden müssen oder dass umfangreiche Dokumentenbestände von Spezialistinnen oder Spezialisten eingehend darauf hin geprüft werden müssen, ob einzelne Teile davon unter Ausnahmebestimmungen fallen könnten (vgl. Botschaft BBl 2003 2021). Im Fall von Massengesuchen wird die Behörde die fraglichen Dokumente mit Vorteil von sich aus veröffentlichen oder (falls die Dokumente nicht zugänglich sein sollten) ihre Stellungnahme in sinngemässer Anwendung von Artikel 36 Buchstabe c Verwaltungsverfahrensgesetz (SR 172.021) in einem amtlichen Blatt veröffentlichen. Eine weitere Regelung dieses Falles erübrigt sich; der Bundesrat erlässt also keine besonderen Regeln gestützt auf die Delegationsnorm des Artikel 10 Absatz 4 Buchstabe b BGÖ. Für den Fall eines Gesuches, das eine besonders aufwändige Bearbeitung erfordert, sieht Artikel 10 Absatz 4 Buchstabe c BGÖ vor, dass der Bundesrat längere Bearbeitungsfristen vorsehen kann. Diese Bestimmung wird durch die vorliegende Regelung konkretisiert.

Die in Artikel 12 Absatz 1 BGÖ festgelegte Frist für die Behandlung von Zugangsgesuchen beträgt 20 Tage. Sie kann nach Artikel 12 Absatz 2 BGÖ um 20 Tage verlängert werden, wenn das Gesuch umfangreiche, komplexe oder schwer beschaffbare Dokumente betrifft (für Dokumente, die Personendaten enthalten, ist eine besondere Regelung vorgesehen). Damit ist der ordentliche zeitliche Rahmen für die Behandlung von Zugangsgesuchen vom Gesetz konkret vorgegeben. Die vorliegende Bestimmung ermöglicht für ausserordentliche Situationen ein Abweichen von diesen Fristen. Sie ist aber restriktiv anzuwenden, denn sonst würden die im Öffentlichkeitsgesetz festgelegten ordentlichen Fristen toter Buchstabe bleiben.

Nach Artikel 10 Absatz 1 VBGÖ erfordert ein Gesuch dann eine besonders aufwändige Bearbeitung, wenn die Behörde das Gesuch mit ihren verfügbaren Res-

sourcen nicht behandeln kann, ohne dass die Erfüllung anderer Aufgaben wesentlich beeinträchtigt würde. Allein die Tatsache, dass das Personal der Behörde eine gewisse Zahl von zusätzlichen Arbeitsstunden leisten muss, reicht nicht aus; die Bearbeitung des Zugangsgesuchs muss die Ausübung anderer Tätigkeiten tatsächlich erheblich behindern. Damit von der in Artikel 12 Absatz 2 BGÖ vorgesehenen "ordentlichen" Verlängerungsfrist von 20 Tagen abgewichen werden kann, müssen qualifizierte Gründe vorliegen. Mit anderen Worten muss sich die Behörde in der Situation befinden, dass sie nicht in der Lage ist, ihre Kernaufgaben wahrzunehmen und gleichzeitig das Zugangsgesuch zu bearbeiten. Der Begriff "Personal" bezeichnet die Angestellten der Behörde, die über die erforderlichen Kompetenzen und Kenntnisse verfügen, um das Zugangsgesuch zu bearbeiten.

Ist Absatz 1 anwendbar, muss die Behörde das Zugangsgesuch innerhalb einer "angemessenen Frist" behandeln. Was eine angemessene Frist ist, muss die zuständige Behörde im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Rahmenbedingungen und im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips festlegen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Frage der formellen Rechtsverweigerung kann dabei allenfalls gewisse Hinweise geben.

Wie bei der ordentlichen Fristverlängerung nach Artikel 12 Absatz 2 BGÖ ist die gesuchstellende Person auch im Fall der ausserordentlichen Verlängerung zu informieren. Es ist ihr dabei anzugeben, innert welcher Frist die Stellungnahme der Behörde erfolgen wird.

4.5 Zuständigkeit zur Stellungnahme (Art. 11 VBGÖ)

Nach Artikel 10 BGÖ ist das Zugangsgesuch an die Behörde zu richten, die die amtlichen Dokumente erstellt oder als Hauptadressatin erhalten hat. Diese Bestimmung legt hingegen nicht fest, welche Behörde für die Bearbeitung eines Zugangsgesuchs zuständig ist, das sich auf amtliche Dokumente bezieht, die mehrere Behörden betreffen. Artikel 11 VBGÖ sieht deshalb einige Regeln für die Kompetenzzuweisung vor, wobei fünf Fälle unterschieden werden:

- Wurde ein Dokument durch mehrere Behörden gemeinsam erarbeitet, sieht Absatz 1 als Kriterium für die Kompetenzzuweisung die Federführung vor: Das Zugangsgesuch wird somit von der Behörde bearbeitet, die die Federführung für das Geschäft hat. Dabei ist zu beachten, dass diese Behörde auch dann beschliessen kann, den Zugang zu gewähren, wenn die anderen beteiligten Behörden dies grundsätzlich ablehnen.

- Bezieht sich das Gesuch auf mehrere Dokumente, die das gleiche Geschäft betreffen und die durch verschiedene dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehende Behörden erstellt oder empfangen wurden, sieht Absatz 2 aus Gründen der Verfahrensökonomie vor, dass das Zugangsgesuch durch eine einzige Behörde bearbeitet wird. Auch hier wird die für das Geschäft federführende Behörde als zuständig erklärt. Sowohl im Fall vom Absatz 1 als auch im Fall von Absatz 2 ist es der federführenden Behörde selbstverständlich unbenommen, mit den anderen beteiligten Behörden Kontakt aufzunehmen und sie betreffend der Zugänglichkeit der von diesen erstellten oder empfangenen Dokumente anzuhören. Wenn bezüglich der Beurteilung von de-

ren Zugänglichkeit Unklarheiten bestehen, sind sie dazu verpflichtet. Dies ergibt sich aus der allgemeinen Pflicht zur Zusammenarbeit unter den Verwaltungsbehörden nach Artikel 15 Absatz 1 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (SR 172.010.1). Es ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die vorliegende Zuständigkeitsregel ausschliesslich die Vereinfachung des Verfahrens für die gesuchstellende Person bezweckt. Diese soll in solchen Fällen nicht bei jeder einzelnen Behörde ein separates Gesuch stellen müssen.

- Ist die Federführung nicht einer einzigen Behörde zugewiesen, verlangt Absatz 3, dass sich die beteiligten Behörden auf eine zuständige Behörde einigen. In diesem Fall muss die Behörde, welche die Stellungnahme abgibt, Einvernehmen mit den übrigen beteiligten Behörden herstellen. Dies bedeutet dass sie bezüglich der Beurteilung der Zugänglichkeit der fraglichen Dokumente die *Zustimmung* derjenigen Behörde einholen muss, die das jeweilige Dokument erstellt oder als Hauptadressatin von Dritten, die nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen, erhalten hat. Kann kein Einvernehmen hergestellt werden, wird es an jeder einzelnen Beteiligten Behörde sein, über die Zugänglichkeit der einzelnen von ihr erstellten oder als Hauptadressatin von nicht dem Gesetz unterstehenden Dritten empfangenen Dokumente zu entscheiden (vgl. Art. 10 Abs. 1 BGÖ). Wenn die beteiligten Behörden sich nicht auf die Zuständigkeit zur Gesuchsbehandlung einigen können und deshalb die gesetzliche Frist ergebnislos abläuft, kann die gesuchstellende Person ein Schlichtungsverfahren verlangen (Art. 12 Abs. 1 Bst. b BGÖ).

- Absatz 4 betrifft den Fall, dass Dokumente durch eine Behörde auf Ersuchen einer anderen Behörde ausgearbeitet werden. Dies bedeutet, dass die erstellende Behörde das Dokument aufgrund spezifischer Vorgaben einer anderen Behörde erstellt hat. Dies trifft insbesondere für Gutachten zu. In diesem Fall besteht eine Verpflichtung, die auftraggebende Stelle anzuhören, bevor Stellung genommen wird. Für Dokumente, die von einer Behörde im Auftrag einer parlamentarischen Kommission ausgearbeitet werden, gelten die besonderen Bestimmungen, welche die Artikel 4 bis 9 der Parlamentsverwaltungsverordnung[3] vorsehen.

- Bezieht sich das Zugangsgesuch auf klassifizierte Dokumente, sieht Absatz 5 vor, dass sich Zuständigkeit und Vorgehen nach den Vorschriften über den Informationsschutz und die Klassifizierung richten. Diese Vorschriften umfassen heute zunächst einmal die Verordnung vom 10. Dezember 1990 über die Klassifizierung und Behandlung von Informationen im zivilen Verwaltungsbereich (SR 172.015) und die Verordnung vom 1. Mai 1990 über den Schutz militärischer Informationen (Informationsschutzverordnung; SR 510.411) Beide Verordnungen werden gegenwärtig revidiert; es wird eine Zusammenfassung zu einem einzigen Erlass angestrebt. Darüber hinaus besteht eine Anzahl von bilateralen Informationsschutzabkommen zwischen der Schweiz und ausländischen Staaten, internationalen Organisationen sowie der Europäischen Union. Als Vorschriften über den Informationsschutz und die Klassifizierung gelten darüber hinaus von Departementen oder anderen Verwaltungseinheiten allenfalls im Rahmen der Konkretisie-

[3] SR 171.115

rung der genannten Verordnungen erlassene Vorschriften. Die für die Klassifizierung zuständige Stelle muss nach Absatz 5, 2. Satz, prüfen, ob die Klassifizierung der Dokumente noch gerechtfertigt ist. Ist dies der Fall, kann der Zugang verweigert werden. Andernfalls sind die Dokumente zu entklassifizieren, und der Zugang kann gewährt werden (BBl 2003 2006). Analog ist im Falle von Dokumenten vorzugehen, die unter ein Informationsschutzabkommen fallen. Dort wird jeweils zu prüfen sein, ob das Abkommen die Zuständigkeit einer bestimmten Stelle für die Behandlung von Gesuchen impliziert (z.B. Zuständigkeit des Integrationsbüros für Gesuche um Zugang zu amtlichen Dokumenten, die unter das Informationsschutzabkommen mit der EU fallen). Auch hier gilt im Übrigen der Grundsatz, dass das Zugangsrecht so wenig wie möglich einzuschränken ist: Wenn ein Dokument lediglich wegen bestimmter Abschnitte oder Einzelinformationen klassifiziert wurde, so sind diese zu entfernen und der Zugang zum Rest ist zu gewähren (BBl 2003 2005).

Bei Kompetenzkonflikten sind die Bestimmungen von Artikel 7 ff. VwVG anwendbar (BBl 2003 1993, Ziff. 2.1.5.1.3)

Es ist Sache jeder Behörde, die Verantwortlichen zu bestimmen, die für die Bearbeitung des Zugangsgesuchs zuständig sind. Damit das Öffentlichkeitsprinzip möglichst einfach umgesetzt werden kann, soll auf einer möglichst tiefen Hierarchiestufe über den Zugang entschieden werden. (BBl 2003 1983, Ziff. 1.3). Die Behörde könnte beispielsweise vorsehen, dass das Zugangsgesuch grundsätzlich vom wissenschaftlichen Personal bearbeitet wird, dass es aber auch vom administrativen Personal bearbeitet werden kann, wenn die verlangten amtlichen Dokumente bereits der Öffentlichkeit zugänglich sind bzw. bereits einmal zugänglich gemacht wurden, wenn sie eindeutig als zugänglich bezeichnet werden oder wenn sie auf Grund einer spezialgesetzlichen Bestimmung zugänglich sind (z.B. Art. 8 Abs. 5 BGÖ oder Artikel 9 Vernehmlassungsgesetz [SR 172.061]). Es könnte auch vorgesehen werden, dass der Leiterin oder die Leiterin der Verwaltungseinheit über das Zugangsgesuch entscheiden muss, wenn seine Bearbeitung mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, insbesondere in Bezug auf die Anwendung der Ausnahmebestimmungen von Artikel 7 BGÖ.

Die zustimmende Stellungnahme kann formlos erfolgen, namentlich durch Zustellung von Kopien der gewünschten Dokumente (Art. 5 VBGÖ) oder durch Vereinbarung eines Termins für die Einsichtnahme (Art. 4 VBGÖ). Wird der Zugang beschränkt oder verweigert, muss die Stellungnahme die Ausnahmenklauseln, auf welche die Behörde sich stützt, ausdrücklich bezeichnen (Art. 12 Abs. 4 BGÖ).

5. Schlichtung und Empfehlung

5.1 Schlichtung (Art. 12 VBGÖ)

Nach Artikel 13 BGÖ kann eine gesuchstellende Person ein Schlichtungsverfahren einleiten, wenn der Zugang eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert wurde oder wenn die zuständige Behörde zu ihrem Gesuch nicht fristgerecht Stellung genommen hat. Wenn ein Dokument Personendaten Dritter enthält, kann

auch die betroffene Person an die oder den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (die oder der Beauftragte) gelangen, wenn die Behörde gegen ihren Willen Zugang zu den Dokumenten gewähren will.

Die oder der Beauftragte wird nicht von Amtes wegen tätig, sondern nur auf Grund eines schriftlichen Schlichtungsantrages (BBl 2003 2023, Ziff. 2.3.5).

Artikel 12 VBGÖ legt die Leitlinien für den Ablauf des Schlichtungsverfahrens fest. Da dieses Verfahren nicht zu einer Verfügung in Sinne von Artikel 5 VwVG führt, handelt es sich nicht um ein Verwaltungsverfahren.

Gemäss Absatz 1 verfügt die oder der Beauftragte über eine sehr weit gehende Prüfungsbefugnis, da sie oder er nicht nur prüfen kann, ob die Art und Weise der Bearbeitung des Zugangsgesuchs rechtmässig ist, sondern auch, ob sie angemessen ist. Das Öffentlichkeitsgesetz verleiht der Behörde einen gewissen Ermessensspielraum hinsichtlich gewisser Aspekte der Bearbeitung des Zugangsgesuchs, zum Beispiel in Bezug auf die Art der Einsichtnahme in die amtlichen Dokumente. In gewissen Situationen hat die Behörde somit die Wahl zwischen mehreren Lösungen, die grundsätzlich alle gleichermassen gesetzmässig sind. Die oder der Beauftragte hat somit nicht nur die Aufgabe abzuklären, ob die zuständige Behörde das Gesetz korrekt angewandt hat; sie oder er muss auch prüfen, ob die von dieser Behörde gewählte Lösung auf die Umstände des jeweiligen Falls abgestimmt ist (Überprüfung der Angemessenheit).

Die Frage, ob das Zugangsgesuch rechtmässig bearbeitet wurde, nimmt darauf Bezug, dass die Behörden bei der Ausübung ihrer Tätigkeit an das Legalitätsprinzip gebunden sind. Die oder der Beauftragte prüft daher z.B., ob die für das Zugangsgesuch zuständige Behörde Artikel 5 BGÖ, in dem der Begriff der amtlichen Dokumente definiert ist, die in Artikel 7 BGÖ vorgesehenen Ausnahmen oder auch die Bestimmungen in Bezug auf den Schutz der Personendaten (Art. 9 BGÖ) korrekt angewandt hat.

Ein Gegengewicht zum breiten Ermessensspielraum der oder des Beauftragten stellt die Tatsache dar, dass sie oder er keine Kompetenz zum Erlass von Verfügungen hat, sondern nur Empfehlungen abgeben kann, falls die Schlichtung nicht zu Stande kommt.

Nach Artikel 20 BGÖ hat die oder der Beauftragte im Rahmen des Schlichtungsverfahrens auch Zugang zu amtlichen Dokumenten, die der Geheimhaltung unterliegen (BBl 2003 2031, Ziff. 2.4.4). Die Behörde ist somit verpflichtet, alle erforderlichen Dokumente zur Verfügung zu stellen; sie kann sich dieser Verpflichtung nicht unter Berufung auf die Vertraulichkeit oder die geheime Natur der Informationen entziehen.

In Absatz 2 ist die Funktion der oder des Beauftragten als Schlichtungsperson im Rahmen des Öffentlichkeitsgesetzes definiert: Tritt ein Konflikt über ein Zugangsgesuch auf, strebt sie oder er einen Ausgleich an und schlägt, falls notwendig, Lösungen vor. Es ist davon auszugehen, dass solche Lösungen oft im Dialog mit den Beteiligen erreicht werden können, namentlich dann, wenn Konflikte auf Kommunikationsprobleme zwischen den Bürgerinnen und Bürgern und den Vertreterinnen und Vertretern der Behörden zurückzuführen sind. Das Schlichtungsverfahren er-

möglicht den Parteien, den Dialog in einem von Vertrauen geprägten Umfeld zu führen. Bei der Prüfung eines Falls muss die oder der Beauftragte einen neutralen, unparteiischen Standpunkt einnehmen, ähnlich der Richterin oder dem Richter in einem gerichtlichen Verfahren. Alle am Schlichtungsverfahren Beteiligten müssen angehört werden, wobei diese Anhörung auch in der Gelegenheit zur schriftlichen Darlegung der jeweiligen Position bestehen kann. Zuvor nicht angehörte Drittpersonen, deren Personendaten die fraglichen Dokumente enthalten, müssen angehört werden, wenn der Beauftragte die Zugänglichmachung der Dokumente in Erwägung zieht.

Kommt eine Schlichtung zu Stande, gilt das Verfahren als erledigt (Art. 13 Abs. 3 BGÖ). Nach Artikel 13 Absatz 3 VBGÖ hält die oder der Beauftragte das Ergebnis schriftlich fest, zum Beispiel in einem Protokoll, und teilt es den Parteien mit. Allenfalls könnte es sinnvoll sein, die Parteien das Dokument, welches das Ergebnis des Verfahrens festhält, unterzeichnen zu lassen. Kommt es nicht zu einer Einigung, gibt die oder der Beauftragte den Parteien gemäss Artikel 14 BGÖ eine schriftliche Empfehlung ab.

Es ist zu beachten, dass nach Artikel 17 Absatz 2 Buchstabe b BGÖ für das Schlichtungsverfahren keine Gebühr erhoben wird.

5.2 Empfehlung (Art. 13 VBGÖ)

In der Empfehlung äussert die oder der Beauftragte ihre Beurteilung des streitigen Gesuchs und nimmt zur Art und Weise Stellung, wie die Angelegenheit zu behandeln wäre. Falls der Standpunkt der Behörde vollumfänglich geteilt wird, reicht es aus, wenn auf die Gründe verwiesen wird, die von dieser angeführt werden (Art. 12 Abs. 4 BGÖ), oder wenn diese Gründe bei Bedarf ergänzt werden. Wird die Schlussfolgerung der Behörde nicht geteilt, ist in der Empfehlung anzugeben, inwieweit der Zugang zu den amtlichen Dokumenten zu gewähren ist; handelt es sich um einen partiellen Zugang, sind die Einschränkungen und die entsprechenden Gründe zu nennen. Die Empfehlung erlaubt den verschiedenen am Schlichtungsverfahren Beteiligten, einschliesslich der zuständigen Behörde, die Situation besser einschätzen. Die Empfehlung kann somit entweder eine Behörde davon überzeugen, den Zugang zu gewähren, oder die gesuchstellende Person davon abhalten, eine Verfügung nach Artikel 15 BGÖ zu verlangen.

Gemäss Artikel 13 Absatz 1 VBGÖ muss die oder der Beauftragte in der Empfehlung die am Schlichtungsverfahren Beteiligten ausdrücklich darauf hinweisen, dass sie im Sinne von Artikel 15 BGÖ eine Verfügung verlangen können und welche Frist ihnen dafür zur Verfügung steht.

Nach Absatz 2 darf die Empfehlung keine Informationen enthalten, die eines der nach Artikel 7 Absatz 1 BGÖ geschützten Interessen beeinträchtigten könnten. Dies ist besonders wichtig, weil die Empfehlungen veröffentlicht werden (Abs. 3). Die Veröffentlichung der Empfehlungen der oder des Beauftragten ist ein wichtiges Überzeugungsinstrument, da damit die Stärken und Schwächen des staatlichen Handelns klar herausgestellt werden. Sie kann auch eine vorbeugende Wirkung gegen missbräuchliche Gesuche haben. Die Veröffentlichung erfolgt unmit-

telbar nach der Verfassung der Empfehlung durch die oder den Beauftragten. Die Veröffentlichung der Empfehlungen sollte in erster Linie im Internet erfolgen.

Nach Artikel 13 Absatz 3 zweiter Satz VBGÖ ist der Schutz der persönlichen Daten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten gewährleistet; beispielsweise muss die oder der Beauftragte die Empfehlung anonymisieren. Falls dies nicht möglich ist, verzichtet die oder der Beauftragte auf die Veröffentlichung der Empfehlung (Abs. 4).

Im Übrigen wird auf den Kommentar zu Artikel 14 BGÖ in der Botschaft verwiesen (BBl 2003 2024, Ziff. 2.3.6).

6. Gebühren (Art. 14 - 16 VBGÖ)

Nach Artikel 17 BGÖ ist der Zugang zu den amtlichen Dokumenten grundsätzlich gebührenpflichtig, ausser wenn die Bearbeitung eines Gesuchs einen geringen Aufwand erfordert. Gebührenfrei sind darüber hinaus Schlichtungsverfahren (Art. 13 BGÖ) und erstinstanzliche Verfahren (Art. 15). Für die Festlegung der Einzelheiten ist der Bundesrat zuständig.

Bei der Konzeption der Gebührenordnung zum Öffentlichkeitsgesetz gilt es, einerseits der Zwecksetzung des Öffentlichkeitsprinzips Rechnung zu tragen, andererseits aber auch das Verursacherprinzip in angemessenem Rahmen zu berücksichtigen. Das Öffentlichkeitsgesetz soll zu einer transparenteren Verwaltung führen. Die Inanspruchnahme des Rechts auf Zugang dient damit nicht nur den Privaten, die Einsicht verlangen, sondern immer auch der Transparenz als öffentlichem Interesse. Ein einer Person zugänglich gemachtes Dokument ist für jedermann zugänglich („access to one, access to all“; vgl. Art. 2 VBGÖ). Bedingung für das Erreichen der Zielsetzungen, die mit der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips verfolgt werden, ist, dass der Nutzung des Zugangsrechts möglichst wenig Hindernisse entgegenstehen. Das Gesetz hält daher fest, dass keine Gebühren erhoben werden, wenn die Bearbeitung eines Gesuchs einen geringen Aufwand erfordert (Art. 17 Abs. 2 Bst. a BGÖ). Zudem dürfen die Kosten im Zusammenhang der Gebührenerhebung den Gebührenbetrag nicht übersteigen (Art. 15 Abs. 1 VBGÖ).

6.1 Grundsatz (Art. 14 VBGÖ)

Nach Artikel 14 VBGÖ gelten die Bestimmungen der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGV; SR 172.041.1), soweit die Öffentlichkeitsverordnung keine besondere Regelung enthält.

Die Allgemeine Gebührenverordnung ist am 1. Januar 2005 in Kraft getreten. Gemäss Artikel 1 legt sie die Grundsätze fest, nach denen die Bundesverwaltung Gebühren für ihre Verfügungen und Dienstleistungen erhebt. Im Zusammenhang mit der Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips sind insbesondere die nachstehenden Bestimmungen dieser Verordnung anwendbar: Gebührenpflicht (Art. 2), Verzicht auf Gebührenerhebung (Art. 3 Abs. 1 und 2 Bst. a), Vorschuss und Vorauszahlung (Art. 10), Fälligkeit (Art. 12), Stundung, Herabsetzung und Erlass (Art. 13)

sowie Verjährung (Art. 14). Allerdings ist zu beachten, dass diejenigen Bestimmungen der AllGV, welche die Gebührenerhebung im Zusammenhang mit dem Erlass von Verfügungen betreffen, nicht anwendbar sind: Artikel 17 Absatz 2 Buchstabe c BGÖ bestimmt, dass der Erlass von Verfügungen nach Artikel 15 BGÖ gebührenfrei ist.

Artikel 14 VBGÖ behält einige besondere Regelungen gegenüber der Allgemeinen Gebührenverordnung vor (Art. 15 und 16 VBGÖ).

6.2 Erlass oder Reduktion der Gebühren (Art. 15 VBGÖ)

Artikel 17 Absatz 2 Buchstabe a BGÖ verlangt, dass für Gesuche, deren Bearbeitung nur einen geringen Aufwand erfordert, keine Gebühren erhoben werden. Als Aufwand gelten nicht nur die Vervielfältigungskosten, sondern auch die Arbeitszeit, die für die Prüfung und Vorbereitung der amtlichen Dokumenten eingesetzt wird. In Artikel 15 Absatz 1 VBGÖ wird dieser Grundsatz so ausformuliert, dass keine Gebühr erhoben wird, wenn die Kosten für ihre Erhebung den Gebührenbetrag übersteigen. Dabei handelt es sich um eine zwingende Bestimmung. Sie entspricht Artikel 3 Buchstabe a der Verordnung des Eidgenössischen Departements des Innern vom 1. Dezember 1999 über die Gebühren des Schweizerischen Bundesarchivs (Gebührenverordnung BAR; SR 172.041.15). Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b AllgGV enthält eine analoge Kann-Vorschrift.

Der zweite Satz hält fest, dass Gebühren von weniger als 100 Franken nicht verrechnet werden. Damit wird über den Grundsatz hinaus eine konkrete Limite festgelegt. Für Beträge unterhalb dieser Limite wird somit aufgrund dieser Verordnungsbestimmung generell festgelegt, dass der Aufwand für die Erhebung der Gebühr grösser ist, als der Gebührenbetrag selbst. Gleichzeitig ist für die Gesuchstellenden transparent, ab welchem Betrag die Gebühr eingezogen wird.

Artikel 15 Absatz 2 bestimmt, dass Kosten, die sich ausschliesslich aus der Berücksichtigung besonderer Bedürfnisse Behinderter ergeben, bei der Festlegung der Gebühren grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sind. Auch diese Anforderung ergibt sich – wie die besondere Verpflichtung zur Unterstützung gesuchstellender Behinderter im Allgemeinen (vgl. Art. 3 Abs. 1 VBGÖ; Ziff. 3.2 oben) – aus den im Behindertengleichstellungsgesetz (SR 151.3) verankerten Anforderungen. Dies bedeutet, dass beispielsweise ein Dokument, das nur in Papierform vorhanden ist, kostenfrei eingescannt werden müsste, wenn eine blinde Person dies verlangt. Praktisch dürfte diese Bestimmung von geringer Tragweite sein, da die nach dem Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes erstellten oder von Dritten empfangenen Dokumente (die nach BGÖ zugänglich sind) in der Regel ohnehin in elektronischer – und damit Behinderten zugänglicher – Form verfügbar sein dürften.

Artikel 15 Absatz 3 VBGÖ sieht vor, dass die Behörde die Gebühr herabsetzen oder erlassen kann, wenn sie den Zugang zu den amtlichen Dokumenten verweigert. Dem gegenüber kann es namentlich dann gerechtfertigt sein, auch bei der Verweigerung des Zugangs eine Gebühr zu erheben, wenn es sich um aufwändig zu bearbeitende Gesuche handelt, die querulatorischen Charakter haben oder die offensichtlich darauf ausgerichtet sind, die Tätigkeit der betreffenden Behörde zu erschweren.

Es handelt sich hier um eine Kann-Vorschrift, die in Bezug auf die Bestimmungen der Allgemeinen Gebührenverordnung eine Spezialregelung darstellt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass nur in den hier aufgezählten Fällen die Gebühren reduziert werden könnten bzw. auf die Gebührenerhebung verzichtet werden könnte. Die einschlägigen Bestimmungen der Allgemeinen Gebührenverordnung (Art. 3 Abs. 1 und 2 Bst. a; Art. 13) sind ebenfalls anwendbar.

Weiterhin möglich ist es insbesondere auch, Medienschaffenden gewisse Informationsleistungen kostenlos anzubieten. Dabei ist darauf zu achten, dass alle Medienschaffenden gleich behandelt werden.

6.3 Gebührentarif und Information über voraussichtliche Kosten (Art. 16 VBGÖ)

Gemäss Artikel 4 AllgGV werden die Gebühren so bemessen, dass der Gesamtertrag der Gebühren die Gesamtkosten einer Verwaltungseinheit nicht übersteigt. Diese Gesamtkosten setzen sich wie folgt zusammen: aus den direkten Personalkosten der Verwaltungseinheit, aus den direkten Arbeitsplatzkosten der Verwaltungseinheit (insbesondere Kosten für den Unterhalt und den Betrieb sowie für die Abschreibung von benutzten Gebäuden, Mobiliar, Einrichtungen, Apparaten, Maschinen), aus einem angemessenen Anteil an den Kosten für die Leistungen der zentralen Dienste (in der Regel Zuschlag von 20% auf den direkten Personalkosten) sowie aus den besonderen Material- und Betriebskosten. Nach Artikel 5 Absatz 1 AllgGV werden die Gebührenansätze nach Zeitaufwand oder pauschal festgelegt.

Wie in der Gebührenverordnung BAR wird in der Öffentlichkeitsverordnung ein Gebührentarif im Anhang festgelegt (Art. 16 Abs. 1 VBGÖ).

Gemäss diesem Tarif wird für eine Fotokopie im Format A4 oder A3 20 Rappen in Rechnung gestellt, d.h. 3 Rappen für das Kopiermaterial und 17 Rappen für die Zeit, die für die Anfertigung der Kopien notwendig ist. Somit wird beispielsweise für das Fotokopieren von Dokumenten im Umfang von 100 Seiten eine Gebühr von CHF 20.- erhoben: CHF 3.- für das Kopiermaterial und CHF 17.- für die aufgewendete Arbeitszeit (einschliesslich der Tätigkeiten wie Sortieren, Heften usw., die vor und nach dem eigentlichen Kopieren erforderlich sind).

Für die Prüfung und Vorbereitung der Dokumente werden CHF 100.-/Stunde in Rechnung gestellt. Die Gebührenverordnung BAR sieht für Auswertungsaufträge den gleichen Stundentarif vor. Die Eidgenössische Finanzverwaltung berechnet jährlich die direkten Personal- und Arbeitsplatzkosten. Im Jahr 2004 verursachte das wissenschaftliche Personal (Lohnklasse 26) Kosten von CHF 108.65/Stunde und das administrative Personal (Lohnklasse 17) Kosten von CHF 75.82/Stunde (einschliesslich Arbeitsplatzkosten). Da die Arbeit im Zusammenhang mit der Prüfung und Vorbereitung der Dokumente in der Regel weniger hohe Anforderungen stellt als die Verfassung eines Rechtsgutachtens, ist es gerechtfertigt, einen Stundenansatz vorzusehen, der leicht unter den Kosten liegt, die die Eidgenössische Finanzverwaltung für die Lohnklasse 26 festgestellt hat. Zudem könnten einfache Gesuche vom Personal der Lohnklassen 18 oder 20 erledigt werden.

Wie Artikel 17 Absatz 3 BGÖ ausdrücklich festhält sind bestehende spezialgesetzliche Gebührentarife für Informationsleistungen weiterhin anwendbar (vgl. auch Botschaft BBl 2003 2027 f.). Dies gilt beispielsweise im Telekommunikationsbereich (Gebührenverordnung des BAKOM [SR 784.106.11] betreffend Einsicht in Interkonnektionsvereinbarungen und andere Informationen) oder für den Zugang zu archivierten Dokumenten (Gebührenverordnung BAR).

Artikel 16 Absatz 2 VBGÖ sieht eine besondere Regelung vor, gemäss der die Behörde die Gesuchstellenden über die zu erwartende Höhe der Gebühr informieren muss, wenn die voraussichtlichen Kosten CHF 100.- überschreiten. In Artikel 9 AllgGV ist nur für den Fall, dass die Leistung einen aussergewöhnlichen Aufwand erfordert, eine Informationspflicht vorgesehen. Die Gesuchstellenden sind müssen ihr Zugangsgesuch innerhalb von zehn Tagen bestätigen. Andernfalls gilt es als zurückgezogen. Diese Bestimmung bietet den Vorteil, dass für die Behörde eine klare Situation geschaffen wird und die Gesuchstellenden nicht übermässig benachteiligt werden, da sie immer noch die Möglichkeit haben, ihr Gesuch nochmals zu stellen. Diesbezüglich ist zu beachten, dass die in Artikel 12 BGÖ festgelegte Frist für die Stellungnahme ab dem Datum des Erhalts der Bestätigung läuft.

Gerade in einer Anfangsphase wird es zudem sinnvoll sein, die Gesuchstellenden generell über die Gebührenpflicht zu informieren, entweder direkt, falls Gesuche telefonisch gestellt werden, oder auch in allgemeiner Form, namentlich im Rahmen der Internetangebote des Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, aber auch der Behörden selbst.

Unter Umständen sind die gesuchstellende Person und die gebührenpflichtige Person zwei verschiedene Personen. Ist die gesuchstellende Person beispielsweise minderjährig, wird die Gebühr von der Person geschuldet, die die elterliche Sorge innehat. In einem derartigen Fall kann die Behörde gemäss Artikel 10 AllgGV einen angemessenen Vorschuss oder Vorauszahlung verlangen, um die Begleichung ihrer Forderung sicherzustellen.

Um die Einziehung der Gebühr zu erleichtern, kann die Behörde verschiedene Zahlungsmodalitäten vorsehen. Sie kann beispielsweise von den Gesuchstellenden verlangen, dass sie den geschuldeten Betrag zum Zeitpunkt der Einsichtnahme in die Dokumente begleichen, oder sie kann vorsehen, dass die per Post versandten Dokumente nur gegen Nachnahme zugestellt werden.

7. Bewirtschaftung und Publikation amtlicher Dokumente sowie Information über amtliche Dokumente

7.1 Bewirtschaftung amtlicher Dokumente (Art. 17 VBGÖ)

Die Bewirtschaftung amtlicher Dokumente im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes richtet sich nach Artikel 22 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 22. November 1998 (RVOV; SR 172.010.1), nach den Weisungen des Eidgenössischen Departements des Innern vom 13. Juli 1999 über die Aktenführung in der Bundesverwaltung sowie nach der Bundesgesetzgebung über die Archivierung (Art. 17). Die

Vorschriften der Öffentlichkeitsverordnung haben nur ergänzenden Charakter, was mit diesem Artikel verdeutlicht wird.

Es ist darauf hinzuweisen, dass sich die Bewirtschaftung aller Unterlagen, die nicht in den Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fallen, auch weiterhin nach der Archivierungsgesetzgebung richtet. Denn wie aus der Botschaft hervorgeht (BBl 2003 1997, Ziff. 2.1.5.2.2), stimmt der Begriff des amtlichen Dokuments im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes nicht genau mit dem Begriff der Unterlage nach Artikel 3 Absatz 1 BGA überein, der auch jene Dokumente erfasst, die dem persönlichen Gebrauch der mit einer Sache befassten Bundesangestellten dienen ("Handakten" oder "dossiers personnels").

Durch eine effiziente Bewirtschaftung lässt sich der Aufwand, der für die Behörde bei der Bearbeitung eines Gesuchs entsteht, auf ein Mindestmass reduzieren. Auf diese Weise kann verhindert werden, dass die Öffentlichkeit durch die Erhebung einer prohibitiv hohen Gebühr davon abgeschreckt wird, ihr Recht auf Zugang zu den amtlichen Dokumenten auszuüben. Das Öffentlichkeitsgesetz führt jedoch keine neuen Vorschriften für die Bewirtschaftung der Dokumente ein; die Behörden, die diesem Gesetz unterstehen, sind insbesondere nicht verpflichtet, neue Register zu schaffen.

Die Website des Bundesarchivs enthält übrigens eine ganze Reihe von Informationen zur Bewirtschaftung der amtlichen Dokumente (www.bundesarchiv.ch).

7.2 Information über amtliche Dokumente (Art. 18 VBGÖ)

Bereits in der Botschaft zum BGÖ wurde auf die Bedeutung der Information über die amtlichen Dokumente hingewiesen, um eine einfache und effiziente Umsetzung des Gesetzes zu ermöglichen. Mit der vorliegenden Bestimmung werden die diesbezüglichen Pflichten der Behörden konkretisiert; es verbleibt ihnen jedoch ein gewisser Spielraum bezüglich der praktischen Ausgestaltung. Zweckmässigerweise basiert die Information über amtliche Dokumente auf den Mitteln, über die die Behörden bereits verfügen.

Buchstabe a verpflichtet zu einer allgemeinen Information über die Aufgabenbereiche und wichtige Geschäfte. Dies soll es den Gesuchstellenden erleichtern, herauszufinden, wer für einen bestimmten Bereich zuständig ist bzw. zu welchen Geschäften bei einer bestimmten Behörde Dokumente vorliegen.

Buchstabe b verlangt, dass die Behörden den Informationssuchenden weitere Informationen zur Verfügung stellen, die das Auffinden von Dokumenten erleichtern können. Für die Umsetzung dieser Bestimmung sind viele Massnahmen denkbar: Auflistung von Dokumenten auf themenbezogenen Internetseiten; (amtsweise) zentrale Listen oder Register der zugänglichen Dokumente (vgl. Botschaft BGÖ, BBl 2003 2037), die nach Möglichkeit ebenfalls auf Internet zugänglich gemacht werden; Integration der Information über Dokumente in den Kontext der Informationen über Aufgaben und Geschäftstätigkeit nach Buchstabe a dieser Bestimmung etc. Diese Instrumente werden sich dabei sinnvollerweise auf die bestehenden Systeme stützen und Informationen nutzen (insb. Metadaten), die ohnehin bereits auf Grund der Archivierungsgesetzgebung erfasst werden müssen und daher verfügbar sind.

Vielerorts werden sie sich auch auf automatisierte Geschäftsverwaltungssysteme (z.B. GEVER) stützen können. Die vorliegende Bestimmung verlangt dagegen nicht, dass neue dezentrale Suchmaschinen geschaffen werden sollen.

Die Informationspflicht nach der vorliegenden Bestimmung besteht nur, soweit die Bestimmungen des BGÖ (insb. Art. 7 und 8) oder anderer Bundesgesetze nicht entgegenstehen. Würde also bereits die Tatsache, dass die Öffentlichkeit Kenntnis von der Existenz eines bestimmten Dossiers, Geschäfts oder Einzeldokuments hat, z.B. ein nach Artikel 7 BGÖ geschütztes Interesse verletzen, so verzichtet die Behörde auf die entsprechende Information (bzw. beschränkt sie oder schiebt sie auf).

Im vorliegenden Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass sich die Anforderungen, denen ein Gesuch genügen muss, sich auch nach den Informationen richten, die die Behörde zur Verfügung stellt. Macht sie präzise Informationen über verfügbare Dokumente im Internet zugänglich, so kann sie von den Gesuchstellenden im Gegenzug ebenfalls eine genaue Bezeichnung der verlangten Dokumente fordern.

7.3 Publikation amtlicher Dokumente (Art. 19 VBGÖ)

Bei den Bestimmungen zur Veröffentlichung von amtlichen Dokumenten handelt es sich um Massnahmen der aktiven Information, die allerdings eng mit dem (passiven) Recht auf Zugang zusammenhängen, das mit dem Öffentlichkeitsgesetz geschaffen wird. Die Rechtsgrundlage für die Information von Amtes wegen findet sich in Artikel 180 Absatz 2 BV und Artikel 10 Absatz 1 sowie Artikel 11 RVOG (SR 172.010).

Eine möglichst einfache und kostengünstige Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips verlangt die Nutzung der elektronischen Kommunikationstechnologie. Deshalb ist schon bei Fertigstellung oder Erhalt eines Dokuments möglichst weitgehend von der Möglichkeit der elektronischen Publikation Gebrauch zu machen, wenn offensichtlich keine öffentlichen oder privaten Interessen oder Spezialgesetze entgegenstehen.

Den Behörden verbleibt bei der Umsetzung dieser Publikationspflicht ein gewisser Spielraum. So liegt es zu einem guten Teil in ihrem eigenen Ermessen festzulegen, welche Dokumente als "wichtig" betrachtet werden. Es wird sich dabei insbesondere um Dokumente handeln, die für ein Geschäft von grundlegender Bedeutung sind, die von grosser Aktualität sind oder die für die Bürgerinnen oder Bürger von besonderer Aussagekraft sind. Es ist Sache jeder Behörde, die Stelle(n) zu bestimmen, die für die Veröffentlichung wichtiger amtlicher Dokumente zuständig ist.

Ein Anzeichen dafür, dass ein erhebliches Interesse an der Veröffentlichung eines Dokuments besteht, können auch mehrmalige Zugangsgesuche darstellen.

Voraussetzung ist, dass die Publikation mit angemessenem Aufwand möglich ist. Dies bedeutet, dass die Behörde auf die Veröffentlichung verzichten kann, wenn sie z.B. ein Dokument zu diesem Zweck erst anonymisieren oder wenn sie für die

Internetpublikation des fraglichen Dokuments aufwändige – auch finanziell aufwändige – technische Vorkehrungen treffen müsste. Ebenso dürfen der Veröffentlichung keine gesetzlichen Bestimmungen entgegenstehen, d.h. das Dokument muss nach BGÖ zugänglich sein und seiner Publikation auf Internet dürfen namentlich auch keine Urheber- oder andere geistige Eigentumsrechte entgegenstehen.

Bei der Publikation von Dokumenten auf dem Internet ist namentlich darauf zu achten, dass der Schutz von Personendaten gewährleistet wird. Zwar wird mit dem neuen Artikel 19 Absatz 3^{bis} DSG eine Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung von Personendaten im Rahmen der aktiven und passiven Informationstätigkeit der Behörden geschaffen. Namentlich dann, wenn es sich um Personendaten von verwaltungsexternen Dritten handelt, ist jedoch grosse Zurückhaltung geboten (vgl. auch Art. 16 Abs. 3 Publikationsgesetz, SR 170.512). Entweder sollte in solchen Fällen die explizite oder implizite Zustimmung der Betroffenen eingeholt werden bzw. vorliegen oder es muss aufgrund der Rahmenbedingungen (Natur der betreffenden Daten, Sachzusammenhang) unwahrscheinlich sein, dass die betroffene Person aufgrund der Veröffentlichung einen Nachteil erleidet. Zudem sind die Daten wieder aus dem Internet zu entfernen, sobald sie nicht mehr verfügbar sein müssen.

7.4 Beratung für die Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips (Art. 20)

Analog zur Datenschutzgesetzgebung sieht auch Artikel 21 VBGÖ vor, dass in jedem Departement und in der Bundeskanzlei eine Beraterin oder ein Berater für die Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips bestimmt wird. Es ist Sache des jeweiligen Departements zu prüfen, ob es notwendig ist, dass die ihm unterstehenden Ämter ebenfalls eine Beraterin oder einen Berater bezeichnen. Der entsprechende Bedarf kann je nach Amt unterschiedlich sein, da nicht alle gleichermassen von der Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips betroffen sind. Es ist auch denkbar, für jeden betroffenen Bereich eine Beraterin oder einen Berater zu ernennen.

Für diese Funktion wird in den wenigsten Fällen eine besondere Stelle eingerichtet werden müssen. In der Regel dürfte es genügen, wenn eine besonders ausgebildete Mitarbeiterin oder ein besonders ausgebildeter Mitarbeiter diese Funktion als Zusatzfunktion ausübt. Da jedes Departement über eine Beraterin oder einen Berater für den Datenschutz verfügt (Art. 23 VDSG), könnten diese entsprechend ihren Kapazitäten auch Aufgaben im Zusammenhang mit der Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips übernehmen.

Die Aufgabe der Beraterin oder des Beraters für die Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips besteht hauptsächlich darin, die Verwaltungseinheiten zu beraten, die Information und Ausbildung der Mitarbeitenden zu fördern und beim Vollzug der Gesetzgebung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung mitzuwirken. Für die anderen Mitarbeitenden soll die Beraterin oder der Berater eine Ansprechperson darstellen, die über die notwendigen Kenntnisse für die Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips verfügt. Grundsätzlich kommt der Beraterin oder dem Berater keine Vertretungsfunktion gegen aussen zu (zum Beispiel Bearbeitung der Zugangsgesuche), doch es steht der Behörde frei, ihr oder ihm eine derartige Kompetenz zu-

zuweisen. Gegebenenfalls können innerhalb der gleichen Behörde auch mehrere Beraterinnen oder Berater bezeichnet werden.

Mit diesem System kann eine grössere Effizienz gewährleistet werden, und es erleichtert die Kontakte mit der oder dem Beauftragten. Zielsetzung ist darüber hinaus auch die Entlastung der oder des Beauftragten. Möglichst viele sich stellende Fragen sollen behördenintern geregelt werden können.

8. Evaluation (Art. 21 VBGÖ)

Nach Artikel 19 BGÖ kommt der oder dem Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten die Aufgabe zu, Vollzug und Wirksamkeit des Gesetzes zu überprüfen. Insbesondere ist nach dieser Bestimmung vorgesehen, dass dem Bundesrat innert drei Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes ein erster Bericht über die Umsetzungskosten vorgelegt wird.

Um die Auswirkungen der Umsetzung des Öffentlichkeitsgesetzes beurteilen zu können, muss eine entsprechende Datenbasis geschaffen werden. Die Verordnung zählt daher Daten auf, welche dem Beauftragten durch die dem Gesetz unterstellten Behörden zu liefern sind. Diese Zahlen sind geeignet, Hinweise darauf zu geben, wo durch die Umsetzung des Öffentlichkeitsgesetzes allenfalls besondere Belastungen anfallen. Sie können so die Ausgangslage für eine problemzentrierte, vertiefte Evaluation darstellen. Nach der erfolgten Berichterstattung wird dann zu prüfen sein, ob die Datenerhebung in dieser Form beibehalten werden soll oder ob darauf verzichtet werden kann, weil eine weitere flächendeckende Kontrolle der Kosten nicht mehr erforderlich ist.

Meldepflichtig als "Behörden" im Sinne der vorliegenden Bestimmung sind die folgenden Verwaltungseinheiten im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 Buchstaben b bis f Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (SR 172.010.1) sowie Einheiten mit anderen Bezeichnungen, aber gleichen Funktionen: Generalsekretariate, Gruppen, Ämter (ohne Untergliederungen), Behördenkommissionen und andere administrativ zugewiesene Einheiten. Dazu kommen die übrigen dem Gesetz unterstellten Organisationen oder Personen (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ).

9. Schlussbestimmungen

9.1 Änderung bisherigen Rechts (Art. 22 VBGÖ)

Neben den nachfolgend aufgeführten materiellen Verordnungsänderungen sind in einer Anzahl weiterer Verordnungen die Bezeichnungen der oder des Eidg. Datenschutzbeauftragten bzw. der Eidg. Datenschutzkommission anzupassen. Diese Anpassungen werden von der Bundeskanzlei nach Artikel 16 Absatz 3 Publikationsverordnung (SR 170.512.1) formlos vorgenommen.

9.1.1 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (SR 172.010.1)

Der Artikel 8 Absatz 1 BGÖ nimmt die Dokumente des Mitberichtsverfahrens vom Zugang aus. Zweck dieser Bestimmung ist die Gewährleistung der freien Meinungs- und Willensbildung des Bundesrates als Kollegialbehörde. Wie sich im Laufe der Umsetzungsarbeiten gezeigt hat, bedarf diese Bestimmung der Präzisierung.

Da die im BGÖ vorgesehene Ausnahme der amtlichen Dokumente des Mitberichtsverfahrens vom Recht auf Zugang nur einen Teil eines mehrphasigen Entscheidungsprozesses betrifft, ist eindeutig festzulegen ab welchem Zeitpunkt die Ausnahme gilt. Der Abschluss der bundesrätlichen Entscheidfindung ist durch den formell gefassten Beschluss klar markiert. Gemäss der vorliegenden Bestimmung beginnt das Mitberichtsverfahren mit der Unterzeichnung des Antrags durch das zuständige Departement.

Der definitive, unterzeichnete Antrag des zuständigen Departements, die Mitberichte der anderen interessierten Departemente und sämtliche folgenden Repliken und Dupliken sind damit Dokumente des Mitberichtsverfahrens; es besteht zu diesen Dokumenten also kein Recht auf Zugang nach dem Öffentlichkeitsgesetz. Gleiches gilt für die Entwürfe zu Mitberichten bzw. Repliken und Dupliken, weil sie im Zuge des Mitberichtsverfahrens erarbeitet werden. Die vom federführenden Amt für das Departement erstellten Dokumente, insb. der Antragsentwurf, sind dagegen keine Mitberichtsdokumente im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes, da sie noch die departementsinterne (und damit die verwaltungsinterne) Meinungsbildung – und nicht die Meinungsbildung des Bundesrates – betreffen. Der Zugang zu diesen Dokumenten kann indessen gemäss Artikel 8 Absatz 2 BGÖ erst dann gewährt werden, wenn der Bundesrat seinen Entscheid getroffen hat.

9.1.2 Markenschutzverordnung (SR 232.11)

Die vorliegende Änderung von Artikel 38 Markenschutzverordnung (MSchV; SR 232.111) ist keine unmittelbare Folge der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips. Sie dient aber der Förderung der Transparenz und steht somit in engem Zusammenhang mit den Zielen des Öffentlichkeitsgesetzes.

Nach dem geltenden Artikel 38 MSchV erteilt das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum Drittpersonen gegen Zahlung einer Gebühr Auskünfte über hängige Markeneintragungsgesuche. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung ist es Dritten somit verwehrt, Auskünfte über zurückgezogene oder zurückgewiesene Eintragungsgesuche zu erhalten, da diese mit dem Rückzug bzw. der Zurückweisung nicht mehr hängig sind. Eine solche Einschränkung des Auskunftsrechts ist in verschiedener Hinsicht nicht mehr zeitgemäss.

Eines der grundlegenden Prinzipien des gewerblichen Rechtsschutzes ist die Verleihung von Schutz im Austausch gegen die Veröffentlichung. Patent-, Design- und Markeninhaber müssen ihre Rechte veröffentlichen, wenn sie das entsprechende Ausschliesslichkeitsrecht in Anspruch nehmen wollen. Dritte können diese Ausschliesslichkeitsrechte nur dann respektieren, wenn sie von ihnen Kenntnis nehmen können. Aus denselben Gründen müssen Dritte auch die

Möglichkeit haben, Auskünfte über Markeneintragungsgesuche einzuholen, denn kommt es im Falle einer späteren Eintragung zu einer Verletzungsklage, kann der Rechtsinhaber den Schaden rückwirkend auf den Zeitpunkt geltend machen, in dem die beklagte Partei vom Inhalt des Eintragungsgesuches Kenntnis erhalten hat.

Der geltende Artikel 38 MSchV trägt diesem Informationsbedürfnis allerdings nur teilweise Rechnung: Zwar können Dritte vom Institut Auskünfte über hängige Eintragungsgesuche erhalten. Sobald ein Gesuch jedoch nicht mehr hängig ist, weil es vom Hinterleger zurückgezogen oder vom Institut zurückgewiesen wurde, können nach dem klaren Wortlaut von Artikel 38 MSchV keine Auskünfte mehr erteilt werden. Diese Einschränkung des Informationsrechts ist insofern paradox, als die entsprechenden Angaben während der Hängigkeit des betreffenden Gesuchs öffentlich zugänglich sind. Eine nachträgliche Geheimhaltung dieser Informationen ist somit letztlich wirkungslos und durch keinerlei schützenswerte Interessen gerechtfertigt. Umgekehrt haben jedoch Dritte ein klares Interesse, über das Schicksal der betreffenden Gesuche nicht im Unklaren gelassen zu werden.

9.1.3 Datenschutzverordnung (SR 235.11)

In der gesamten Datenschutzverordnung ist die Bezeichnung der oder des Eidg. Datenschutzbeauftragten und der Eidg. Datenschutzkommission zu ändern (neu: Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter bzw. Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitskommission).

Artikel 14 Absatz 1 VDSG wird an Artikel 8 VBGÖ angepasst. Es hat sich im Zuge der Umsetzung der geltenden Bestimmung gezeigt, dass die Festlegung der Zuständigkeit in der Verordnung den praktischen Bedürfnissen nicht gerecht wird. Das EDA soll die departementsinterne Zuständigkeit für die Behandlung von Auskunftsgesuchen nach Artikel 8 DSG, die an die Vertretungen und Missionen der Schweiz im Ausland gerichtet werden, künftig differenziert regeln können.

Artikel 31 Absatz 2 VDSG regelt die direkten Beziehungen der oder des Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten mit Behörden (ausser dem Bundesrat) und Privaten. Hier geht es lediglich darum, klarzustellen, dass die oder der Beauftragte auch im Bereich des BGÖ direkt mit den Behörden und Privaten verkehren kann.

Artikel 32 Absatz 1 VDSG ist so zu ergänzen, dass sich die Pflicht der Behörden zur Vorlage von Rechtsetzungsentwürfen auch auf solche Entwürfe bezieht, welche den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffen. Dies ergibt sich aus der in Artikel 18 Buchstabe c BGÖ verankerten Kompetenz der oder des Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, zu Erlassentwürfen und Massnahmen Stellung zu nehmen. Der zweite Satz muss redaktionell angepasst werden, damit klar zum Ausdruck kommt, dass die Vorlagepflicht bezüglich Entscheiden und Richtlinien nur im Bereich des Datenschutzes gilt, also dort, wo die oder der EDSB eine eigentliche Aufsichtsfunktion hat.

9.2 Inkrafttreten (Art. 23 VBGÖ)

Das Öffentlichkeitsgesetz und die dazugehörige Verordnung treten am 1. Juli 2006 in Kraft.

R:\Svr\Rspm\Projekte\Öffentlichkeitsgesetz\Verordnung\Mitberichtsverfahren\VBGÖ Erläuterungen def_Fassung 240506 de.doc

EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT
DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE
DIPARTIMENTO FEDERALE DI GIUSTIZIA E POLIZIA
DEPARTEMENT FEDERAL DA GIUSTIA ET POLIZIA

Bundesamt für Justiz
Office fédéral de la justice
Ufficio federale di giustizia
Uffizi federal da la giustia

24 mai 2006

Division Projets et méthode législatifs
Simone Füzesséry

Ordonnance relative à la loi fédérale sur le principe de la transparence. Commentaire

1. Introduction

La nouvelle loi fédérale sur le principe de transparence de l'administration du 17 décembre 2004 (loi sur la transparence ; LTrans)[1] renverse le principe du secret des activités administratives au profit de la transparence. En vertu de cette loi, toute personne a un droit subjectif à la consultation des documents officiels, qu'elle peut faire valoir en justice. La procédure d'accès est simple et rapide. En cas de litige, une procédure de médiation est prévue avant que l'administration ne rende une décision susceptible d'être portée devant la Commission fédérale de la protection des données et de la transparence, puis devant le Tribunal fédéral[2]. En règle générale, un émolument est perçu, sous réserve d'exceptions.

S'il est vrai que les principales bases légales se trouvent dans la nouvelle loi sur la transparence, cette dernière renvoie plusieurs fois aux dispositions d'exécution qui doivent être édictées. Dans le message du 12 février 2003 relatif à la loi sur la transparence (FF 2003 1807), de nombreux passages indiquent en outre que l'ordonnance devra concrétiser et expliciter certaines dispositions de la loi.

L'ordonnance sur la transparence (OTrans) compte 23 articles, divisés en neuf sections, ainsi que deux annexes concernant d'une part le tarif des émoluments et d'autre part la modification du droit en vigueur. Pour permettre une meilleure vue d'ensemble, la plupart des articles renvoient aux normes de la loi qui leur correspondent.

L'ordonnance sur la transparence concrétise certaines dispositions de la loi sur la transparence et vise à garantir une mise en œuvre uniforme de cette dernière. Son champ d'application s'étend à l'administration fédérale, aux organismes et personnes visés à l'art. 2, al. 1, let. b, LTrans ainsi qu'aux services du Parlement. Elle définit en premier lieu certaines notions. Elle précise la notion de document, règle différents aspects de la procédure d'accès et détermine les modalités de consultation. Elle fixe également les détails et le tarif des émoluments et contient des dispositions relatives à la gestion, à l'information et à la publication des documents officiels.

---

1 Projet soumis au référendum FF 2004 6807
2 Selon la future loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral, la Commission fédérale de la protection des données et de la transparence sera supprimée et remplacée par le Tribunal administratif fédéral.

Le présent commentaire a pour but d'être un outil de travail d'une part pour les autorités et autres organismes soumis au principe de transparence et d'autre part pour le public qui entend exercer son droit d'accès aux documents officiels.

La loi sur la transparence et son ordonnance d'exécution entrent en vigueur [date prévue : le 1er janvier 2006].

2. Définitions (art. 1 OTrans)

L'art. 1, al. 1, OTrans définit la notion de « documents commercialisés » que l'on trouve à l'art. 5, al. 3, let. a, LTrans. Cette définition reprend les éléments essentiels exposés dans le message (FF 2003 1839, ch. 2.1.5.2.1).

Selon l'art. 5, al. 3, let. b, LTrans, les documents qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration, ne constituent pas des documents officiels (FF 2003 1840, ch. 2.1.5.2.2) . L'art. 1, al. 2, OTrans prescrit qu'un document a atteint son stade définitif d'élaboration si un des critères prévus par cette disposition s'applique. Ces critères sont mentionnés dans le message (FF 2003 1840, ch. 2.1.5.2.2).

La let. a prévoit comme premier critère la signature de l'autorité qui a établi le document. La signature peut être manuscrite ou digitale ou peut être apposée sur un document au moyen d'un tampon. Un document est également signé s'il est muni d'une mention telle que « signé », « vu » ou « approuvé ».

Un document officiel a également atteint son stade définitif d'élaboration s'il a été transmis sans réserve à une personne, un service ou une autorité (al. 2, let. b). C'est le cas lorsque la remise d'un document se fait à titre d'information ou pour prise de position, ou si ce document constitue la base d'une décision ou de tout autre utilisation par son destinataire. A ce propos, on peut citer comme exemple le projet de proposition au Conseil fédéral transmis par l'office responsable à son département. La mise en circulation d'un document au sein d'une équipe de travail ou la transmission de celui-ci par un collaborateur à son supérieur pour qu'il soit corrigé, complété ou finalisé ne constitue par contre pas une transmission à un destinataire au sens de la présente disposition. Un document est définitivement transmis lorsque la décision de lui donner la suite qu'il comporte relève largement de la compétence de son destinataire.

Les explications du message citées ci-dessus attachent une grande importance à la garantie de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité. Cet aspect n'est pas touché, vu que l'art. 8, al. 2, LTrans prévoit que les documents constituant la base d'une décision ne peuvent pas être rendus accessibles avant que cette dernière n'ait été prise. De plus, après la décision, le droit d'accès pourra également être différé ou refusé en vertu de l'art. 7, al. 1, let. a LTrans, s'il peut encore porter notablement atteinte à la libre formation de l'opinion et de la volonté de l'autorité.

L'al. 3 définit la notion de document destiné à l'usage personnel. Il correspond à la définition du message (FF 2003 1842) et précise que cette notion vise également les documents utilisés exclusivement par un cercle restreint de personnes. Il s'agit par exemple des documents qui sont utilisés comme base de travail ou comme

moyen auxiliaire (notes manuscrites, copies de travail, propositions de correction, aide-mémoire, notes d'accompagnement) au sein d'une équipe ou qui sont échangés entre un collaborateur et son supérieur. Il en va de même pour les documents échangés entre un chef de département et ses collaborateurs personnels, ses conseillers ainsi que ses directeurs d'office.

Sont également considérés comme des documents destinés à l'usage personnel les informations à caractère personnel qui sont sans rapport avec l'accomplissement de tâches publiques. Tel est le cas par exemple des courriers électroniques qui ont un contenu strictement privé ou des tableaux personnels qui ornent un bureau. La notion de document officiel ne couvre pas ce genre d'informations ; ces dernières ne sont donc pas visées par l'ordonnance sur la transparence.

3. Droit d'accès aux documents officiels

3.1 Egalité en matière d'accès (art. 2 OTrans)

Le principe de la transparence garantit l'information du public, c'est-à-dire l'*information collective*. L'art. 6, al. 1, LTrans prescrit que « toute personne » a le droit de consulter des documents officiels. Elle ne doit pas justifier d'un intérêt particulier (FF 2003 1843). Il en résulte qu'un document rendu accessible à une personne l'est également au public.

Le principe d'égalité d'accès pour toute personne a également pour conséquence que le droit d'accès de certaines personnes ou d'un certain groupe de personnes ne saurait en principe être limité. Soit un document est accessible en vertu de la loi sur la transparence et dans cette hypothèse toute personne dispose du même droit subjectif de consulter ce document ; soit un document n'est pas ou que partiellement accessible et dans ce cas il n'existe pas de droit d'accès en vertu de la loi précitée. Dans cette dernière hypothèse, l'autorité a toutefois un certain pouvoir d'appréciation pour déterminer si elle entend autoriser certaines personnes à consulter des documents ou des parties de documents qui ne sont pas accessibles à certaines conditions. Dans ce cas, le principe d'égalité de traitement n'est pas applicable, vu qu'il ne s'agit pas de documents accessibles en vertu de la loi sur la transparence (FF 2003 1847).

3.2 Assistance (art. 3 OTrans)

L'art. 6, al. 1, LTrans fixe le droit pour toute personne d'accéder aux documents officiels; l'art. 3 OTrans définit la ligne de conduite de l'autorité. Cette dernière ne doit pas seulement informer le demandeur mais aussi l'assister dans ses démarches. Cela signifie qu'elle doit l'aider, dans la mesure du raisonnable, à formuler sa demande, à identifier le document souhaité et à déterminer, si nécessaire, l'autorité compétente pour traiter la demande. Comme il résulte du message (FF 2003 1861, ch. 2.3.2.1), la loi sur la transparence n'a toutefois pas pour but de transformer l'autorité en documentaliste en la chargeant de procéder à des recherches destinées à réunir pour le demandeur une documentation détaillée sur

un sujet précis. L'autorité saisie jouit donc d'une certaine marge d'appréciation de la situation mais doit viser au maximum d'efficacité possible.

Une information précise des documents accessibles permet d'éviter les demandes d'accès floues et une longue recherche des documents sollicités. Elle peut ainsi diminuer la charge de travail liée au traitement d'une demande.

L'autorité doit tout particulièrement être vigilante à coopérer avec les demandeurs qui sont dans une situation plus vulnérable, tels que les personnes âgées, illettrées, étrangères ou handicapées. En ce qui concerne cette dernière catégorie de personnes, la nouvelle loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (RS 151.3) est entrée en vigueur le 01.01.04. L'art. 14, al. 1, de cette loi prescrit que dans les rapports avec la population, les autorités prennent en considération les besoins particuliers des handicapés de la parole, de l'ouïe ou de la vue. L'ordonnance y relative (RS 151.31) prévoit, aux art. 9 à 11, un certain nombre de prescriptions techniques très détaillées. L'autorité saisie d'une demande d'accès présentée par une personne handicapée devra dès lors tenir compte de ces dispositions.

Pour faciliter le droit d'accès au demandeur, l'autorité communique avec ce dernier dans sa langue, à la condition toutefois qu'il s'agisse d'une langue officielle. L'autorité n'a en principe pas l'obligation de s'exprimer dans une autre langue (p. ex. en anglais), même si le demandeur ne connaît aucune langue officielle.

Si les documents sont accessibles sur Internet ou s'ils font l'objet d'une publication officielle, l'autorité peut se limiter à communiquer au demandeur les références nécessaires (art. 6, al. 3, LTrans et art. 3, al. 2, OTrans). L'autorité évite ainsi la charge de travail lié au traitement de la demande et les frais y relatifs. Il est à noter que l'art. 3, al. 2, OTrans est de nature potestative.

En vertu de l'al. 3, le demandeur n'a pas le droit d'exiger une traduction des documents officiels qui n'existent que dans une seule langue.

3.3 Consultation sur place (art. 4 OTrans)

Selon l'art. 6, al. 2, LTrans, le demandeur a, en principe, le choix de consulter les document officiels sur place ou d'en demander des copies. L'art. 4 OTrans règle les détails de la consultation sur place et détermine en particulier le lieu de consultation. Les documents sont en principe disponibles auprès de l'autorité compétente pour traiter la demande d'accès (art. 12 OTrans). Le demandeur ne peut pas exiger de l'autorité compétente qu'elle transmette les documents accessibles à une autre autorité, afin qu'il puisse les consulter dans les locaux de cette dernière.

Chaque autorité dispose d'une marge de manœuvre pour déterminer les modalités relatives au lieu de consultation ; il est par exemple possible de prévoir une unité faisant fonction de centrale. Un espace sera prévu, dans lequel le public pourra s'installer pour consulter les documents demandés de façon adéquate. Il n'est toutefois pas indispensable d'aménager un local à cette fin. Il suffit que la consultation ait lieu, par exemple, au centre de documentation, à la bibliothèque ou à la salle de lecture de l'autorité. Ces locaux sont en effet aménagés de telle

manière qu'ils offrent en règle générale des conditions adéquates pour consulter des documents officiels. De plus, la consultation a lieu en présence des employés qui y travaillent, ce qui permet d'assurer la sécurité des documents.

Les documents peuvent être consultés aux heures ordinaires d'ouverture de bureau. Si nécessaire, l'autorité peut convenir d'autres heures de consultation avec le demandeur.

En vertu de l'al. 2, l'autorité peut se limiter à autoriser la consultation d'une copie du document, lorsque par exemple l'état de conservation du document l'exige. Elle n'est donc pas tenue de mettre l'original à la disposition du demandeur, même s'il le demande.

L'al. 3 prescrit que l'identité du demandeur peut être contrôlée lorsqu'il entre dans un bâtiment de l'autorité aux fins de consulter sur place des documents officiels. Il résulte de cette disposition qu'il n'existe pas de droit absolu à l'anonymat lors de la consultation.

Cette disposition n'a toutefois pas pour but de créer une base légale spéciale en matière de contrôle, comme cela résulte expressément du renvoi au droit de domicile de la Confédération (art. 62f de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration ; RS 172.010). Ce renvoi indique également que les contrôles à l'entrée des bâtiments de l'administration doivent être effectués conformément aux règles d'usage, l'autorité se limitant en principe à exiger une pièce d'identité. Si le demandeur refuse que son identité soit contrôlée, l'accès aux bâtiments de l'autorité lui est refusé et il doit renoncer à toute consultation sur place.

Le fait que cette disposition se réfère aux "bâtiments" n'exclut évidemment pas que le contrôle soit effectué avant de pénétrer dans le bâtiment proprement dit, par exemple déjà au moment où l'on pénètre dans une enceinte close.

3.4 Remise d'une copie (art. 5 OTrans)

Le demandeur pourra en principe choisir la forme dans laquelle il entend obtenir une copie du document. Une personne handicapée de la vue pourra par exemple exiger que les documents soient mis à sa disposition dans une forme adéquate, par exemple sous forme d'un fichier numérique (voir ch. 3.2).

L'autorité donnera suite à la requête du demandeur, sous réserve d'éventuelles restrictions liées à la conservation du document. Dans ce cas, l'autorité aura par exemple la faculté d'exiger du demandeur qu'il consulte le document en question sur place ou qu'il accepte que le document lui soit remis sous une autre forme.

Si l'autorité ne dispose pas de l'infrastructure nécessaire pour reproduire un document officiel (par exemple sous forme d'une photographie ou d'une bande video), cela ne constitue pas un motif suffisant pour imposer au demandeur un autre mode de reproduction. En effet, si l'autorité se trouve dans l'impossibilité de reproduire elle-même un document, elle a la faculté de mandater un spécialiste, par exemple, dans le cas précité, un photographe. Les frais de reproduction seront

dans tous les cas pris en compte lors du calcul de l'émolument (art. 17 LTrans et art. 15 et ss OTrans).

Il découle de la loi sur la transparence que ne peuvent être rendus accessibles que les documents officiels existant déjà. La seule exception prévue à l'art. 5, al. 2, LTrans concerne les documents virtuels qui peuvent être établis sur la base d'informations existantes par un traitement informatisé simple, ce qui signifie que l'autorité est tenue d'exécuter de tels traitements (FF 2003 1838, ch. 2.1.5.1.5).

En ce qui concerne les documents officiels protégés par le droit d'auteur, l'art. 5, al. 2, OTrans prescrit que l'autorité doit rendre le demandeur attentif aux restrictions d'utilisation. Les documents visés sont les documents qui ont un caractère individuel (art. 2 de la loi sur le droit d'auteur [LDA])[3]. Il s'agira en principe de tout document autre qu'une simple communication courante, telle qu'une lettre professionnelle standardisée, un formulaire ou un bref communiqué. Ne sont pas protégés par le droit d'auteur notamment les lois, ordonnances, accords internationaux et autres actes officiels, ainsi que les décisions, procès-verbaux et rapports qui émanent des autorités ou des administrations publiques (art. 5 al. 1 LDA).

Dans le cadre de relations contractuelles avec des tiers externes à l'administration, par exemple lors de l'octroi d'un mandat aux fins d'expertise, les parties ont intérêt à régler la question du droit d'auteur resp. du droit d'accès selon la loi sur la transparence dans le cadre de leur contrat, dans la mesure où cela ne correspond pas déjà à la pratique actuelle.

3.5 Pesée des intérêts entre la protection de la sphère privée de tiers et l'intérêt public à la transparence (art. 6 OTrans)

L'art. 7, al. 2, LTrans prescrit qu'un intérêt public à la transparence peut, dans certaines situations exceptionnelles, l'emporter sur le droit du tiers à la protection de sa sphère privée. Afin que l'accès puisse être accordé dans de telles hypothèses, la loi sur la transparence, il a été décidé de modifier la loi sur la protection des données en prévoyant une base légale à l'art. 19 LPD. En vertu de cette disposition, l'autorité sera en droit de communiquer des données personnelles dans le cadre de son activité en matière d'information, si ces données sont en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques et si la communication répond à un intérêt public prépondérant. Conformément à l'art. 11 LTrans, la personne concernée aura le droit d'être entendue et pourra prendre part à la procédure. L'autorité ne sera toutefois pas liée par la prise de position de la personne concernée, si cette dernière s'oppose à la consultation de documents officiels contenant ses données personnelles.

Pour appliquer l'art. 7, al. 2, LTrans, l'autorité compétente doit procéder à une pesée des intérêts en présence pour déterminer lequel de l'intérêt public à la transparence ou de l'intérêt du tiers à la protection de sa sphère privée prévaut (al. 1). A cette fin, l'art. 6 OTrans énumère certains critères à titre d'exemple. A ce stade, il convient de rappeler encore une fois que l'autorité n'accordera l'accès aux documents officiels contenant des données personnelles *qu'à titre exceptionnel*. Si

[3] Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins ; RS 231.1.

l'intérêt privé prévaut, l'autorité pourra non seulement refuser mais aussi limiter ou différer le droit d'accès (art. 7, al. 1, LTrans).

L'al. 2 énumère certains cas où il est fort probable que l'intérêt public à la transparence l'emporte sur l'intérêt du tiers à la protection de sa sphère privée. Cette liste n'est pas exhaustive. L'autorité peut donc s'appuyer sur d'autres éléments spécifiques au cas d'espèce.

Selon l'al. 2, l'intérêt public à la transparence peut notamment prévaloir dans les cas suivants:

- Existence d'un besoin particulier d'information de la part du public: des événements particuliers en rapport avec l'administration (p. ex. des affaires de corruption) peuvent justifier que des informations contenant des données personnelles soient rendues accessibles.

- Existence d'un intérêt public: la publication est nécessaire pour protéger des intérêts publics spécifiques, tels que l'ordre, la sécurité et la santé publics.

- Position privilégiée de la personne concernée : si une personne prend part de manière privilégiée à un acte de l'administration (p. ex. lors d'une audition ou en qualité d'expert), si elle est partie à un contrat avec une autorité soumise à la loi sur la transparence, si elle a obtenu une concession ou si elle a obtenu des avantages d'une certaine importance, notamment financiers (p. ex. des subventions ou autres aides financières), elle doit tenir compte du fait que des informations concernant ce rapport privilégié peuvent être publiées. Il en va de même pour les rapports de surveillance, soit lorsqu'une activité est exercée sur la base d'une autorisation d'une autorité.

Lors de la pesée des intérêts, l'autorité doit toutefois toujours prendre en compte l'intérêt en jeu du tiers à la protection de sa sphère privée. Les critères suivants doivent plus particulièrement être retenus:

- Fonction ou position de la personne concernée: un simple citoyen, une personne occupant une position subalterne dans l'administration (notamment les collaborateurs spécialisés qui n'occupent pas un poste à responsabilité) ou une personne qui n'est pas liée à une autorité par un rapport « privilégié » ont un intérêt plus grand à la protection de leur sphère privée qu'une personne ayant une vie publique ou qui est haut placée dans la hiérarchie de l'administration.

- Nature des données personnelles: la LPD distingue d'une part les données personnelles et d'autre part les données sensibles et les profils de la personnalité. Font partie de cette seconde catégorie, les données dont le traitement abusif comporte un risque plus élevé pour la personne concernée (les opinions ou les activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales; la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race; des mesures d'aide sociale; des poursuites ou des sanctions pénales et administratives [art. 3, let. c, LPD]). La publication de telles données est autorisée si elle est justifiée par l'existence d'un intérêt public très important. Ce cas de

figure constituera toutefois l'exception, la primauté du droit de la personne concernée à la protection de sa sphère étant la règle générale.

- Conséquences possibles d'une publication: il s'agit ici de prendre en compte les conséquences concrètes possibles pour la personne concernée ou pour un tiers. Une publication peut avoir de graves conséquences pour la personne concernée même s'il ne s'agit pas de données sensibles ou de profils de la personnalité (p. ex. la publication de l'identité d'un requérant d'asile peut mettre en danger sa vie et son intégrité ainsi que celles des membres de sa famille restés dans le pays d'origine). Dans le cadre de cette évaluation, il y a également lieu de tenir compte du fait que la publication de données personnelles peut conduire à des abus (p. ex. la publication d'un grand nombre de données sur une personne pourrait favoriser l'usurpation de son identité). Les conséquences financières doivent en outre être prises en considération. Dans tous les cas, l'autorité doit estimer la probabilité d'un abus et son degré de gravité.

4. Demande d'accès et compétences

4.1 Contenu de la demande (art. 7 OTrans)

Il résulte implicitement de l'art. 10 LTrans que la demande d'accès n'est soumise à aucune exigence de forme. Conformément à l'art. 7, al. 1, OTrans, le demandeur ne devra ni motiver sa demande, ni citer les bases légales applicables, ni encore formuler des conclusions formelles et précises.

Si la demande est adressée par écrit, elle peut être envoyée par courrier, par télécopie ou par courrier électronique. Afin de diminuer sa charge de travail, il est utile que l'autorité favorise la voie électronique, en indiquant son adresse électronique sur la page d'accueil de son site ainsi qu'en mettant à disposition du demandeur un formulaire électronique standard.

L'art. 10, al. 3, LTrans prévoit expressément que "la demande doit être formulée de manière suffisamment précise". Il convient de concrétiser cette condition dans le cadre de l'ordonnance, afin d'instaurer une pratique uniforme au sein de l'administration. L'art. 7, al. 2, OTrans prescrit que la demande d'accès doit contenir des indications suffisantes pour permettre l'identification du document recherché et cite à cette fin quelques exemples. Il s'agira pour le demandeur d'aider l'autorité à déterminer le document souhaité en lui indiquant les références accessibles du document (par exemple sa date, son titre ou sa référence), le domaine précis, l'autorité qui pourrait avoir publié des documents sur ce thème, la date de leur publication, la période concernée etc. A son tour, l'autorité devra prendre les mesures nécessaires pour aider le demandeur à affiner le cas échéant sa demande (art. 3 OTrans) et pour essayer d'identifier les documents souhaités. Comme il résulte du message (FF 2003 1861, ch. 2.3.2.1), l'exigence d'une demande suffisamment précise ne doit pas être interprétée de manière trop stricte : il suffit que le document soit identifiable par l'autorité saisie sans complications excessives. Le degré de précision exigé dépendra également des moyens à disposition du demandeur.

Si l'autorité n'arrive pas à identifier les documents souhaités, l'art. 7, al. 3 et 4, OTrans prévoit que l'autorité peut inviter le demandeur à préciser sa demande dans un délai de dix jours. Le cas échéant, elle a la faculté d'exiger de ce dernier qu'il le fasse par écrit. S'il ne fournit pas les indications requises dans le délai imparti, sa demande est considérée comme retirée. Cette disposition a le mérite de créer une situation claire et ne pénalise pas de manière excessive le demandeur, puisqu'il aura toujours la faculté de réitérer sa demande. L'autorité doit dans tous les cas attirer l'attention de ce dernier sur ce mécanisme et l'assister dans ses démarches (art. 3 OTrans). Le délai pour prendre position (art. 12 LTrans) commencera à courir à compter de la date de réception des indications supplémentaires fournies par le demandeur.

4.2 Demandes d'accès aux documents officiels des représentations suisses à l'étranger (art. 8 OTrans)

Selon l'art. 10, al. 2, LTrans (FF 2003 1861, ch. 2.3.2.1), le Conseil fédéral peut prévoir une procédure spéciale pour l'accès aux documents officiels des représentations suisses à l'étranger et des missions suisses auprès d'organisations internationales. Pour des raisons de clarté, l'ordonnance mentionne également expressément la mission auprès des Communautés européennes, qui ne sont pas des organisations internationales au sens propre du terme mais des organisations supranationales. Par « représentation suisse», on entend l'ensemble des représentations diplomatiques et consulaires à l'étranger ainsi que les bureaux du développement et de la coopération. L'art. 8 OTrans s'inspire de l'art. 14 de l'ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données du 14 juin 1993 (OLPD ; RS 235.11).

Les représentations suisses à l'étranger transmettent à la centrale de Berne les demandes d'accès portant sur des documents officiels qu'elles ont elles-mêmes établis ou qu'elles ont reçus en tant que destinataire principal. Cette centrale exécute la procédure d'accès. Si une demande d'accès concerne des documents officiels relevant des domaines dont l'autorité en charge n'est pas le Département fédéral des affaires étrangères, la demande est transmise au département compétent pour prise de position (cf. art. 11, al. 1 et 2 OTrans). Dans ce cas, la centrale du DFAE ne joue qu'un rôle de relais.

En revanche, il appartient au Département fédéral de l'économie de définir les procédures applicables au traitement des demandes d'accès concernant les documents officiels de la Mission permanente de la Suisse près de l'OMC et l'AELE.

Il convient de relever que les représentations et missions ne sont pas tenues d'accepter des demandes d'accès qui tombent dans le domaine de compétence d'autres autorités. En effet, il incombe aux demandeurs étrangers ainsi qu'aux Suisses de l'étranger d'adresser leur demande à l'autorité compétente en Suisse.

Pour le surplus, le DFAE règle les modalités (al. 2). Il doit en particulier fixer les délais de traitement, en tenant compte du temps nécessaire à la représentation suisse pour transmettre la demande d'accès et les documents sollicités à la centrale en Suisse. Il doit également désigner le service compétent au sein du département pour donner suite à la demande d'accès. Il devra également indiquer

l'organe compétent pour représenter le DFAE dans le cadre d'une procédure de médiation ou d'une procédure de recours. En ce qui concerne les modalités d'accès, le DFAE a notamment la faculté de prévoir que la consultation sur place ne peut avoir lieu qu'à Berne (FF 2003 1861).

4.3 Besoins particuliers des médias (art. 9 OTrans)

L'art. 10 OTrans prévoit que l'autorité saisie s'efforcera de répondre aux demandes formulées par les médias en tenant compte, dans la mesure du possible, du caractère urgent des informations à communiquer. En effet, les délais fixés par la loi sur la transparence peuvent être trop longs pour les besoins de l'actualité, notamment lors d'une situation politique particulière. Au sens de cette disposition, on entend par médias les personnes qui s'occupent à titre professionnel de la publication d'informations dans la partie rédactionnelle d'un média. Toute personne qui fait valoir cette disposition, doit rendre vraisemblable sa qualité de média. A défaut, elle sera traitée comme les autres demandeurs.

Il convient de relever que le principe d'égalité de traitement doit être respecté. Les journalistes accrédités et les journalistes indépendants ne sauraient par exemple être traités différemment en vertu de cette disposition.

4.4 Demandes d'accès nécessitant un surcroît important de travail (art. 10 OTrans)

L'art. 10, al. 4, let. b et c, LTrans confère la compétence au Conseil fédéral de déroger aux dispositions légales de procédure dans deux hypothèses, soit lorsqu'une autorité est saisie d'un grand nombre de demandes portant sur les mêmes documents (let. b) ou lorsque des demandes nécessitent un surcroît important de travail (let. c). Cette seconde hypothèse est réalisée, lorsque par exemple les données personnelles qui doivent être rendues anonymes nécessitent un travail complexe ou lorsque des spécialistes doivent examiner minutieusement un important paquet de documents, afin de déterminer si ces derniers ou certains d'entre eux tombent sous le coup des clauses d'exceptions prévues par la loi sur la transparence (FF 2003 1862).

Lorsque l'autorité sera saisie d'un grand nombre de demandes, il sera dans son intérêt de publier d'office les documents sollicités, dans la mesure où ils sont accessibles. S'ils ne le sont pas, l'autorité pourra publier sa prise de position dans une feuille officielle en appliquant par analogie l'art. 36, let. c, PA (RS 172.021). Cette hypothèse ne nécessite pas d'être réglée dans le cadre de l'ordonnance sur la transparence. Le Conseil fédéral n'édicte par conséquent aucune règle spéciale en exécution de la norme de délégation prévue à l'art. 10, al. 4, let. b, LTrans.

Pour les demandes nécessitant un surcroît important de travail, l'art. 10, al. 4, let. c, LTrans prescrit que le Conseil fédéral peut prolonger les délais de traitement. Cette disposition est concrétisée à l'art. 10 OTrans.

Le délai prévu à l'art. 12, al. 1, LTrans pour le traitement d'une demande d'accès est de 20 jours. En vertu de l'art. 12, al. 2, LTrans, ce délai peut être prolongé de

20 jours lorsque la demande d'accès porte sur un grand nombre de documents ou sur des documents complexes ou difficiles à se procurer (les documents contenant des données personnelles sont soumis à une réglementation particulière). Les délais ordinaires pour traiter une demande d'accès sont donc concrètement fixés dans la loi. L'art. 10 OTrans permet de déroger à ces délais dans des situations extraordinaires. Cette disposition doit toutefois s'appliquer de manière restrictive ; les délais ordinaires prévus par la loi sur la transparence risqueraient sinon de rester lettre morte.

Selon l'art. 10, al. 1, OTrans, une demande d'accès nécessite un surcroît important de travail lorsque l'autorité n'est pas en mesure, avec son personnel et son infrastructure, de traiter la demande d'accès, sans entraver de manière considérable l'accomplissement d'autres tâches. Le simple fait que le personnel de l'autorité doive accomplir un certain nombre d'heures supplémentaires de travail ne suffit pas ; Il faut que le traitement de la demande d'accès constitue véritablement une entrave considérable à l'exécution d'autres activités. Pour déroger à la prolongation du délai ordinaire de 20 jours prévue à l'art. 12, al. 2, LTrans, il faut des motifs qualifiés. En d'autres termes, l'autorité doit se trouver dans une situation telle qu'elle n'est pas en mesure d'exécuter ses tâches essentielles et de traiter simultanément la demande d'accès. La notion de « personnel » vise les employés de l'autorité ayant les compétences et les connaissances nécessaires pour traiter la demande d'accès.

Si l'al. 1 est applicable, l'autorité doit traiter la demande d'accès dans un délai raisonnable. Ce délai sera déterminé en fonction des circonstances concrètes du cas d'espèce et conformément au principe de la proportionnalité. La jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en matière de déni de justice formel contient un certain nombre d'indications.

Comme dans le cas de la prolongation ordinaire de délai selon l'art. 12, al. 2, LTrans, la personne qui a déposé la demande doit alors également être informée. Il faut lui indiquer dans quel délai l'autorité prendra position.

4.5 Prise de position (art. 11 OTrans)

Conformément à l'art. 10 LTrans, la demande d'accès est adressée à l'autorité qui a produit les documents officiels ou qui les a reçus en tant que destinataire principal. Cette disposition ne détermine pas en revanche l'autorité compétente pour traiter une demande d'accès portant sur des documents officiels susceptibles de concerner différentes autorités. L'art. 11 OTrans prévoit dès lors certaines règles d'attribution de compétence en distinguant cinq hypothèses :

- Si un document a été élaboré par différentes autorités, l'al. 1 prévoit comme critère d'attribution de compétence celui de la responsabilité de l'affaire (en allemand «Federführung»): la demande d'accès sera donc traitée par l'autorité en charge de l'affaire. Il est possible que cette dernière décide d'accorder l'accès, alors que les autres autorités concernées y seraient en principe opposées.

- Si la demande d'accès porte sur plusieurs documents qui concernent la même affaire et qui ont été établis ou reçus par différentes autorités soumises à la loi sur la transparence, l'al. 2 prévoit, pour des motifs d'économie de procédure, que la demande d'accès sera traitée par une seule autorité. Ici aussi, la compétence est attribuée à l'autorité en charge de l'affaire. Dans les hypothèses visées aux al. 1 et 2, l'autorité compétente a bien entendu la faculté de prendre contact avec les autres autorités intéressées et de les consulter sur l'accessibilité des documents que ces dernières ont établis ou qu'elles ont reçus. Si le caractère accessible de ces documents est controversé, elles ont l'obligation de donner leur avis comme cela résulte de l'art. 15, al. 1 OLOGA concernant la participation des unités administratives concernées (RS 172. 010.1). Il convient également de relever que la clause de compétence prévue à l'al. 2 a uniquement pour but de faciliter la procédure au demandeur. Ce dernier ne doit ainsi pas présenter une demande à chaque autorité concernée.

- Si le dossier ne relève pas de la responsabilité d'une seule autorité, l'al. 3 prescrit que toutes les autorités intéressées devront se mettre d'accord pour désigner l'autorité compétente. Cette dernière devra prendre position sur la demande d'accès, d'entente avec les autres autorités intéressées. Elle devra donc obtenir le consentement de chaque autorité qui a établi le document sollicité ou qui l'a reçu en tant que destinataire principal de la part de tiers qui ne sont pas assujettis à la loi sur la transparence. Si un accord ne peut pas être trouvé, il incombera à chaque autorité de se prononcer sur les documents qu'elle a établis ou qu'elle a reçus en tant que destinataire principal de la part de tiers qui ne sont pas soumis à la loi sur la transparence (voir art. 10, al. 1, LTrans). A défaut d'accord entre les autorités pour désigner l'autorité compétente, le demandeur peut, si le délai ordinaire de traitement prévu par la loi sur la transparence est échu, entamer une procédure de médiation (art. 12, al. 1, let. b. LTrans).

- Si la demande d'accès porte sur des documents qui ont été élaborés à la demande d'une autre autorité, cette dernière devra être entendue avant que l'autorité compétente ne prenne position (al. 4). Par « demande », on vise l'hypothèse dans laquelle une autorité établit un document sur la base d'indications spécifiques de la part d'une autre autorité. Cette disposition vise en particulier les avis de droit et autres expertises. Dans ce cas, l'autorité « mandante » doit être entendue par l'autorité qui a établi le document, avant que cette dernière ne prenne position. S'il s'agit de documents élaborés par une autorité sur mandat d'une commission parlementaire, les dispositions spéciales prévues aux art. 4 à 9 de l'ordonnance sur l'administration du Parlement[4] s'appliquent.

- Si la demande d'accès porte sur des documents classifiés, l'al. 5 prévoit que la compétence et la procédure sont régies par les dispositions applicables en matière de protection des informations et de classification. Il s'agit de l'ordonnance du 10 décembre 1990 sur la classification et le traitement d'informations de l'administration civile (RS 172.015) et de l'ordonnance du 1er mai 1990 concernant la protection des informations militaires (RS 510.411). Ces deux ordonnances font actuellement l'objet d'une révision

[4] RS 171.115.

tendant à une unification de la réglementation. Il existe, en outre, plusieurs accords en matière de protection des informations entre la Suisse d'une part et d'autre part certains Etats étrangers, des organisations internationales et l'Union européenne. Les prescriptions édictées par les différents départements et unités administratives concernées pour mettre en œuvre les ordonnances précitées s'appliquent également à la protection et à la classification des informations.

Conformément à l'al. 5, 2ème phrase, l'autorité habilitée à classifier devra en particulier examiner si la mesure de classification se justifie encore. Si tel est le cas, l'accès pourra être refusé. Dans l'hypothèse contraire, la mesure devra être levée et l'accès pourra être accordé (FF 2003 1847-1848). Il conviendra de procéder de la même manière pour les demandes portant sur des informations protégées par un accord international. Il s'agira en particulier d'examiner si l'accord en question désigne une autorité compétente pour traiter la demande d'accès (par exemple le Bureau de l'intégration sera compétent pour traiter les demandes d'accès portant sur des documents officiels qui tombent sous le coup de l'accord en matière de protection d'informations conclu avec l'Union européenne). Il est à noter que le droit d'accès devra être limité le moins possible : si un document doit être classifié uniquement en raison de certaines informations, ces dernières doivent être protégées ; l'accès peut être accordé pour le surplus.

En cas de conflits de compétence, les dispositions des art. 7 et ss PA s'appliquent (FF 2003 1836, ch. 2.1.5.1.3).

Il incombera à chaque autorité de déterminer le personnel compétent pour traiter la demande d'accès. Afin que la mise en œuvre du principe de transparence se fasse de la façon la plus simple possible, la décision d'accorder ou de refuser l'accès devrait pouvoir être prise à un niveau hiérarchique qui soit le plus bas possible (FF 2003 1826, ch. 1.3). L'autorité pourrait par exemple prévoir que la demande d'accès est en principe traitée par le personnel scientifique mais qu'elle peut également l'être par le personnel administratif, si les documents officiels sont accessibles au public, s'ils sont désignés comme tels, s'ils ont déjà été rendus accessibles ou s'ils le sont en vertu d'un disposition légale (p. ex. art. 8, al. 5, LTrans et art. 9 de la loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation (RS 172.061)). Il serait également possible de prévoir que la demande d'accès doit être traitée par le chef de l'unité administrative si elle présente des difficultés particulières, notamment par rapport à l'application d'une des exceptions prévues à l'art. 7 LTrans.

Si l'accès est accordé, la prise de position de l'autorité n'est soumise à aucune exigence de forme. L'autorité peut donc transmettre les documents accessibles au demandeur (art. 5 OTrans) ou fixer avec lui un rendez-vous pour la consultation (art. 4 OTrans). Si l'accès est refusé ou restreint, l'autorité doit indiquer dans sa prise de position les clauses d'exceptions applicables (art. 12, al. 4, LTrans).

5. Procédure de médiation et recommandation

5.1 Procédure de médiation (art. 12 OTrans)

L'art. 13 LTrans prévoit la possibilité de soumettre la demande d'accès au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (préposé), lorsque l'autorité n'y donne pas suite de manière satisfaisante pour le demandeur. En cas de communication de données personnelles à des tiers, la personne concernée aura également la faculté de saisir le préposé, si l'autorité entend accorder l'accès aux documents malgré l'opposition de celle-ci.

Le préposé n'agit pas d'office mais uniquement sur la base d'une demande en médiation déposée par écrit (FF 2003 1864, ch. 2.3.5).

L'art. 12 OTrans fixe les lignes directrices du déroulement de la procédure de médiation. Vu que cette procédure n'aboutit pas à une décision au sens de l'art. 5 PA, il ne s'agit pas d'une procédure administrative.

Selon l'al. 1, le préposé dispose d'un pouvoir d'examen particulièrement large, dès lors qu'il peut examiner non seulement si la façon dont la demande d'accès a été traitée est conforme à la loi mais aussi si elle répond au critère de l'opportunité. En effet, la loi sur la transparence confère à l'autorité un certain pouvoir d'appréciation concernant certains aspects du traitement de la demande d'accès, par exemple par rapport au mode de consultation des documents officiels. Dans certaines situations, l'autorité aura donc le choix entre plusieurs solutions, qui seront a priori toutes légales. Le rôle du préposé ne sera dès lors pas seulement d'examiner si l'autorité saisie a correctement appliqué la loi mais également si la solution adoptée par cette dernière est appropriée aux circonstances du cas d'espèce (examen de l'opportunité).

La question de savoir si la demande d'accès a été traitée conformément à la loi rappelle que, dans l'exercice de leur activité, les autorités sont toutes subordonnées à l'ordre juridique. Le préposé examinera donc si l'autorité saisie de la demande d'accès a par exemple correctement appliqué l'art. 5 LTrans qui définit la notion de documents officiels, les exceptions prévues à l'art. 7 LTrans ou encore les dispositions concernant la protection des données personnelles (art. 9 LTrans).

Il est à noter que le large pouvoir d'appréciation du préposé est tempéré par le fait qu'il n'a pas la compétence pour rendre des décisions, mais uniquement d'émettre des recommandations au cas où la médiation n'aboutit pas.

Conformément à l'art. 20 LTrans, le préposé a accès aux documents officiels dans le cadre de la procédure de médiation, même si ceux-ci sont protégés par le secret (FF 2003 1872, ch. 2.4.4). L'autorité a donc l'obligation de lui fournir tous les documents dont il a besoin; elle ne peut se soustraire à ce devoir en invoquant la confidentialité ou le caractère secret des informations.

L'al. 2 définit la fonction du préposé en tant que médiateur dans le cadre de la loi sur la transparence: en cas de conflit relatif à une demande d'accès, son rôle sera de tenter une médiation et, au besoin, de proposer une solution propre à aplanir les problèmes. Le dialogue permet souvent d'atteindre ce résultat. Nombre de liti-

ges sont en effet imputables à des difficultés de communication entre les citoyens et les représentants des autorités. A cet égard, le processus de médiation, qui permet aux parties de s'exprimer l'une en face de l'autre dans un contexte de confidentialité et avec l'aide d'un médiateur, est propre à mettre fin à de nombreux conflits. Lorsqu'il examine une affaire, le préposé se doit d'adopter une position neutre et non partisane, à l'instar du juge dans le cadre d'une procédure judiciaire. Il doit entendre toutes les parties à la procédure de médiation oralement ou par écrit. Lorsque les documents officiels contiennent des données personnelles d'un tiers qui n'a pas eu la faculté d'exercer auparavant son droit d'être entendu, le préposé devra l'inviter à prendre position s'il considère que ces documents peuvent être rendus accessibles.

Si la médiation aboutit, l'affaire est classée (art. 13, al. 3, LTrans). Conformément à l'art. 12, al. 3, OTrans, le préposé constate le résultat par écrit, par exemple dans un procès-verbal, et le communique aux parties. Dans certaines situations, il pourra s'avérer judicieux que ces dernières signent le document constatant le résultat de la procédure de médiation. En cas d'échec, le préposé établit une recommandation écrite à l'attention des parties, conformément à l'art. 14 LTrans.

Il est à noter qu'en vertu de l'art. 17, al. 2, let. b, LTrans il ne sera pas perçu d'émolument pour la procédure de médiation.

5.2 Recommandation (art. 13 OTrans)

Dans le cadre de sa recommandation, le préposé émettra un avis sur la manière de traiter l'affaire. S'il confirme entièrement la prise de position de l'autorité, il pourra se limiter à se référer aux motifs exposés par cette dernière (art. 12, al. 4, LTrans) ou les compléter s'il le juge nécessaire. S'il ne partage pas la conclusion de l'autorité, il devra indiquer dans quelle mesure l'accès aux documents officiels doit être accordé; s'il s'agit d'un accès partiel, il devra mentionner les restrictions et les motifs y relatifs. Si une recommandation est motivée de manière claire et précise, les différentes parties à la procédure de médiation, y compris l'autorité saisie, seront en mesure d'évaluer correctement la situation. Une telle recommandation pourra ainsi soit convaincre une autorité d'accorder l'accès, soit dissuader le demandeur d'exiger une décision au sens de l'art. 15 LTrans.

En vertu de l'art. 13, al. 1, OTrans, la recommandation du préposé devra expressément indiquer la possibilité pour les parties à la procédure de médiation d'exiger une décision au sens de l'art. 15 LTrans, ainsi que le délai applicable pour présenter leur demande.

En vertu de l'al. 2, le préposé devra veiller à ce que ses recommandations ne contiennent aucune information susceptible de porter atteinte à l'un des intérêts énumérés à l'art. 7, al. 1, LTrans. Ceci est d'autant plus important que ses recommandations seront publiées (al. 3). La publication des recommandations du préposé est un moyen de persuasion important, au motif qu'elle met en relief les points forts et les points faibles de l'activité étatique. Elle peut également avoir un effet préventif contre les demandes abusives. Elle a lieu immédiatement après que le préposé a établi sa recommandation. En principe, les recommandations du préposé doivent être publiées sur Internet.

Selon l'art. 13, al. 3, seconde phrase OTrans, la protection des données personnelles des participants à la procédure de médiation sera garantie ; le préposé devra par exemple rendre anonyme l'identité des parties. Si ce n'est pas possible, il renoncera à publier sa recommandation (al. 4).

Pour le surplus, il est renvoyé au commentaire du message relatif à l'art. 14 LTrans (FF 2003 1865, ch. 2.3.6).

6. Emoluments (art. 14 - 16 OTrans)

Selon l'art. 17 LTrans, l'accès aux documents officiels est en principe soumis au paiement d'un émolument, sauf pour le règlement des demandes qui occasionnent peu de frais, pour la procédure de médiation (art. 13 LTrans) et pour la procédure de première instance (art. 15). Il incombe au Conseil fédéral de fixer les détails.

L'élaboration du tarif des émoluments relatif à la loi sur la transparence doit tenir compte de l'objectif poursuivi par le principe de la transparence et, dans une juste mesure, du principe de la couverture des frais. Cette loi vise à promouvoir une administration plus transparente. La faculté d'exercer le droit d'accès ne répond donc pas seulement aux intérêts des personnes privées mais aussi à l'intérêt public de la transparence. Lorsque l'accès est accordé à une personne, il doit l'être pour tout le monde („access to one, access to all"; cf. art. 2 OTrans). Pour atteindre l'objectif poursuivi par l'introduction du principe de la transparence dans l'administration fédérale, l'accès aux documents officiels doit rencontrer le moins d'obstacles possible. L'art. 17, al. 2, let. a, LTrans prévoit par conséquent qu'il n'est pas perçu d'émolument pour les demandes qui occasionnent peu de frais. De plus, les coûts liés au prélèvement de l'émolument ne doivent pas être plus élevés que ceux liés à l'exécution de la prestation (art. 15, al. 1, OTrans).

6.1 Principe (art. 14 OTrans)

En vertu de l'art. 14 OTrans, l'ordonnance générale sur les émoluments du 8 septembre 2004 (OGEmol ; RS 172.041.1) s'applique, sous réserve des dispositions spéciales de l'ordonnance sur la transparence.

L'ordonnance générale sur les émoluments est entrée en vigueur le 1er janvier 2005. Conformément à l'art. 1, cette ordonnance définit les principes régissant la perception des émoluments par l'administration fédérale pour les décisions qu'elle rend et les prestations qu'elle fournit. Les dispositions de cette ordonnance qui seront applicables au domaine de la transparence, sont notamment les suivantes : l'assujettissement (art. 2), la renonciation aux émoluments (art. 3, al. 1 et 2, let. a), l'avance et le paiement anticipé (art. 10), l'échéance (art. 12), la remise, la réduction et le sursis au paiement (art. 13) ainsi que la prescription (art. 14). Il est à noter que les dispositions de l'ordonnance générale sur les émoluments concernant la perception d'émolument suite à une décision de l'autorité ne sont pas applicables. En effet, l'art. 17, al. 2, let. c, LTrans prévoit qu'il n'est pas perçu d'émolument pour les décisions rendues en vertu de l'art. 15 LTrans.

L'art. 14 OTrans réserve certaines règles spéciales par rapport à l'ordonnance générale sur les émoluments (art. 15 à 16 OTrans).

6.2 Réduction ou remise de l'émolument (art. 15 OTrans)

L'art. 17, al. 2, let. a, LTrans prescrit qu'il n'est pas perçu d'émolument pour le règlement de demandes qui occasionnent peu de frais. Par «frais » (en allemand : « Aufwand »), on entend non seulement les coûts de reproduction mais aussi le temps de travail consacré à l'examen et à la préparation des documents officiels. L'art. 15, al. 1, OTrans est formulé de telle manière qu'il ne sera pas perçu d'émolument si sa perception occasionne des frais d'un montant supérieur au montant des prestations fournies. Cette disposition est de nature impérative. Elle correspond à l'art. 3, let. a, de l'ordonnance du Département fédéral de l'intérieur du 1er décembre 1999 sur les émoluments perçus par les Archives fédérales (ordonnance sur les émoluments ArchF ; RS 172.041.15). Il est à noter que l'art. 3, al. 2, let. b, OGEmol prévoit une disposition analogue de nature potestative.

L'al. 1, seconde phrase prescrit qu'il ne sera pas facturé d'émolument pour un montant inférieur à CHF 100.-. Il concrétise ainsi le principe en fixant un plafond. Pour les émoluments ne dépassant pas ce montant, il y aura dès lors lieu de considérer que les frais de perception y relatifs sont plus élevés que les coûts de la prestation fournie. Cette disposition permet également au demandeur de savoir à partir de quel montant un émolument est facturé.

L'art. 15, al. 2, OTrans prescrit que les frais exclusivement liés aux besoins particuliers des personnes handicapées ne sont pas pris en compte dans le calcul de l'émolument. A l'instar de l'obligation pour l'autorité d'assister de manière générale les personnes handicapées dans leurs démarches (voir art. 3, al. 1, OTrans ; ch. 3.2), cette règle se fonde sur la nouvelle loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (RS 151.3). Ce principe signifie par exemple qu'un document disponible que sous forme papier, devrait être scanné gratuitement, lorsqu'une personne handicapée de la vue l'exige. En pratique, cette disposition devrait avoir une portée restreinte, puisque les documents produits ou reçus de la part de tiers après l'entrée en vigueur de la loi sur la transparence sont en règle générale disponibles sous forme électronique et donc accessibles aux personnes souffrant d'un tel handicap.

L'art. 15, al. 3, OTrans prévoit que l'autorité a la faculté de réduire ou de remettre l'émolument lorsqu'elle refuse l'accès aux documents officiels. Inversement, dans certaines situations, il sera justifié de percevoir un émolument même en cas de refus, lorsqu'il s'agit par exemple d'une demande nécessitant beaucoup de travail, d'une demande abusive ou d'une demande manifestement adressée à une autorité afin de rendre plus difficile son activité.

Il s'agit d'une disposition de nature potestative et constitue une norme spéciale par rapport à la réglementation prévue dans l'ordonnance générale sur les émoluments. Cela ne signifie toutefois pas qu'une réduction ou une remise de l'émolument n'est possible que dans les cas mentionnés à l'art. 14, al. 2, OTrans.

Les dispositions de l'ordonnance générale sur les émoluments sont également applicables (notamment l'art. 3, al. 1 et 2 let. a ainsi que l'art. 13 OGEmol).

Il sera toujours possible de fournir gratuitement certaines informations aux médias. Le principe d'égalité de traitement devra être respecté.

6.3 Tarif des émoluments et information sur les coûts prévisibles (art. 16 OTrans)

Selon l'art. 4 OGEmol, les émoluments sont calculés de manière à ce que leur produit total ne dépasse pas le montant total des coûts de l'unité administrative. Le montant total de ces coûts se compose des éléments suivants : coûts de personnel directs de l'unité administrative, coût direct des postes de travail de l'unité administrative (notamment frais d'entretien, d'exploitation et d'amortissement des bâtiments, du mobilier, des installations, des appareils ou des machines utilisés), participation appropriée aux coûts des prestations de services (soit en règle générale un supplément de 20 % sur les frais de personnel directs), ainsi que les frais spéciaux de matériel et d'exploitation. Selon l'art. 5, al. 1, OGEmol, les tarifs des émoluments sont fixés en fonction du temps consacré ou à forfait.

A l'instar de l'ordonnance sur les émoluments ArchF, l'ordonnance sur la transparence fixe un tarif des émoluments en annexe (art. 16, al. 1, OTrans).

Selon ce tarif, la photocopie A4 ou A3 sera facturée 20 centimes soit trois centimes pour le matériel de reproduction et 17 centimes pour le temps nécessaire pour reproduire les documents. Par exemple, pour photocopier 100 pages de documents, l'émolument sera de CHF 20.— c'est-à-dire CHF 3.- pour les frais de matériel de reproduction et CHF 17.— pour le temps de travail nécessaire (y compris les opérations antérieures et postérieures à la reproduction proprement dite : triage, agrafage etc.).

L'examen et la préparation des documents seront facturés CHF 100.— / heure. L'ordonnance sur les émoluments ArchF prévoit le même tarif horaire pour les mandats d'expertise. Il convient de relever que l'Administration fédérale des finances calcule chaque année les coûts directs en personnel et en place de travail. Pour l'année 2004, le personnel scientifique (classe de traitement 26) coûtait CHF 108.65 / heure et le personnel administratif (classe de traitement 17) CHF 75.82 / heure (y compris les coûts de la place de travail). Vu que le travail lié à l'examen et à la préparation de documents n'est pas aussi exigeant que la rédaction d'un avis de droit, il se justifie de prévoir un tarif horaire légèrement inférieur au montant des coûts établis par l'Administration fédérale des finances en ce qui concerne la classe de traitement 26. En même temps, s'il s'agit de demandes simples, elles pourraient être réglées par le personnel en classe 18 ou 20.

Comme le prescrit expressément l'art. 17, al. 3, LTrans, les dispositions en matière de tarif d'émoluments prévues dans d'autres lois spéciales sont réservées (voir FF 2003 1868-1869). Tel est le cas par exemple dans le domaine des télécommunications (ordonnance du l'Office fédéral de la communication du 22 décembre 1997 sur les redevances dans le domaine des télécommunications [RS

784.106.11]). Il en va de même pour l'accès aux documents archivés (ordonnance sur les émoluments des Archives fédérales).

L'art. 16, al. 2, OTrans prévoit une règle spéciale selon laquelle l'autorité doit informer le demandeur du montant de l'émolument, lorsqu'elle prévoit qu'il sera supérieur à CHF 100.— L'art. 9 OGEmol prescrit une obligation d'informer uniquement lorsque la prestation génère des coûts extraordinaires. Le demandeur doit confirmer sa demande d'accès dans un délai de 10 jours. A défaut, cette dernière est considérée comme retirée. Cette disposition a le mérite de créer une situation claire pour l'autorité et ne pénalise pas de manière excessive le demandeur puisqu'il aura toujours la faculté de réitérer sa demande. Il est à noter que le délai pour prendre position fixé à l'art. 12 LTrans, commencera à courir à compter de la date de réception de la confirmation.

Il conviendra dans un première phase d'informer de manière générale le demandeur sur l'obligation de percevoir un émolument, soit directement si la demande est présentée oralement, soit de manière générale, par exemple sur la page Internet du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence ou sur celle de l'autorité.

La personne du demandeur peut être distincte de celle de la personne assujettie, c'est-à-dire de la personne qui est tenue de payer l'émolument dû. Par exemple, si le demandeur est une personne mineure, le débiteur de l'émolument sera la personne qui détient l'autorité parentale sur elle. Dans une telle hypothèse, l'autorité aura la faculté d'exiger une avance appropriée ou un paiement anticipé conformément à l'art. 10 OGEmol, pour garantir le recouvrement de sa créance.

Pour faciliter le recouvrement de l'émolument, l'autorité pourra prévoir différentes modalités de paiement. Elle pourra par exemple exiger du demandeur qu'il paie le montant dû au moment de la consultation des documents ou prévoir que les documents expédiés par la Poste ne lui soient remis que contre remboursement.

7. Gestion et publication des documents officiels, information relative aux documents officiels

7.1 Gestion des documents officiels (art. 17 OTrans)

La gestion des documents officiels selon la loi sur la transparence est régie par l'art. 22 de l'ordonnance du 22 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA ; RS 172.010.1), par les Instructions du Département fédéral de l'intérieur du 13 juillet 1999 concernant la gestion des documents dans l'administration fédérale, ainsi que par la législation fédérale relative à l'archivage. Comme il résulte de l'art. 17, l'ordonnance sur la transparence se limite à compléter ces dispositions.

La gestion des documents officiels qui ne sont pas soumis au champ d'application de la loi sur la transparence, continue à être régie par la législation applicable en matière d'archivage. En effet, comme l'indique le message (FF 2003 1841, ch. 2.1.5.2.2), la notion de document officiel au sens de la loi sur la transparence n'équivaut pas exactement à celle de document selon l'art.

3, al. 1, LAr, qui comprend également les pièces qui sont utilisées à titre personnel par les employés de la Confédération (« dossiers personnels » ou « Handakten »).

Une gestion efficace permettra de réduire au minimum les frais encourus par l'autorité pour le traitement d'une demande et, par ce biais, d'éviter que la perception d'un émolument prohibitif ne dissuade le public d'exercer son droit d'accès aux documents officiels. La loi sur la transparence ne crée toutefois pas de nouvelles règles relatives à la gestion des documents; les autorités soumises à cette loi ne seront en particulier pas tenues de créer de nouveaux registres.

Le site des Archives fédérales publie un certain nombre d'informations concernant la gestion des documents officiels (www.bundesarchiv.ch).

7.2 Information relative aux documents officiels (art. 18 OTrans)

Le message relatif à la loi sur la transparence souligne l'importance que les autorités devront accorder à l'information sur les documents officiels, si elles souhaitent une mise en oeuvre simple et efficace de cette loi. L'art. 18 OTrans concrétise leurs obligations, tout en leur laissant une certaine marge d'appréciation. L'information se basera sur les moyens existants déjà aujourd'hui.

En vertu de la let. a, l'autorité est tenue de fournir une information générale sur les domaines et les affaires importantes qui relèvent de sa compétence. Cette information doit permettre au demandeur de déterminer l'autorité compétente dans un certain domaine, resp. les affaires pour lesquelles il existe des documents auprès d'une autorité.

En vertu de la let. b, l'autorité devra, en outre, mettre à disposition d'autres informations qui peuvent faciliter la recherche de documents. Différentes mesures sont envisageables. L'autorité pourra par exemple publier sur Internet une liste des documents classés en fonction des thèmes traités, établir des listes centralisées ou un registre des documents officiels, qui seront, si possible, accessibles sur Internet. Elle pourra également informer le public sur les documents officiels existants dans le cadre de l'information relative aux domaines et aux affaires relevant de sa compétence (al. 1, let. a). Ces instruments devront se baser sur les systèmes déjà existants et utiliser les données (les méta informations) collectées en vertu de la législation sur l'archivage. Certaines autorités utiliseront également leurs systèmes automatisés de gestion des dossiers (p .ex. GEVER). Cette disposition n'exige en revanche pas la création de nouvelles machines de recherche décentralisées.

En vertu de l'art. 18 OTrans, l'autorité n'est tenue d'informer le public que si aucune disposition légale (p. ex. l'art. 7 et 8 LTrans) ne s'y oppose. En cas d'atteinte à des intérêts mentionnés à l'art. 7 LTrans, il y a lieu de renoncer à toute information, de la limiter ou de la différer.

Il convient de rappeler que le degré de précision qui peut être exigé d'une demande d'accès dépend de l'étendue des informations mises à disposition par l'autorité. Si cette dernière publie des informations précises sur les documents

accessibles, elle pourra, en contrepartie, requérir du demandeur une désignation exacte des documents sollicités.

7.3 Publication des documents officiels (art. 19 OTrans)

Les dispositions concernant la publication de documents officiels sont des mesures relevant de l'information active qui est étroitement liée au droit d'accès créé par la loi sur la transparence (information passive). L'information d'office a pour base légale l'art. 180. al. 2, Cst, ainsi que les art. 10, al. 1 et 11 LOGA (RS 172.010).

Le recours à la technologie électronique en matière de communication permet une mise en œuvre du principe de la transparence simple et peu coûteuse. Il est donc dans l'intérêt de chaque autorité de procéder, si possible, à une large publication des documents dès leur établissement ou leur réception, à la condition toutefois qu'aucun intérêt public ou privé et qu'aucune disposition légale spéciale ne s'y opposent.

Les autorités ont un certain pouvoir d'appréciation pour mettre en oeuvre cette obligation de publication. Elles sont ainsi compétentes pour déterminer les documents considérés comme « importants ». Seront jugés comme tels les documents fondamentaux d'une affaire, les documents au centre de l'actualité, les documents présentant un intérêt particulier pour les citoyens, ainsi que, dans certains cas, les documents qui ont fait l'objet de plusieurs demandes. Il incombera en outre à chaque autorité de désigner le service compétent pour procéder à leur publication.

La publication ne doit pas entraîner de frais disproportionnés. En d'autres termes, cela signifie que l'autorité peut renoncer à publier un document si elle doit, à cette fin, le rendre anonyme ou si la publication sur Internet requiert des mesures techniques compliquées et coûteuses. La publication ne doit pas non plus être contraire à une disposition légale ; le document doit donc être accessible en vertu de la loi sur la transparence et sa publication sur Internet ne doit pas porter atteinte aux droits d'auteur ni aux droits relevant de la propriété intellectuelle.

Lorsque des documents seront publiés sur Internet, la protection des données personnelles devra être garantie. La base légale pour publier des données personnelles dans le cadre de l'information active ou passive est prévue à l'al. 3bis de l'art. 19 LPD. L'autorité devra toutefois faire preuve d'une grande retenue lorsqu'il s'agira de publier des données personnelles de tiers externes à l'administration (voir également art. 16, al. 3, de la loi fédérale sur les publications officielles [RS 170.512]). Pour ces cas, une publication sera envisageable si l'autorité a obtenu le consentement tacite ou explicite de la personne concernée, s'il existe un consentement de cette dernière ou s'il est invraisemblable selon les circonstances du cas d'espèce (nature des données et connexité) que la publication puisse lui porter préjudice. De plus, les données personnelles devront être effacées, dès qu'il ne sera plus nécessaire de les rendre disponibles.

7.4 Conseiller à la transparence (art. 20)

A l'instar de la législation en matière de protection des données personnelles, l'art. 20 OTrans prévoit la désignation d'un conseiller à la transparence auprès de chaque département et auprès de la Chancellerie fédérale. Il incombera au département concerné d'examiner s'il est nécessaire que les offices qui relèvent de son autorité désignent également un conseiller. Cette nécessité pourra être différente selon les offices, au motif qu'ils ne seront pas tous concernés de la même façon par la mise en œuvre de la transparence. Il est également envisageable de désigner un conseiller par domaine concerné.

Il sera nécessaire de créer un nouveau poste dans très peu de cas. Il suffira, en règle générale, qu'un employé formé à cet effet assume cette nouvelle tâche. Vu que chaque département dispose d'un conseiller à la protection des données (art. 23 OLPD), ce dernier pourrait, par exemple, se charger des tâches relevant du domaine de la transparence.

La tâche principale du conseiller à la transparence sera de conseiller les unités administratives, de promouvoir l'information et la formation des collaborateurs et de concourir à l'application des prescriptions de la loi sur la transparence. Il devra être pour les autres collaborateurs, celui qui dispose des connaissances nécessaires en matière de transparence. Il n'a en principe pas de tâche de représentation vers l'extérieur (par exemple le traitement des demandes d'accès), mais l'autorité est libre de lui conférer une telle compétence. Le cas échéant, plusieurs conseillers pourront également être désignés au sein d'une même autorité.

Ce système permettra d'assurer une plus grande efficacité et facilitera les contacts avec le préposé. L'objectif poursuivi est en particulier de décharger ce dernier. Dans la mesure du possible, beaucoup questions doivent pouvoir être résolues au sein de l'autorité.

8. Evaluation (art. 21 OTrans)

En vertu de l'art. 19 LTrans, il incombe au préposé d'évaluer l'application et l'efficacité de la loi sur la transparence. L'al. 2 prévoit en particulier qu'il est tenu de soumettre au Conseil fédéral un premier rapport sur les coûts de mise en œuvre, dans un délai de trois ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi sur la transparence.

L'évaluation des effets de la LTrans requiert une base de donnéesadéquate. C'est pourquoi la présente disposition énumère les données qui doivent être transmises au préposé par les autorités soumises à la loi. Ces chiffres peuvent constituer un point de départ pour une évaluation approfondie sur un problème en particulier. Une fois que le rapport aura été établi, il conviendra d'examiner si les données doivent continuer à être collectées sous cette forme ou s'il est possible d'y renoncer, au motif qu'un nouvel examen complet des coûts n'est plus nécessaire.

Les autorités concernées par la disposition précitée sont les unités administratives au sens de l'art. 6, al. 1, let. b à f, de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010.1) ainsi que les unités désignées diffé-

remment mais ayant des fonctions identiques telles que les Secrétariats généraux, les groupes, les offices (sans les subdivisions), les commissions à pouvoir décisionnel et les autres unités relevant de l'administration. Il en va de même pour les organismes et personnes de droit public ou de droit privé soumis au principe de transparence (art. 2, al. 1, let. b, LTrans).

9. Dispositions finales

9.1 Modifications du droit en vigueur (art. 22 OTrans)

A part les modifications matérielles à apporter aux ordonnances mentionnées ci-après, il y a lieu de modifier la dénomination de « Préposé fédéral à la protection des données » et de « Commission fédérale de la protection des données » dans un certain nombre d'ordonnances. Conformément à l'art. 16, al. 3, de l'ordonnance sur les publications officielles (RS 170.512.1), la Chancellerie fédérale effectuera ces adaptations sans procédure formelle.

9.1.1 Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010.1)

L'art. 8, al. 1, LTrans exclut tout droit d'accès aux documents officiels afférents à la procédure de co-rapport, afin de préserver la libre formation de l'opinion et de la volonté du Conseil fédéral en tant qu'autorité collégiale. Comme l'ont montré les travaux de mise en œuvre, cette disposition doit être concrétisée.

Vu que l'exception prévue par la loi sur la transparence pour les documents officiels afférents à la procédure de co-rapport ne concerne qu'une partie d'un processus décisionnel comportant plusieurs phases, il convient de déterminer expressément à partir de quel moment cette exception s'applique. La décision formelle du Conseil fédéral fixe clairement la fin de ce processus. Au sens de la présente disposition, la procédure de co-rapport débute par conséquent lorsque le département responsable signe sa proposition.

La proposition signée par le département compétent, les co-rapports des autres départements, les répliques et les dupliques sont donc des documents afférents à la procédure de co-rapport et sont dès lors exclus du champ d'application de la loi sur la transparence. Il en va de même pour les projets de co-rapports, pour les répliques et les dupliques puisqu'ils sont élaborés au cours de cette procédure. En revanche, les documents élaborés par l'office responsable de l'affaire à l'intention de son département, tels que le projet de proposition, ne sont pas considérés comme des documents afférents à la procédure de co-rapport au sens de la loi sur la transparence, puisque leur contenu représente encore l'opinion interne de l'office concerné (et donc de l'administration fédérale) et non celle du Conseil fédéral. Conformément à l'art. 8, al. 2, LTrans, l'accès à de telles informations ne pourra toutefois être accordé que lorsque le Conseil fédéral aura pris sa décision.

9.1.2 Ordonnance sur la protection des marques

La modification apportée à l'art. 38, al. 1, de l'ordonnance sur la protection des marques (OPM ; RS 232.111) n'est pas une conséquence directe de l'introduction du principe de la transparence. Elle favorise toutefois la transparence et est donc étroitement liée aux objectifs de la loi. Seule la version française de l'al. 2 est modifiée pour des raisons d'ordre grammatical.

En vertu de l'art. 38 OPM actuellement en vigueur, l'Institut de la propriété intellectuelle donne aux tiers des renseignements sur les demandes d'enregistrement pendantes, moyennant le paiement d'une taxe. Selon la teneur de cette disposition, le tiers n'a pas la faculté de demander des renseignements sur des demandes d'enregistrement qui ont été retirées ou rejetées, puisque de telles demandes ne sont plus pendantes. Une telle restriction du droit d'obtenir des renseignements n'est plus opportune sous différents rapports.

Un des principes de base de la propriété industrielle est l'octroi de la protection en échange de la divulgation. Les titulaires de brevets, de marques et de droits sur un design doivent divulguer leurs droits s'ils veulent faire valoir leur droit d'exclusivité. Les tiers ne peuvent respecter cette prérogative que s'ils en ont connaissance. Pour ces mêmes raisons, ceux-ci doivent également avoir la possibilité d'obtenir des renseignements sur les demandes d'enregistrement. En effet, si une action en justice est déposée après qu'une marque a été enregistrée, le titulaire peut faire valoir rétroactivement des dommages à partir du moment où le défendeur a eu connaissance du contenu de la demande d'enregistrement.

L'art. 38 OPM actuellement en vigueur ne tient que partiellement compte de ce besoin d'informations. S'il est vrai qu'un tiers peut obtenir de l'Institut de la propriété intellectuelle des renseignements sur une demande d'enregistrement pendante, il n'a plus cette faculté, dès que la demande n'est plus pendante, soit parce que le demandeur l'a retirée soit parce que l'Institut l'a rejetée (art. 38 OPM). Cette restriction du droit d'information est d'autant plus paradoxale que les données sont accessibles au public aussi longtemps que la demande est pendante. Le fait de tenir ces informations après coup secrètes est en fin de compte inefficace et n'est justifié par aucun intérêt digne de protection. Au contraire, il est clairement dans l'intérêt des tiers de ne pas rester dans le vague sur l'issue d'une demande d'enregistrement.

9.1.3 Ordonnance sur la protection des données (RS 235.11)

Dans l'ensemble de l'ordonnance sur la protection des données, il y a lieu de remplacer les dénominations de « Préposé fédéral à la protection des données » et de « Commission fédérale de la protection des données » par celles de « Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence» et de « Commission fédérale de la protection des données et de la transparence ».

L'art. 14, al. 1, OLPD doit être modifié afin de l'adapter à l'art. 8 OTrans. Lors de l'application de cette disposition, il s'est avéré qu'en fixant la compétence dans l'ordonnance les besoins pratiques n'étaient pas pris en compte. Le DFAE doit avoir la faculté de régler différemment la compétence interne pour traiter les de-

mandes de renseignements (art. 8 LPD) qui sont adressées aux représentations et aux missions suisses à l'étranger.

L'art. 31, al. 2, OLPD règle les relations directes entre d'une part le préposé et d'autre part les autorités (à l'exception du Conseil fédéral) et les personnes privées. Une fois modifiée, cette disposition s'appliquera non seulement au domaine de la protection des données mais aussi à celui de la transparence.

Conformément à l'art. 32, al. 1, OLPD modifié, les autorités seront également tenues de communiquer au préposé les projets législatifs en rapport avec le droit d'accès à des documents officiels. En effet, conformément à l'art. 18, let. c, LTrans, ce dernier est également compétent pour prendre position sur les projets d'actes législatifs fédéraux ou les mesures de la Confédération qui touchent fondamentalement le principe de la transparence. Il y a lieu, en outre, d'apporter une modification rédactionnelle à l'art. 32, al. 1, seconde phrase, OLPD afin qu'il résulte clairement de cette disposition que l'obligation pour les départements et la Chancellerie fédérale de communiquer leurs décisions et leur directives au préposé, ne concerne que la protection des données, soit le domaine pour lequel ce dernier a un pouvoir de surveillance.

9.2 Entrée en vigueur (art. 23 OTrans)

La loi sur la transparence et son ordonnance entreront en vigueur le 1er juillet 2006.