



Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen

Dieses Dokument stellt einerseits eine Anzahl von Fragen zusammen, die im Zusammenhang mit dem Öffentlichkeitsgesetz immer wieder aufgeworfen wurden, und enthält andererseits die Antworten, die das Bundesamt für Justiz (BJ) und der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) anlässlich der Veranstaltungen betreffend das Öffentlichkeitsprinzip vom 24. Februar 2012 bzw. 14 Juni 2013 formuliert haben.

Es stützt sich insbesondere auf die Botschaft des Bundesrates vom 12. Februar 2003¹ zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ), auf die Erläuterungen des BJ vom 24. Mai 2006² zur Öffentlichkeitsverordnung (VBGÖ) und auf die einschlägige Lehre³. Es bezieht sich zudem auf die Empfehlungen des EDÖB⁴ und die Rechtsprechung.

Ein Teil der hier zusammengestellten Informationen finden sich auch im Dokument "Leitfaden für die Gesuchsbeurteilung" vom 7. August 2013⁵.

Dieses Dokument ersetzt das Dokument des BJ und des EDÖB „Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Verwaltung: Häufig gestellte Fragen“ vom 5. Juli 2012.

¹ BBl 2003 1963 ff.

² http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/gesetzgebung/oeffentlichkeitsprinzip/erl-entw-d.pdf (nachfolgend "Erläuterungen VBGÖ").

³ Insbesondere Brunner / Mader, Handkommentar Öffentlichkeitsgesetz, Bern 2008 (nachfolgend "Handkommentar BGÖ").

⁴ www.edoeb.admin.ch >Dokumentation >Empfehlungen (dt. Empfehlungen) und www.edoeb.admin.ch >Principe de la Transparence >Recommandations (frz. Empfehlungen).

⁵ http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/gesetzgebung/oeffentlichkeitsprinzip/leitf-gesuchsbeurteilung-d.pdf Leitfaden für die Gesuchsbeurteilung" vom 7. August 2013 (nachfolgend "Leitfaden Gesuchsbeurteilung").

Inhaltsverzeichnis

1.	Allgemeines	5
1.1.	Fragen 2006–2011.....	5
1.1.1	Internationaler Datenaustausch.....	5
1.1.2	Amtsgeheimnis.....	5
1.1.3	Amtsgeheimnisverletzungen	5
1.1.4	Haftungsfolgen	6
1.2.	Fragen 2012	6
1.2.1.	Öffentlichkeitsprinzip und Amtshilfe	6
2.	Geltungsbereich	7
2.1.	Fragen 2006–2011.....	7
2.1.1.	Aktive und passive Information.....	7
2.1.2.	Kommerziell genutzte Informationen	7
2.1.3.	Dokumente, die von Behörden, Organisationen oder Personen stammen, die dem BGÖ nicht oder nur teilweise unterstellt sind.....	7
2.1.4.	Geltung für ausserparlamentarische Kommissionen.....	8
2.1.5.	Parlamentarische Kommissionen	8
2.1.6.	Gesuche von Parlamentarierinnen und Parlamentariern	8
2.2.	Fragen 2012	9
2.2.1.	Persönlicher Geltungsbereich.....	9
2.2.2.	Unterstellung der Mitglieder des Bundesrats	9
2.2.3.	Sachlicher Geltungsbereich.....	10
2.2.4.	Zeitlicher Geltungsbereich	11
2.3.	Fragen 2013	11
2.3.1.	Anzeige an eine Behörde	11
2.3.2.	Aufsichtsbeschwerde	12
3.	Koordination mit anderen Gesetzen	12
3.1.	Fragen 2006–2011.....	12
3.1.1.	Dokumente, die erstinstanzliche Verwaltungsverfahren betreffen.....	12
3.1.2.	Vorbehalt von spezialgesetzlichen Geheimhaltungsbestimmungen.....	12
3.1.3.	Dokumente, die Personendaten enthalten.....	13
3.2.	Fragen 2012	14
3.2.1.	Vorbehalt der Spezialgesetzgebung für den Zugang	14
3.2.2.	Zweckbindungserfordernis von Artikel 19 Absatz 1bis Buchstabe a DSG.....	14
3.2.3.	Öffentlichkeitsprinzip und Urheberrecht.....	14
3.3.	Fragen 2013	16
3.3.1.	Öffentlichkeitsgesetz und Datenschutz.....	16
3.3.2.	Gemischte Gesuche BGÖ / DSG	17
3.3.3.	Öffentlichkeitsprinzip und Archivierung.....	19
3.3.4.	Archivierung und Datenschutz.....	19
3.3.5.	Öffentlichkeitsprinzip und Vernehmlassungsrecht	20
4.	Begriff des «amtlichen Dokuments»; Spezialfälle.....	21
4.1.	Fragen 2006–2011.....	21
4.1.1.	Fertig gestelltes Dokument.....	21

4.1.2.	Dokumente, die zum "persönlichen Gebrauch" bestimmt sind	21
4.1.3.	Datenbanken	22
4.1.4.	E-Mail	22
4.1.5.	"Interne" Dokumente	22
4.2.	Fragen 2012	23
4.2.1.	Entwurf eines Antrags an den Bundesrat	23
4.2.2.	An parlamentarische Kommissionen übermittelte Dokumente	23
4.2.3.	Klassifizierte Dokumente	25
4.2.4.	Agenda, Outlook-Kalender und Liste der Auslandsreisen	25
4.3.	Fragen 2013	26
4.3.1.	Zugangsgesuche betreffend „künftige“ Dokumente	26
4.3.2.	Zugang zu einer Dokumentengruppe über mehrere Einzelgesuche desselben Gesuchstellers	26
5.	Ausnahmebestimmungen, besondere Bestimmungen	27
5.1.	Fragen 2006–2011	27
5.1.1.	Schutz der verwaltungsinternen Entscheidprozesse	27
5.1.2.	Mitberichtsverfahren	27
5.1.3.	Ämterkonsultationsverfahren	28
5.1.4.	Zugänglichkeit von Evaluationsberichten	28
5.2.	Fragen 2013	28
5.2.1.	Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis	28
5.2.2.	Vertraulichkeitsklausel in Verträgen	30
5.2.3.	Schutz der persönlichen Daten der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einer Behörde	31
6.	Bearbeitung der Zugangsgesuche	32
6.1.	Fragen 2006–2011	32
6.1.1.	Gesuch	32
6.1.2.	Form und Inhalt des Gesuchs	32
6.1.3.	Missbräuchliche Gesuche	33
6.1.4.	Massengesuche	33
6.1.5.	Teilweiser Zugang	34
6.1.6.	Einsichtnahme	34
6.2.	Fragen 2012	34
6.2.1.	Bearbeitung von umfangreichen Gesuchen	34
6.2.2.	Richtlinien für das Einschwärzen von Dokumenten	35
6.2.3.	Vollständiges Einschwärzen	35
6.2.4.	Statistiken zur Umsetzung des Öffentlichkeitsgesetzes	36
7.	Verfahren	36
7.1.	Fragen 2006–2011	36
7.1.1.	Rechtsnatur der Stellungnahme der Behörde	36
7.1.2.	Zugang zu Dokumenten im Schlichtungs- und Beschwerdeverfahren	37
7.1.3.	Behördenbeschwerde	37
7.2.	Fragen 2012	37
7.2.1.	Rechte betroffener Dritter in einem Zugangsverfahren	37
7.2.2.	Parteistellung der betroffenen Dritten	39
7.2.3.	Rechte betroffener Dritter im Schlichtungs- und im Beschwerdeverfahren	39
7.2.4.	Anhörung betroffener Dritter	39

7.2.5. Akteneinsicht.....	40
7.2.6. Ausserparlamentarische Kommissionen und Entscheidkompetenz	40
7.3. Fragen 2013	41
7.3.1. Die für die Stellungnahme zuständige Behörde	41
7.3.2. Identität der gesuchstellenden Person.....	42
7.3.3. Zustellungen von Verfügungen gemäss Art. 15 BGÖ	42
8. Gebühren	43
8.1. Fragen 2006–2011.....	43
8.1.1. Erlass oder Herabsetzung der Gebühren für bedürftige Personen	43
8.1.2. Gebührenerhebung bei Beschränkung oder Verweigerung des Zugangs	43
8.1.3. Vorschuss und Vorauszahlung der Gebühren	43
8.2. Fragen 2012	44
8.2.1. Fälle, in denen Gebühren verlangt werden	44
8.2.2. Gebühr für nachfolgende Zugangsgesuche.....	44
8.2.3. Gebührenbemessung	45
8.2.4. Gebührenerhebung während des Verfahrens.....	46
8.2.5. Gebühr für ein Dokument, das veröffentlicht werden wird.....	46
8.2.6. Gebühr für ein Zugangsgesuch einer Journalistin oder eines Journalisten	46
8.2.7. Streitigkeiten über Gebühren.....	47
9. Umsetzung und zusätzlichen Fragen.....	47
9.1. Fragen 2012	47
9.1.1. Vertrauensverhältnis zwischen Behörden	47
9.1.2. Schaffung einer Gesuchsdatenbank.....	48
9.1.3. Praxis bei der Gebührenerhebung.....	49
9.2. Fragen 2013	49
9.2.1. Koordination bei Mehrfachgesuchen	49
9.2.2. Rechte betroffener Dritter bei einer Veröffentlichung durch die Behörde	49

1. Allgemeines

1.1. Fragen 2006–2011

1.1.1 Internationaler Datenaustausch

Frage: Verschiedene Bundesstellen beteiligen sich an internationalen Datenaustauschprogrammen. Wie wird der Gefahr begegnet, dass diese Behörden allenfalls keine Daten mehr erhalten werden, wenn die Möglichkeit besteht, dass diese in der Schweiz Dritten zugänglich sind?

Antwort: Da die überwiegende Zahl der Industrieländer das Öffentlichkeitsprinzip kennt, ist unwahrscheinlich, dass dessen Einführung in der Schweiz den internationalen Datenaustausch gefährdet. Der Zugang zu Daten, die auf diesen Kanälen empfangen werden, ist gegebenenfalls in Anwendung einer Ausnahmeklausel aufzuschieben, zu beschränken oder zu verweigern. Zu denken ist an den Schutz internationaler Beziehungen oder von Geschäftsgeheimnissen. Informationen, welche durch die Behörde selbst gewerblich genutzt werden, sind vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ohnehin ausgenommen.

Verweise: Art. 7 Abs. 1 Bst. d und g BGÖ; BBl 2003 2010 ff.

1.1.2 Amtsgeheimnis

Frage: Wenn das Öffentlichkeitsprinzip die Regel und die Geheimhaltung die Ausnahme ist, welche Bedeutung verbleibt dann für das Amtsgeheimnis?

Antwort: Das Amtsgeheimnis ist in seiner Tragweite indirekt neu definiert. Dem Amtsgeheimnis unterliegen nur noch Informationen, die nicht in den Geltungsbereich des BGÖ fallen, die durch spezialgesetzliche Bestimmungen als geheim erklärt werden oder die unter eine der im Öffentlichkeitsgesetz selbst vorgesehenen Ausnahmebestimmungen fallen.

Dies bedeutet indessen nicht, dass alle Informationen, die nicht nach dem Öffentlichkeitsgesetz zugänglich sind, automatisch dem Amtsgeheimnis unterliegen. Das Amtsgeheimnis gilt nur dann, wenn die Information selbst tatsächlich ein Geheimnis darstellen (also insb. nicht ohnehin allgemein bekannt sind). Dies ist per Definition dann nicht mehr der Fall, wenn die zuständige Stelle entscheidet, dass die Information publik gemacht werden soll, denn dann fehlt es am Geheimhaltungswillen des "Geheimnisherrn".

Verweise: Art. 3, 4 und 8 BGÖ; BBl 2003 1989 f., 2013 ff.; Handkommentar BGÖ, Art. 4 Rz. 12.

1.1.3 Amtsgeheimnisverletzungen

Frage: Besteht aufgrund der Ermessensspielräume, die das Öffentlichkeitsgesetz einräumt, nicht ein Risiko für die Angestellten des Bundes, wegen Amtsgeheimnisverletzung strafrechtlich verfolgt zu werden, wenn sie ein Dokument zugänglich machen, etwa wenn sich erst nachträglich herausstellt, dass ein bestimmtes Dokument ein Geschäftsgeheimnis enthielt?

Antwort: Voraussetzung einer Amtsgeheimnisverletzung im Sinne des Strafgesetzbuches ist, dass die Täterin oder der Täter vorsätzlich oder eventualvorsätzlich handelt, dass sie oder er also weiss, dass ein Geheimnis vorliegt, und dieses Geheimnis mit Absicht unbefugten Personen bekannt gibt.

Wird das Gesuch so behandelt und beurteilt, wie dies die einschlägigen Rechtsgrundlagen vorsehen, und trifft die nach den Regeln des Gesetzes und der Verordnung, sowie der ergänzend dazu durch die Departemente und Ämter erlassenen Weisungen dafür zuständige Stelle bzw. Person den Entscheid, so besteht kein Risiko einer Amtsgeheimnisverletzung.

1.1.4 Haftungsfolgen

Frage: Wird der Bund haftbar, wenn ein Dokument zugänglich gemacht wird und dies für Dritte zu einem Schaden führt? Unter welchen Voraussetzungen müsste die zuständige Sachbearbeiterin oder der zuständige Sachbearbeiter für einen Schaden aufkommen?

Antwort: Der Bund haftet für eine schädigende Informationstätigkeit nur dann, wenn diese Tätigkeit *widerrechtlich* ist. Wenn ein Dokument zu Recht zugänglich gemacht wird, ist eine Haftungsfolge ausgeschlossen.

Ist ein Schaden entstanden und hat sich im Nachhinein gezeigt (z.B. durch einen Gerichtsentscheid), dass ein Dokument zu Unrecht zugänglich gemacht wurde, so ist ein Rückgriff auf die handelnde Amtsperson, also die zuständige Sachbearbeiterin oder den zuständigen Sachbearbeiter, nur denkbar, wenn diese oder dieser den Schaden vorsätzlich oder grobfahrlässig verursacht hat.

Auch hier gilt also, dass kein Risiko besteht, wenn die Beurteilung der Zugänglichkeit eines Dokuments sorgfältig und im Rahmen des festgelegten Verfahrens durchgeführt wird.

1.2. Fragen 2012

1.2.1. Öffentlichkeitsprinzip und Amtshilfe

Frage: Kann eine Behörde gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz Zugang zu amtlichen Dokumenten erhalten und so die Regelungen zur Amtshilfe umgehen?

Antwort: Nach Artikel 6 BGÖ hat jede natürliche oder juristische Person das Recht, amtliche Dokumente einzusehen. Hingegen verleiht das BGÖ Gemeinwesen keinen privilegierten Zugang zu amtlichen Dokumenten. Eine Behörde kann sich formell also nicht auf das Öffentlichkeitsgesetz berufen, um von einer anderen Behörde Informationen zu erhalten.

Angenommen eine natürliche Person stellt in ihrem eigenen Namen ein Zugangsgesuch, um für die Behörde, für die sie arbeitet, etwas in Erfahrung zu bringen, so prüft die für die Bearbeitung des Gesuchs zuständige Behörde nicht, ob die Person berechtigt ist, ein Gesuch zu stellen; das Öffentlichkeitsgesetz sieht nicht vor, dass bestimmte Anforderungen erfüllt sein müssen, damit ein Gesuch gestellt werden kann. Ist das Dokument nach dem Öffentlichkeitsgesetz zugänglich, so hat die gesuchstellende Person das Recht, es einzusehen und die Behörde, für die sie arbeitet, zu informieren.

Amtshilfegesuche betreffen in der Regel Dokumente, die Personendaten enthalten. Nach dem Öffentlichkeitsgesetz kann der Zugang zu Dokumenten eingeschränkt werden, wenn durch seine Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden kann (Art. 7 Abs. 2 BGÖ). Zudem sind amtliche Dokumente, die Personendaten enthalten, nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren (Art. 9 BGÖ); ist dies nicht möglich, so gelten die Voraussetzungen nach Artikel 19 DSG (vgl. Ziff. 3.1.3: Dokumente, die Personendaten enthalten). Dokumente, die Personendaten enthalten, sind also grundsätzlich nicht nach dem Öffentlichkeitsgesetz zugänglich und die Behörde kann sie nur über ein Amtshilfeverfahren erhalten. Deshalb besteht für Dokumente, die nach dem Öffentlichkeitsgesetz nicht zugänglich sind, auch keine Gefahr, dass die Regelungen zur Amtshilfe umgangen werden. Für öffentlich zugängliche Dokumente bleibt das Risiko theoretisch.

Verweise: Handkommentar BGÖ, Art. 6 Rz. 20-25.

2. Geltungsbereich

2.1. Fragen 2006–2011

2.1.1. Aktive und passive Information

Frage: Verpflichtet das Öffentlichkeitsgesetz die Behörden auch dazu, bestimmte Dokumente von sich aus zugänglich zu machen (Bring-Prinzip)?

Antwort: Das Öffentlichkeitsgesetz regelt nur den Zugang zu amtlichen Dokumenten auf Gesuch hin (Hol-Prinzip). Es verpflichtet *nicht* zur Publikation bestimmter Dokumente und es stellt *keine* Rechtsgrundlage zur Publikation bestimmter (insb. personenbezogener) Informationen dar. Es sieht auch keine Einschränkungen der aktiven Informationstätigkeit der Behörden vor.

Die Verordnung sieht vor, dass wichtige Dokumente so schnell wie möglich zu publizieren sind. Welche Dokumente "wichtig" sind, ergibt sich in der Regel aus dem jeweiligen Geschäftskontext. Als wichtige Dokumente gelten insbesondere Dokumente mit besonderer Aussagekraft für die breite Öffentlichkeit, z.B. Dokumente, die zu einer bestimmten Fragestellung eine Übersicht bieten, die Varianten aufzeigen etc. Zudem sind die Behörden dazu verpflichtet, Informationen über die verfügbaren Informationen zu veröffentlichen.

Verweise: Art. 17 ff. VBGÖ; Erläuterungen VBGÖ Ziff. 7.2 ff.; Handkommentar BGÖ, Einleitung Rz. 86 ff.; Handkommentar BGÖ, Art. 6 Rz. 62 ff.

2.1.2. Kommerziell genutzte Informationen

Frage: Können Private Informations- bzw. Datenbestände, die von Behörden kommerziell genutzt werden, aufgrund des Öffentlichkeitsprinzips gratis erhalten und ihrerseits entsprechende Produkte auf dem Markt anbieten?

Antwort: Informationen, welche durch die Behörde selbst kommerziell genutzt werden, sind vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgenommen. Dies gilt auch für Informationen, z.B. Datenbanken, die hauptsächlich zur Herstellung von marktgängigen Produkten dienen.

Rechtsgutachten oder Berichte, die von einer Behörde im Auftrag von Privaten gegen eine Gebühr verfasst werden, gelten nicht als kommerziell genutzte Dokumente. Sie sind also grundsätzlich zugänglich.

Verweise: Art. 5 Abs. 3 Bst. a BGÖ; Art. 1 Abs. 1 VBGÖ; BBl 2003 1996; Leitfaden Gesuchsbeurteilung Ziff. 1.1,

2.1.3. Dokumente, die von Behörden, Organisationen oder Personen stammen, die dem BGÖ nicht oder nur teilweise unterstellt sind

Frage: Sind Dokumente von Behörden, Organisationen oder Personen, die dem BGÖ nicht oder nur teilweise unterstellt sind, zugänglich, wenn sie sich im Besitz einer dem Gesetz unterstellten Behörde befinden?

Antwort: Jedes Dokument, dass die im BGÖ festgelegten Kriterien erfüllt, ist als "amtliches Dokument" grundsätzlich zugänglich. Dies gilt insbesondere auch für Dokumente, die einer Behörde von Dritten, die nicht (z.B. Privatpersonen, Unternehmen, Swisscom) oder nur teilweise (z.B. Post, SBB) dem Öffentlichkeitsprinzip unterstehen, übermittelt worden sind. Dabei spielt es auch keine Rolle, ob die Dokumente aus einer in- oder ausländischen Quelle stammen. Solche Dokumente sind zugänglich, soweit im konkreten Fall keine Ausnahmebestimmungen nach BGÖ oder spezialgesetzliche Bestimmungen anwendbar sind.

Organisationen, die dem BGÖ nur teilweise unterstellt sind, weil sie nicht zur Bundesverwaltung gehören, aber dennoch Verfügungen erlassen, haben dort als "Dritte" zu gelten, wo sie selbst dem BGÖ nicht unterstehen.

Verweise: Art. 5 Abs. 1 Bst. b BGÖ; BBl 2003 1993; Leitfaden Gesuchsbeurteilung Ziff. 1.1.; Handkommentar BGÖ, Art. 5 Rz 18.

2.1.4. Geltung für ausserparlamentarische Kommissionen

Frage: Gilt das Öffentlichkeitsgesetz auch für ausserparlamentarische Kommissionen?

Antwort: Ja. Ausserparlamentarische Kommissionen sind ihrer Funktion nach entweder Verwaltungs- oder Behördenkommissionen. Verwaltungskommissionen haben beratende und vorbereitende Funktionen; Behördenkommissionen sind mit Entscheidbefugnissen ausgestattet. Diese Kommissionen sind Teil der dezentralen Bundesverwaltung und somit dem BGÖ unterworfen (siehe Ziff. 7.2.6: Ausserparlamentarische Kommissionen und Entscheidungskompetenzen).

Expertenkommissionen, Arbeitsgruppen und andere Ad-hoc-Kommissionen, die von der Verwaltung für bestimmte Aufgaben eingesetzt werden, unterstehen ebenfalls dem Öffentlichkeitsgesetz.

Verweise: Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ; Art. 7a und 8a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV; SR 172.010.1); Entscheid BVGer A-1135/2011 vom 7.12.2011 und A-3192/2010 vom 17.06.2011; Entscheid BVGer A-4962/2012 vom 22.4.2013.

2.1.5. Parlamentarische Kommissionen

Frage: Gilt das Öffentlichkeitsgesetz auch für Dokumente parlamentarischer Kommissionen, die sich im Besitz der Verwaltung befinden?

Antwort: Die Arbeiten der parlamentarischen Kommissionen bleiben weiterhin vertraulich, wie dies im Parlamentsgesetz vorgesehen ist. Die Vertraulichkeit gilt namentlich für Protokolle der Beratungen in den Kommissionen. Die Parlamentsverwaltungsverordnung regelt den Zugang zu solchen Dokumenten und zu Kommissionsprotokollen (siehe auch Ziff. 4.2.2: An parlamentarische Kommissionen übermittelte Dokumente).

Verweise: Art. 47 Parlamentsgesetz (ParlG, SR 171.10), Art. 4 ff. Parlamentsverwaltungsverordnung (ParlVV, SR 171.115); Entscheid BVGer A-1135/2011 vom 7.12.2012.

2.1.6. Gesuche von Parlamentarierinnen und Parlamentariern

Frage: Können auch Parlamentarierinnen und Parlamentarier Einsicht in amtliche Dokumente nach BGÖ verlangen?

Antwort: Die Mitglieder der eidgenössischen Räte haben gestützt auf Artikel 7 des Parlamentsgesetzes (SR 171.10) besonders geregelte Informationsrechte. Sie haben Anspruch

darauf, über jede Angelegenheit des Bundes Auskunft zu erhalten und Unterlagen einzusehen, soweit dies für die Ausübung des parlamentarischen Mandates erforderlich ist. Ein einzelnes Ratsmitglied hat nach dieser Bestimmung keinen Anspruch auf Informationen, die der unmittelbaren Entscheidungsfindung des Bundesrates dienen (Mitberichtsunterlagen), die den Bereich des Staatsschutzes und der Nachrichtendienste betreffen oder die aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes vertraulich gehalten werden. Die Informationsrechte der Ratsmitglieder gehen also grundsätzlich weiter als das allgemeine Zugangsrecht nach dem BGÖ.

Kommissionen und Delegationen haben jeweils weiter gehende Informationsrechte als die einzelnen Ratsmitglieder.

Dienststellen der Parlamentsdienste verfügen über die gleichen Informationsrechte wie die Organe der Bundesversammlung, in deren Auftrag sie tätig sind.

Verweise: Art. 7, 67, 150, 153, 154 und 166 Parlamentsgesetz (ParlG, SR 171.10).

2.2. Fragen 2012

2.2.1. Persönlicher Geltungsbereich

Frage: Warum hat der Gesetzgeber die Ausnahmen nach Artikel 2 Absatz 2 BGÖ vorgesehen?

Antwort: Der Gesetzgeber hat sich bei der Erarbeitung des Öffentlichkeitsgesetzes für ein System von Ausnahmen entschieden, das auf einer Abwägung der im konkreten Fall vorliegenden Interessen beruht (Art. 7 BGÖ), und nicht für ein System mit Ausnahmen vom Geltungsbereich des Gesetzes. Die Ausnahmen der Schweizerischen Nationalbank und der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom Geltungsbereich des Gesetzes haben ausschliesslich politische und historische Gründe (Art. 2 Abs. 2 BGÖ). Sie haben also keinen materiellen Grund.

2.2.2. Unterstellung der Mitglieder des Bundesrats

Frage: Untersteht ein Mitglied des Bundesrats in seiner Funktion als Departementsvorsteher bzw. -vorsteherin dem BGÖ oder nicht?

Antwort: Der Bundesrat bildet in seiner Gesamtheit die Regierung (Art. 1 RVOG). Er trifft seine Entscheide als Kollegium (Art. 12 RVOG). Seine Verhandlungen und das Mitberichtsverfahren sind nicht öffentlich (Art. 21 RVOG). Er leitet zwar die Bundesverwaltung, ist aber als eigenständige Behörde nicht Teil der Verwaltung und untersteht daher nicht dem Öffentlichkeitsgesetz (e contrario Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ).

Was die einzelnen Bundesräte und Bundesrätinnen betrifft, muss unterschieden werden, ob sie als Mitglieder des Bundesrats handeln oder als Departementsvorsteher oder -vorsteherinnen und somit als Chefs oder Chefinnen der Verwaltung.

Handelt ein Bundesrat oder eine Bundesrätin als Chef oder Chefin der Verwaltung, so untersteht er oder sie dem BGÖ. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn ein Bundesrat einen Bürgerbrief beantwortet oder wenn eine Bundesrätin einem Amtsdirektor eine handschriftliche Notiz mit einem bestimmten Auftrag übermittelt.

Handelt der Bundesrat oder die Bundesrätin hingegen als Mitglied des Gesamtbundesrats, so untersteht er oder sie dem BGÖ nicht. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn ein Bundesrat einen Antrag, eine Informationsnotiz oder ein Aussprachepapier dem Gesamtbundesrat unterbreitet (Roter Ordner).

So gilt beispielsweise bei der Ernennung oder Aufhebung des Arbeitsverhältnisses eines Amtsdirektors oder einer Amtsdirektorin Folgendes: Sofern die Anstellung oder Aufhebung des Arbeitsverhältnisses eines oder einer Verwaltungsangestellten durch den Bundesrat beschlossen wird (Antrag und Bundesratsbeschluss), handelt es sich um Regierungshandeln des Gesamtbundesrats. Der infolge des Bundesratsbeschlusses ausgearbeitete öffentlich-rechtliche Arbeitsvertrag bzw. Aufhebungsvertrag ist Verwaltungshandeln und unterliegt dem Öffentlichkeitsgesetz.

Verweise: Handkommentar BGÖ, Art. 2 Rz. 12 ff.; Empfehlung des Beauftragten vom 18.11.2010 (VBS/Inspektionsberichte ND-Aufsicht); Empfehlung des Beauftragten vom 9.12.2010 (EDA/Autorisiertes Interview); Entscheid BVGer A-1156/2011 vom 22.12.2011; Entscheid BVGer A-3609/2010 vom 17.02.2011.

2.2.3. Sachlicher Geltungsbereich

Frage: Artikel 3 BGÖ schliesst bestimmte Verfahren von seinem sachlichen Geltungsbereich aus. Handelt es sich nur um hängige oder auch um abgeschlossene Verfahren?

Antwort: Dokumente eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens sind dem BGÖ unterstellt. Deshalb sind diese Informationen grundsätzlich zugänglich, es sei denn im konkreten Fall sind die Ausnahmen nach den Artikeln 7 und 8 BGÖ anwendbar (vgl. Ziff. 3.1.1 Dokumente, die erstinstanzliche Verwaltungsverfahren betreffen).

Wird eine erstinstanzliche Verfügung angefochten, so übermittelt die zuständige Bundesbehörde die Verfügung, ihre Stellungnahmen und das Dossier an die zuständige Beschwerdeinstanz. Bis zum Beschwerdeentscheid gelten diese Dokumente als Teil eines öffentlich-rechtlichen streitigen Verfahrens vor einer höheren Verwaltungsbehörde oder eines Gerichts. Für sie gilt daher nach Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer 5 BGÖ das Öffentlichkeitsprinzip nicht. Auf Zugangsgesuche, die während eines hängigen Verfahrens an die erstinstanzliche Behörde oder an die Beschwerdeinstanz gerichtet werden, wird also nicht eingetreten. Sobald das Verfahren abgeschlossen ist, gibt die Beschwerdeinstanz das Original der angefochtenen Verfügung und das Dossier an die erstinstanzliche Behörde zurück. Von diesem Moment an unterstehen die Dokumente wieder dem BGÖ und sind daher grundsätzlich zugänglich. Verfahrensakten wie Schriftenwechsel und Protokolle, die sich im Besitz der erstinstanzlichen Behörde befinden, bleiben aber auch nach Ende des Beschwerdeverfahrens vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgeschlossen.

Nach Abschluss des Verfahrens legt die Beschwerdeinstanz im ihrem Dossier eine Kopie der angefochtenen Verfügung, die Schriftenwechsel und ein Exemplar des Beschwerdeentscheids ab. Diese Dokumente sind Verfahrensakten. Die Schriftenwechsel und der Beschwerdeentscheid sind vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ausgeschlossen. Zudem ist die Beschwerdeinstanz dem BGÖ nicht unterstellt (Art. 2 BGÖ e contrario). Die Verfügung bleibt bei der ersten Instanz gemäss BGÖ zugänglich.

Besondere Bestimmungen in den Bundesgesetzen zur Gerichtsorganisation über die Anwendbarkeit des BGÖ sind Konkretisierungen der Ausnahme nach Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer 5 BGÖ. Der Zugang zu Dokumenten, die Verfahren vor den eidgenössischen Gerichten betreffen, ist demnach vom Geltungsbereich des BGÖ ausgeschlossen, unabhängig davon, ob das Verfahren beim jeweiligen Gericht noch hängig oder abgeschlossen ist. Nach dem Abschluss eines Verfahrens vor einem eidgenössischen Gericht ist grundsätzlich nur der Entscheid für die Öffentlichkeit zugänglich, und zwar in anonymisierter Form.

Aufgrund der Systematik von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a BGÖ können die einzelnen Ausnahmen nach den Ziffern 1–5 untereinander nicht verschieden ausgelegt werden.

Verweise: BBl 2003 1989; ein Teil der Lehre vertritt eine andere Meinung: Handkommentar BGÖ, Art. 3, Rz. 10 ff.; Bernhard Waldmann/Magnus Oeschger, VwVG Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 26, S. 537–538.

2.2.4. Zeitlicher Geltungsbereich

Frage: Was gilt künftig im Falle von Praxisänderungen bezüglich der Rückwirkung, insbesondere bei regelmässig aktualisierten Dokumenten?

Antwort: Diese Frage stellt sich ebenfalls in Bezug auf die Anwendbarkeit des BGÖ auf Dokumente, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes erstellt wurden. Gemäss der Übergangsbestimmung in Artikel 23 BGÖ ist das Gesetz auf amtliche Dokumente anwendbar, die nach seinem Inkrafttreten von einer Behörde erstellt oder empfangen wurden. Das BGÖ enthält hingegen keine Regelung zu amtlichen Dokumenten, die regelmässig aktualisiert werden müssen.

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist für die zeitliche Anwendbarkeit des Gesetzes nicht der Zeitpunkt massgebend, an dem mit der Erstellung eines Dokuments begonnen wird, sondern der genaue Zeitpunkt, an dem das Dokument definitiv fertig gestellt ist. Jede Aktualisierung eines Dokuments entspricht diesem Zeitpunkt. Es handelt sich also jedes Mal um ein neues amtliches Dokument im Sinne des BGÖ. Andernfalls würde dies nämlich bedeuten, dass Dokumente, die regelmässig aktualisiert werden müssen, zum Beispiel Datenbanken, gar nie unter das BGÖ fallen würden, wenn sie vor dessen Inkrafttreten erstellt wurden. Mit einem solchen Ansatz würde das BGÖ völlig inhaltsleer, was dem Willen des Gesetzgebers widersprechen würde.

Die gleichen Überlegungen gelten für eine Praxisänderung im Zusammenhang mit der Anwendung des BGÖ. Folglich sind Dokumente, die nach einer Praxisänderung angepasst wurden, neue Dokumente, für die das Öffentlichkeitsprinzip gilt.

Verweise: Handkommentar BGÖ, Art. 23 Rz. 11; Entscheid BVGer A-7369/2006 vom 24.07.2007.

2.3. Fragen 2013

2.3.1. Anzeige an eine Behörde

Frage: Ist eine bei der zuständigen Behörde eingereichte Strafanzeige, die nicht zur Eröffnung eines Verwaltungsstrafverfahrens führt, den Verfahrensakten zuzurechnen, die nicht dem BGÖ unterstehen?

Antwort: Mit einer Strafanzeige wird der Behörde ein Sachverhalt mitgeteilt, der sie zur Eröffnung eines Strafverfahrens veranlassen soll. Die Strafanzeige ist deshalb dem Strafverfahren im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 BGÖ zuzurechnen. Wie das Strafverfahren ausgeht, ob es eventuell eingestellt oder gar nicht eröffnet wird, ist unter dem Blickwinkel des BGÖ unerheblich.

Eine Anzeige an eine Verwaltungsbehörde nach Art. 1 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0) kann unter Umständen einen doppelten Charakter haben: Einerseits Strafanzeige, andererseits Anzeige an die Verwaltungsbehörde, die bestimmte Tätigkeiten von Privaten zu überwachen hat und gegebenenfalls verwaltungsrechtliche Anordnungen treffen muss. Eine solche Anzeige sollte nach den Regeln des BGÖ behandelt werden, weil eine Ausscheidung des strafrechtlichen Teils kaum praktikabel ist.

2.3.2. Aufsichtsbeschwerde

Frage: Fallen Aufsichtsbeschwerdeverfahren, die kein Verfahren der Staats- und Verwaltungsrechtspflege im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ sind, in den sachlichen Geltungsbereich des BGÖ?

Antwort: Es handelt sich um kein Verfahren der Staats- und Verwaltungsrechtspflege im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ

Grundsätzlich handelt es sich auch nicht um ein erstinstanzliches Verwaltungsverfahren im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b BGÖ. Soweit es im Verwaltungsverfahren keine formelle Eröffnung des Verfahrens gibt, gilt der Grundsatz, dass mit der Einreichung der Klage nicht ein erstinstanzliches Verwaltungsverfahren eröffnet wird.

3. Koordination mit anderen Gesetzen

3.1. Fragen 2006–2011

3.1.1. Dokumente, die erstinstanzliche Verwaltungsverfahren betreffen

Frage: Richtet sich auch bei Dokumenten, die erstinstanzliche Verwaltungsverfahren (also Verfahren, die im Erlass einer Verfügung ausmünden) betreffen, der Zugang nach dem einschlägigen Verfahrensrecht (d.h. in der Regel nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz)?

Antwort: Nein. Dokumente, die sich auf ein erstinstanzliches Verfahren beziehen, sind dem Recht auf Zugang nach BGÖ unterstellt. Ebenfalls zum erstinstanzlichen Verfahren gehört ein Einspracheverfahren, das allenfalls (je nach den Spezialregeln zum Verfahren im jeweiligen Sachbereich) vor dem definitiven Entscheid der erstinstanzlich zuständigen Behörde durchzuführen ist. Das Verfahrensrecht gilt aber – wie bisher – für die Einsichtnahme der Parteien in die Verfahrensakten.

Dokumente, die ein erstinstanzliches Verwaltungsverfahren betreffen, sind erst dann zugänglich, wenn die Verfügung rechtskräftig ist.

Verweise: Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Art. 8 Abs. 2 BGÖ; BBl 2003 1989; Leitfaden Gesuchsbeurteilung Ziff. 1.4.

3.1.2. Vorbehalt von spezialgesetzlichen Geheimhaltungsbestimmungen

Frage: Wann ist davon auszugehen, dass eine spezialgesetzliche Bestimmung bestimmte Informationen als "geheim" bezeichnet und deshalb Vorrang vor dem Zugangsrecht hat?

Antwort: Der Vorbehalt von spezialgesetzlichen Geheimhaltungsbestimmungen gilt immer dann, wenn ein Gesetz bezüglich bestimmter Informationen den Kreis derjenigen, die davon Kenntnis haben dürfen, ausdrücklich beschränkt. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn eine Gesetzesbestimmung von «Geheimhaltungspflicht» spricht, oder davon, dass über bestimmte Tatsachen «Stillschweigen» zu bewahren ist bzw. dass diese «vertraulich» zu behandeln sind.

Es ist dagegen nicht erforderlich, dass die betreffenden Information oder das fragliche Dokument auch formell als GEHEIM klassifiziert ist. Die Klassifizierung als solche kann keinen Vorrang vor dem Recht auf Zugang beanspruchen. Ist ein Dokument klassifiziert, ist zunächst zu prüfen, ob das Dokument entklassifiziert werden kann (vgl. Ziff. 4.2.3: Klassifizierte Dokumente).

Verweise: Art. 4 Abs. 1 Bst. a BGÖ; Art. 11 Abs. 5 VBGÖ; BBl 2003 1989 f; Leitfaden Gesuchsbeurteilung, Ziff. 4.5.

3.1.3. Dokumente, die Personendaten enthalten

Frage: Können Dokumente, die Personendaten enthalten, gestützt auf das BGÖ zugänglich gemacht werden?

Antwort: Grundsätzlich besteht nach Art. 9 Abs. 1 BGÖ eine Anonymisierungspflicht. Auch wenn man ein Dokument anonymisieren kann, *muss es aber nur soweit wie möglich anonymisiert werden*. Bei dieser Entscheidung ist die Behörde an die Verfassung gebunden und muss insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Pflicht zur Wahrung des öffentlichen Interesses beachten. Die Anonymisierungspflicht gilt daher nicht absolut, sondern ist im Einzelfall zu beurteilen. Sofern die Privatsphäre der betroffenen Person nicht beeinträchtigt ist, trifft die Behörde keine Anonymisierungspflicht. Eine Anonymisierung könnte in diesen Fällen sogar eine unverhältnismässige Beschränkung des Zugangsrechts sein. Schliesslich ist stets zu beachten, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des Öffentlichkeitsgesetzes die Transparenz bezweckt hat.

Bei der Anonymisierung von Dokumenten gilt es, den Personenbezug so zu unterbrechen, dass eine Reidentifikation durch Dritte mit einem verhältnismässigen Aufwand nicht möglich ist (vgl. Ziff. 6.2.2: Richtlinien für das Einschwärzen von Dokumenten).

Ist eine Anonymisierung nicht möglich und liegt keine Zustimmung vor, so erlaubt das Öffentlichkeitsgesetz in Ausnahmefällen das Zugänglichmachen von Dokumenten, die Personendaten enthalten (vgl. Ziff. 3.2.2: Gemischte Gesuche Öffentlichkeitsgesetz/Datenschutzgesetz). Dies ist dann der Fall, wenn überwiegende öffentliche Interessen daran bestehen, den Zugang zu gewähren. Nach Art. 6 Abs. 2 VBGÖ ist ein solches namentlich denkbar, wenn die betroffene Person in einer rechtlichen oder faktischen Beziehung zu einer dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehenden Behörde steht, aus der ihr bedeutende Vorteile erwachsen (Art. 6 Abs. 2 Bst. c VBGÖ). Das ist z.B. dann der Fall, wenn es sich um Verträge handelt, die der Staat mit Privaten abgeschlossen hat. Denkbar wäre die Veröffentlichung etwa dann, wenn es um Dokumente geht, die im Zusammenhang mit der Gewährung namhafter wirtschaftlicher Vorteile an Einzelne stehen (Verträge, Subventionen), wenn Inhaber von Bewilligungen und Konzessionen betroffen sind oder wenn es sich um Verträge handelt, die der Staat mit Privaten abgeschlossen hat. Es liegt im öffentlichen Interesse zu wissen, wie die Behörde im Einzelfall gehandelt hat und wie Steuergelder eingesetzt werden. Schliesslich ist das BGÖ auch ein Instrument der Korruptions- und Betrugsbekämpfung. Die Betroffenen sind dabei vorgängig anzuhören und können am weiteren Verfahren teilnehmen (vgl. Ziff. 7.2.1–7.2.4: Rechte betroffener Dritter).

Verweise: Art. 7 Abs. 2, Art. 9 und 11 BGÖ; Art. 6 VBGÖ; Art. 19 Abs. 2 und 4 DSG, Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz. 47; BBl 2003 2012 f, 2016 f., 2022; Bundesamt für Justiz: „Leitfaden Gesuchsbeurteilung und Checkliste“ vom 7. August 2013, S.8, Ziff. 3.1.; Handkommentar zum BGÖ, Art. 9 Rz 20 ff.; Häfeli/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich, 2010, Rz 441; Bundesamt für Justiz, Gutachten betreffend die Zugänglichkeit nach dem Öffentlichkeitsgesetz von Abgaben über Beratungsmandate vom 5.07.2012, Ziffer 2.1.4.; Brunner / Flückiger, Nochmals: Der Zugang zu amtlichen Dokumenten, die Personendaten enthalten, in: Jusletter 4.10.2010, Rz 5, 13; Handkommentar DSG, Art. 19 Abs. 1^{bis}, Rz 48, Zürich 2008.

3.2. Fragen 2012

3.2.1. Vorbehalt der Spezialgesetzgebung für den Zugang

Frage: Sind nach Artikel 4 Buchstabe b des Öffentlichkeitsgesetzes nur Spezialbestimmungen zur passiven Information vorbehalten oder auch solche zur aktiven Information?

Antwort: In Artikel 4 Buchstabe b BGÖ werden die Spezialgesetze vorbehalten, die eine spezifische Öffentlichkeitsregelung begründen und dabei gewisse Bereiche sowohl bei der passiven wie auch bei der aktiven Information begünstigen. Diese Normen können entweder die vorbehaltlose öffentliche Zugänglichkeit bestimmter Dokumente garantieren (womit die Ausnahmen des BGÖ nicht anwendbar sind), weniger weitgehende Ausnahmen vorsehen, als dies Artikel 7 BGÖ tut, oder auch spezifische Modalitäten für die Einsichtnahme festlegen. Diese Spezialbestimmungen haben Vorrang, wenn sie in Bezug auf den Zugang zu Informationen weiter gehen als das BGÖ. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn eine Spezialbestimmung für die Behörde die Pflicht vorsieht, ein Dokument zu veröffentlichen.

Verweise: BBl 2003 1989 f.; Handkommentar BGÖ, Art. 4, Rz. 3 ff.; Notiz des BJ vom 3.02.2012 zur Auslegung von Artikel 4 Buchstabe b BGÖ (nur französische Version).

3.2.2. Zweckbindungserfordernis von Artikel 19 Absatz 1bis Buchstabe a DSG

Frage: Wie soll Artikel 9 Absatz 2 BGÖ i.V.m. Artikel 19 Absatz 1^{bis} DSG ausgelegt werden? Wie ist insbesondere das Zweckbindungserfordernis von Artikel 19 Absatz 1^{bis} Buchstabe a DSG im Zusammenhang mit Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe c BGÖ zu verstehen?

Antwort: Betrifft das Zugangsgesuch amtliche Dokumente, die nicht anonymisiert werden können, so dürfen die Bundesorgane gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz Personendaten bekannt geben, sofern die Personendaten im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen und ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Bekanntgabe der Personendaten besteht (Art. 19 Abs. 1^{bis} DSG).

Zum Zweckbindungsgebot hat das Bundesverwaltungsgericht wie folgt Stellung genommen: „Gemäss Art. 19 Abs. 1^{bis} DSG, mit welchem eine Koordinationsnorm für die Regelung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten mit Personendaten geschaffen wurde [...], dürfen Bundesorgane gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz Personendaten bekannt geben, wenn diese im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe stehen (Bst. a) und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Bst. b; vgl. auch Art. 7 Abs. 2 BGÖ). Die erstgenannte Voraussetzung trägt dem Zweckbindungsgebot Rechnung und ergibt sich für das Öffentlichkeitsgesetz bereits aus der Definition des Begriffs „amtliches Dokument“ in Art. 5 Abs. 1 Bst. c BGÖ [...]. Die zweite Voraussetzung verlangt nach einer Abwägung der konkret auf dem Spiel stehenden Interessen.“

Verweise: Handkommentar BGÖ, Art. 5 Rz. 19 ff.; Art. 7 Rz. 79 ff. und Art. 9 Rz. 47; BBl 2003 2033; Basler Kommentar Datenschutzgesetz, Maurer-Lambrou/Vogt (Hrsg.) Basel 2006, Art. 19 Rz. 96; Entscheid BVGer A-1135/2011 vom 7.12.2011.

3.2.3. Öffentlichkeitsprinzip und Urheberrecht

Frage: Welche Dokumente sind durch das Urheberrecht geschützt? Wer ist Inhaber oder Inhaberin der Urheberrechte? Welche Nutzungseinschränkungen sind im Urheberrecht vorgesehen?

Antwort: Der Urheberrechtsschutz knüpft am „Werk“ an. Das Urheberrechtsgesetz vom 9. Oktober 1992 (URG; SR 231.1) definiert diesen Begriff in Art. 2. Ein Werk im Sinne des Urheberrechts liegt vor, wenn drei Kriterien erfüllt sind: Das Werk muss eine geistige Schöpfung sein, den Bereichen der Literatur und Kunst angehören und einen individuellen Charakter aufweisen (Art. 2 Abs. 1 URG). Damit ist alles vom Urheberrechtsschutz ausgeschlossen, was diese drei Kriterien nicht erfüllt. Im Bereich der amtlichen Dokumente sind das z.B. Verwaltungsformulare oder Standardbriefe.

Amtliche Werke sind im Grundsatz vom Urheberrechtsschutz ausgenommen, da das Interesse an einer ungehinderten Verbreitung gegenüber dem Schutzinteresse des Urhebers überwiegt. Nach Art. 5 URG betrifft dies:

- Gesetze, Verordnungen, völkerrechtliche Verträge und andere amtliche Erlasse. Nicht geschützt sind auch Erlasse unterhalb der Verordnungsstufe wie Rundschreiben, Weisungen oder Auslegungsrichtlinien (Bst. a) und
- Entscheidungen, Protokolle und Berichte von Behörden von öffentlichen Verwaltungen (Bst. b). Dazu gehören z. B. Urteile, Verfügungen, Beschlüsse, amtliche Mitteilungen, Gesetzesbotschaften, Merkblätter und andere Erläuterungen, Kommentare oder Begründungen sowie Vernehmlassungsunterlagen. Ebenso gehören dazu Expertenberichte und Dokumente, die von Kommissionen oder Arbeitsgruppen stammen sowie Gutachten und Expertenberichte, sofern sie in offizielle Berichte integriert wurden und Werke von Privaten, die in Entscheiden, Protokollen und Berichten enthaltenen sind.

Die nicht unter den Werkbegriff nach Art. 2 Abs. 1 URG fallenden und die gemäss Art. 5 URG ausgenommen Inhalte geniessen keinen Urheberrechtsschutz. Sie können frei, auch kommerziell, genutzt werden. Daher ist nur das Öffentlichkeitsprinzip (e contrario Art. 6 Abs. 3 BGÖ) anzuwenden.

Für Inhalte, die den Werkbegriff nach Art. 2 Abs. 1 URG erfüllen und nicht gemäss Art. 5 URG vom Urheberrechtsschutz ausgeschlossen sind, gilt der Vorbehalt von Art. 6 Abs. 3 BGÖ. Bei einem Zugangsgesuch sind für die Beteiligten Art. 2, Art. 5, Art. 10 und 19 URG zentral. Nach Art. 10 URG haben der *Urheber oder die Urheberin das ausschliesslich Recht* zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird. Für gewisse Nutzungen veröffentlichter geschützter Werke ergibt sich eine Erlaubnis allerdings direkt aus dem Urheberrechtsgesetz. Die wichtigsten Anwendungsfälle sind das Zitatrecht (Art. 25 URG) und die Eigengebrauchsschranke (Art. 19 URG). Die Eigengebrauchsschranke enthält eine umfassende Erlaubnis des Privatgebrauchs und eingeschränkte Nutzungsmöglichkeiten für den schulischen Unterricht und die Vervielfältigung zur internen Information und Dokumentation in Betrieben, öffentlichen Verwaltungen, Instituten, Kommissionen und ähnlichen Einrichtungen. Ist ein Werk im Handel erhältlich, ist in diesen Fällen eine Vervielfältigung nur auszugsweise zulässig. Der im Gesetz enthaltenen Erlaubnis wegen ist die Nutzung ohne jede Konsultation der berechtigten Personen möglich.

Wer zum *Eigengebrauch* ermächtigt ist, kann selber Kopien machen, die Kopiergeräte eines Dritten benutzen oder die Kopien durch diese Dritte herstellen lassen. Erfolgt die Kopie durch einen Dritten im Sinne von Art. 19 Abs. 2 URG, liegt keine reine Verwendung des Werkes zum Privatgebrauch mehr vor. Auch in diesen Fällen ist eine Vervielfältigung deshalb nur auszugsweise zulässig, wenn ein Werk im Handel erhältlich ist.

Der Zugang zu einem amtlichen Dokument (BGÖ) und das Recht zum Eigengebrauch (URG) *erlauben nicht eine über die konkrete Erlaubnis hinausgehende Vervielfältigung/Verwendung der erstellten bzw. erhaltenen Kopie*. Zu beachten ist, dass der Grundsatz des gleichen Zugangs gemäss Art. 2 VBGO („access to one, access to all“) die Behörde in dem Sinne bindet, als sie die Zugangsmodalitäten der nachfolgenden Gesuchsteller nicht

beeinträchtigen darf. Das Prinzip bedeutet nicht, das *Recht der Gesuchstellenden, anderen Personen den Zugang zum erhaltenen amtlichen Dokument zu gewähren*, so z.B. durch Aufschaltung der erhaltenen Kopie im Internet. Die Gesuchstellenden haben die Normen des URG zu beachten (das gilt u.a. auch für die Zitierschranken gemäss Art. 25 URG).

Für die *Weiterverwendung* (unabhängig vom Informationsträger, einschliesslich der Bereitstellung auf einer Internetseite) *einer im Rahmen eines Zugangsgesuches erhaltene Kopie*, muss die Einwilligung beim Urheber oder der Urheberin (Rechtsinhaberin oder Rechtsinhaber) einholen. Die Verwaltung hat gemäss Art. 5 Abs. 2 VBGÖ die gesuchstellende Person bei der Zustellung der Kopie auf die allfälligen Nutzungsbeschränkungen aufmerksam zu machen. Dem behördlichen Hinweis kommt allerdings keine konstitutive Wirkung zu, sondern er hat lediglich den Charakter einer Warnung, weshalb der Hinweis allgemein gehalten sein kann. Somit obliegt es der gesuchstellenden Person zu prüfen, ob die beabsichtigte Verwendung der Dokumente, welche sie gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz erhalten hat, mit dem Urheberrecht vereinbar ist. So hat sie insbesondere Art. 10 Abs. 1 URG zu beachten.

Die urheberrechtlichen Schranken könnten die Weiterverbreitung von amtlichen Dokumenten behindern. Stammen diese Dokumente von Dritten, sind die Einschränkungen legitim, da sie mit dem Einreichen des Dokuments nicht automatisch auf ihre ausschliesslichen Rechte verzichtet haben. Hingegen sind die Beschränkungen bei Dokumenten, die von der Verwaltung oder in ihrem Auftrag erstellt wurden und die vom Öffentlichkeitsprinzip erfasst werden, kaum zweckmässig. Es wäre mit dem Zweck des Öffentlichkeitsprinzips nicht vereinbar, wenn sich die Behörde auf das Urheberrecht beruft, um eine Verbreitung des verlangten Dokuments zu verhindern. Wichtig ist jedoch, dass die Behörde dafür sorgt, dass die Inhaberschaft sowohl für die in der Verwaltung geschaffenen Werken, als auch jene, die extern in Auftrag gegeben wurden, geklärt ist. Werden Dokumente vertraglich oder aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung eingereicht, ist die *Zweckbindungstheorie* zu beachten. Wird hingegen ein Dokument der Behörde freiwillig eingereicht und handelt es sich hierbei um ein urheberrechtlich geschütztes Dokument, verbleiben die Urheberrechte beim Autor oder der Autorin.

Verweise: BBl 2003 1979 f. und 2003 f.; Handkommentar BGÖ Art. 6 RZ 49 ff.; Cherpillod, Stämpfli Handkommentar Urheberrechtsgesetz (URG), Bern 2006, Art. 5 RZ 5, Art. 19 RZ 5 ff.; Barrelet/Egloff: Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Dritte, vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern 2008, Art. 5 RZ 4 ff., Art. 16 RZ 20 ff., Art. 19 RZ 1 ff.; BGE 133 III 473; Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zur Änderung der Urheberrechtsgesetzes, BBl 2005 3389.

3.3. Fragen 2013

3.3.1. Öffentlichkeitsgesetz und Datenschutz

Frage: Wie wird die Koordination von Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ) und Datenschutzgesetz (DSG) sichergestellt?

Antwort: Der Gesetzgeber hat das Verhältnis von BGÖ und DSG in den Artikeln 3 Absatz 2, 7 Absatz 2 und 9 BGÖ sowie in Artikel 19 Absatz 1^{bis} und 25^{bis} DSG geregelt.

Vier Situationen sind zu unterscheiden:

1. Die gesuchstellende Person verlangt Zugang zu ihren persönlichen Daten:

- Nach Artikel 3 Absatz 2 BGÖ richtet sich der Zugang zu amtlichen Dokumenten, die persönliche Daten der gesuchstellenden Person enthalten, nach dem DSG. Es handelt sich also um ein Auskunftsgesuch im Sinne von Artikel 8 DSG.
- Wird das Auskunftsrecht eingeschränkt oder verweigert nach Artikel 9 DSG, so muss die Behörde dies der gesuchstellenden Person in Form einer Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG eröffnen.
- Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege.

2. Die gesuchstellende Person verlangt Zugang zu Dokumenten, die anonymisierbare Daten Dritter enthalten:

- Nach Artikel 9 Absatz 1 BGÖ sind Dokumente, die Personendaten enthalten, nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren.
- Da es sich um anonymisierte Dokumente handelt, richten sich der Zugang und das Verfahren nach dem BGÖ.
- Die oder der Dritte muss nicht angehört werden (vgl. Ziff. 7.2.4: Anhörung betroffener Dritter).
- Ist die gesuchstellende Person mit der Anonymisierung nicht einverstanden, so kann sie einen Schlichtungsantrag stellen (Art. 13 BGÖ).
- Die gesuchstellende Person kann den Erlass einer Verfügung verlangen (Art. 15 BGÖ).
- Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege.

3. Die gesuchstellende Person verlangt Zugang zu Dokumenten, die nicht anonymisierbare Daten Dritter enthalten:

- Nach Artikel 9 Absatz 2 zweiter Satz BGÖ richtet sich das Zugangsverfahren nach dem BGÖ.
- Der oder die Dritte muss nach Artikel 11 BGÖ angehört werden (vgl. Ziff. 7.2.4: Anhörung betroffener Dritter).
- Der oder die Dritte kann die Rechte geltend machen, die ihm oder ihr nach Artikel 25 DSG zustehen (Art. 25^{bis} DSG).
- Die gesuchstellende Person und der oder die Dritte können einen Schlichtungsantrag stellen (Art. 13 BGÖ); kommt keine Schlichtung zustande, so können sie den Erlass einer Verfügung verlangen (Art. 15 BGÖ).
- Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege.

4. Die gesuchstellende Person verlangt Zugang zu Dokumenten, die sowohl eigene Personendaten als auch persönliche Daten Dritter enthalten: vgl. Ziff. 3.3.2.

3.3.2. Gemischte Gesuche BGÖ / DSG

Frage: Wie sollen die sogenannten gemischten Gesuche zu Dokumenten, die sowohl Personendaten der gesuchstellenden Person als auch Dritter enthalten, behandelt werden?

Antwort: Im Öffentlichkeitsgesetz sind drei Fälle geregelt:

Erstens sind nach Artikel 9 Absatz 1 BGÖ amtliche Dokumente, die Personendaten enthalten, vor der Einsichtnahme nach Möglichkeit zu anonymisieren. In diesem Fall ist keine Anhörung nach Art. 11 BGÖ durchzuführen.

Zweitens sind Zugangsgesuche, die sich auf amtliche Dokumente beziehen, welche nicht anonymisiert werden können, nach Artikel 19 des Datenschutzgesetzes zu bearbeiten (Art. 9 Abs. 2 BGÖ). Allenfalls ist eine Anhörung nach Art. 11 BGÖ durchzuführen.

Drittens richtet sich der Zugang zu amtlichen Dokumenten, die persönliche Daten der gesuchstellenden Person enthalten, nach dem Datenschutzgesetz (Art. 3 Abs. 2 BGÖ).

Nicht im BGÖ geregelt ist die Konstellation, in dem die Behörde ein Zugangsgesuch zu einem amtlichen Dokument erhält, in welchem sowohl Personendaten der gesuchstellenden Person (A.) als auch Personendaten von Drittpersonen enthalten sind (z.B. B. und/oder C.). In diesen Fällen spricht man von sog. gemischten Gesuchen.

Weiter ist bei der Bearbeitung eines Zugangsgesuches der Grundsatz der Anonymisierung (Art. 9 Abs. 1 BGÖ) und der Grundsatz des gleichen Zugangs für jede Person zu beachten (Art. 2 VBGÖ).

Können die Personendaten der gesuchstellenden Person A. sowie der Dritten B. und C. anonymisiert werden, würde ein solches amtliches Dokument die Voraussetzungen der Anonymisierungspflicht nach Artikel 9 Absatz 1 BGÖ erfüllen und dem Prinzip des gleichen Zugangs für jede Person (Art. 2 VBGÖ) entsprechen. In diesem Fall würde jedoch der Gesuchsteller ein Dokument erhalten, in welchem seine Personendaten und die Personendaten Dritter eingeschwärzt sind (Einhaltung von Art. 9 Abs. 1 BGÖ und Art. 2 VBGÖ). Zu beachten ist Art. 3 Abs. 2 BGÖ, wonach bei Zugangsgesuchen, die persönliche Daten des Zugangsgesuchstellers erhalten, das Verfahren nach Datenschutzgesetz einzuhalten ist. Deshalb sind bei einem gemischten Gesuch dem Zugangsgesuchsteller A. seine eigene Daten zugänglich zu machen, d.h. seine Personendaten sind nicht zu anonymisieren (Auskunftsbegehren nach Art. 8 DSG, Nachweis der Identität nach Artikel 1 VDSG). In diesem Fall macht die gesuchstellende Person A. ihr Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG geltend. Für den Zugang zu den übrigen im Dokument enthaltenen Personendaten B. und C. ist das Verfahren nach Art. 9 BGÖ massgebend, sofern Person A. den Zugang zu diesen Drittdaten wünscht. Allenfalls sind die betroffenen Drittpersonen nach Art. 11 BGÖ anzuhören. Falls die Behörde dem A. Zugang sowohl zu seinen Personendaten als auch zu jenen des B. und C. gewährt, sollte sie in ihrer Stellungnahme dem A. mitteilen, dass der Zugang gestützt auf DSG und BGÖ gewährt wird.

Kann sich der Gesuchsteller A. nicht eindeutig identifizieren, hat die Behörde das Zugangsgesuch einzig als BGÖ-Gesuch entgegenzunehmen. Andernfalls könnte sich einerseits eine Drittperson über ein Zugangsgesuch auf einfache Weise Personendaten von anderen Personen beschaffen. Ohne eine eindeutige Identifizierung riskiert andererseits die Behörde eine unzulässige Datenbekanntgabe an einen Dritten.

Stellt hingegen eine andere Person, z. B. D., ein Zugangsgesuch zum selben Dokument, welches A. einerseits gestützt auf das Verfahren nach BGÖ (Daten des B. und C.) und andererseits gestützt auf DSG (Daten des A., nach Art. 3 Abs. 2 BGÖ) erhalten hat, ist für alle Personendaten einzig das Verfahren nach BGÖ massgebend, d.h. es gilt Art. 9 Abs. 1 BGÖ. Die Personendaten der Person A. sind gegenüber D. zu anonymisieren, sofern dies möglich ist. Können die Personendaten des A. nicht anonymisiert werden, richtet sich das Verfahren nach Artikel 9 Abs. 2 BGÖ. In diesem Fall ist A. jetzt allenfalls noch anzuhören (Art. 11 BGÖ). Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass ein Zugangsgesuch des D. nach BGÖ zu den Personendaten des A. nicht weiter gehen kann als das Auskunftsrecht des A. nach DSG. Für die Personendaten des B. und C. gilt der Grundsatz des gleichen Zugangs für alle (Art. 2

VBGÖ). Sie sind dem D. zu den gleichen Modalitäten zugänglich zu machen, wie sie bereits dem A. zugänglich gemacht wurden.

Verweise: BBl 2003 2019; Handkommentar BGÖ, Art. 9 Rz. 15 ff.; Entscheid BVGer A-3192/2010 vom 17.06.2011; Art. 11 Handkommentar BGÖ, Art. 11 Rz. 11 ff.

3.3.3. Öffentlichkeitsprinzip und Archivierung

Frage: Wie wird die Koordination von Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ) und Archivierungsgesetz (BGA) sichergestellt?

Antwort: Der Gesetzgeber hielt es nicht für notwendig, das Verhältnis von Öffentlichkeitsgesetz und Archivierungsgesetz zu regeln. Es ist jedoch vom Grundsatz auszugehen, dass der Zugang zu amtlichen Dokumenten durch deren Ablieferung ins Bundesarchiv nicht erschwert werden darf. Um die Koordination zwischen dem Öffentlichkeitsgesetz und dem Archivierungsgesetz sicherzustellen, müssen deshalb die für die gesuchstellende Person vorteilhaftesten Bestimmungen angewendet werden.

Drei Kategorien von Dokumenten sind zu unterscheiden:

1. **Die Dokumente sind am Tag ihrer Hinterlegung im Bundesarchiv gemäss BGÖ zugänglich:**
 - Dokumente, die bereits vor ihrer Ablieferung an das Bundesarchiv öffentlich zugänglich waren, bleiben es auch weiterhin (Art. 9 Abs. 2 BGA).
 - Die weniger vorteilhaften Zugangsbeschränkungen des BGA (z. B. Schutzfrist, Auflagen) sind nicht anwendbar.
 - Hingegen sind die vorteilhafteren Zugangsmodalitäten des BGA (z. B. unentgeltlicher Zugang) anwendbar.
2. **Die Dokumente sind am Tag ihrer Hinterlegung im Bundesarchiv gemäss BGÖ nicht zugänglich:**
 - Soll neu geprüft werden, ob ein Dokument als geheim behandelt wird, sind die vorteilhafteren Bestimmungen des BGÖ anwendbar.
 - Das Verfahren betreffend die Streitigkeiten richtet sich nach den vorteilhafteren Bestimmungen des BGÖ, insbesondere nach den Bestimmungen über das Schlichtungsverfahren.
 - Die Zugangsmodalitäten hingegen richten sich nach den vorteilhafteren Bestimmungen des BGA.
3. **Die archivierten Dokumente fallen nicht unter den Geltungsbereich des BGÖ:**
 - Anwendbar ist nur die Gesetzgebung zur Archivierung. Sie bestimmt den öffentlichen oder geheimen Status der hinterlegten Dokumente, das Zugangsverfahren und die Rechtsmittel bei Streitigkeiten.

Verweise: Art. 9 Abs. 2 Archivierungsgesetz (BGA; SR 152.1); Art. 5 Abs. 2 Archivierungsverordnung (VBGA, SR 152.11); BBl 2003 1978 f; Handkommentar BGÖ, Art. 4 Rz. 17.

3.3.4. Archivierung und Datenschutz

Frage: Wie wird die Koordination zwischen Archivierungsgesetz (BGA) und Datenschutzgesetz (DSG) sichergestellt?

Antwort: Die Auskunftserteilung über Dokumente im Bundesarchiv an die betroffenen Personen und die Einsichtsgewährung in diese Dokumente richten sich nach den Bestimmungen des DSG. Auskunftsverweigerungen werden durch die abliefernden Stellen verfügt (Art. 15 BGA). Vor einer abweisenden Entscheidung ist die gesuchstellende Person anzuhören (Art. 22 Abs. 1 VBGA). Die betroffene Person kann den Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung verlangen (Art. 22 Abs. 1 VBGA).

3.3.5. Öffentlichkeitsprinzip und Vernehmlassungsrecht

Frage: Fallen die Stellungnahmen einer Anhörung gemäss Art. 10 Vernehmlassungsgesetz unter das BGÖ?

Antwort: Die Bestimmungen über die Veröffentlichung bezüglich Unterlagen für ein Vernehmlassungsverfahren und der Unterlagen für eine Anhörung unterscheiden sich.

Im Vernehmlassungsverfahren sind gemäss Artikel 9 des Vernehmlassungsgesetzes (VIG) folgende Unterlagen öffentlich zugänglich:

- die Vernehmlassungsunterlagen (Gesetzesentwurf und erläuternder Bericht);
- die Stellungnahmen nach Ablauf der Vernehmlassungsfrist;
- die Zusammenstellung der Vernehmlassungsergebnisse nach der Kenntnisnahme durch den Bundesrat.

Artikel 9 VIG ist eine Spezialbestimmung im Sinne von Artikel 4 Buchstabe b BGÖ, wonach spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze, die vom BGÖ abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen, vorbehalten bleiben. Das BGÖ und insbesondere seine Ausnahmen gelten also nicht für die Unterlagen des Vernehmlassungsverfahrens (Art. 9 Abs. 3 VIG). Hingegen gilt das BGÖ für den Zugang zu andern Dokumenten, z. B. die Stellungnahmen im Rahmen einer Ämterkonsultation.

Artikel 9 VIG ist analog auf Anhörungen nach Art. 10 VIG anwendbar. Mit den Stellungnahmen eines Anhörungsverfahrens ist gleich zu verfahren wie mit den Stellungnahmen eines Vernehmlassungsverfahrens. In der Praxis werden die Stellungnahmen sowohl von Vernehmlassungs- als auch von Anhörungsverfahren aktiv publiziert. Sollten die Stellungnahmen nicht aktiv publiziert werden, so müssen sie durch Gewährung der Einsichtnahme zugänglich gemacht werden (passiv). Dem Grundsatz der „Öffentlichkeit“ (Sachüberschrift von Art. 9 VIG) wird unabwendbar Rechnung getragen.

Artikel 10 Absatz 2 VIG lautet: „Das Ergebnis einer Anhörung ist öffentlich zugänglich zu machen.“ Die Erfüllung der Pflicht zur Erstellung eines Anhörungsergebnisberichts setzt voraus, dass Stellungnahmen eingereicht werden. Da die Stellungnahmen die Grundlage des Ergebnisberichts sind, ist es aus Gründen der Transparenz angezeigt, auch diese aktiv zu publizieren. Stellungnahmen von Anhörungsverfahren sollten aktiv primär publiziert werden. Sollte dies nicht der Fall sein, müssen sie passiv zugänglich gemacht werden.

Verweise: Bundesgesetz vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz, VIG; SR 172.061); Verordnung vom 17. August 2005 über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsverordnung, VIV; SR 172.061).

4. Begriff des «amtlichen Dokuments»; Spezialfälle

4.1. Fragen 2006–2011

4.1.1. Fertig gestelltes Dokument

Frage: Wann ist ein Dokument "fertig gestellt" im Sinne des Gesetzes?

Antwort: Ein Dokument ist als fertig gestellt zu betrachten, wenn es unterzeichnet oder auf andere Art und Weise als finalisiert gekennzeichnet wurde.

Es spielt keine Rolle, ob die Unterschrift handschriftlich, digital oder mit einem Stempel vorgenommen wurde. Auch wenn ein Dokument mit den Worten "sig." oder "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. Dies ist dann der Fall, wenn die Zustellung des Dokuments zur Kenntnis- oder Stellungnahme, als Entscheidungsgrundlage oder im Hinblick auf eine sonstige weitere Verwendung erfolgte. Als Beispiel dafür ist namentlich der vom federführenden Amt dem Departement zugestellte Entwurf eines Bundesratsantrags zu nennen (vgl. Ziff. 4.2.1: Entwurf eines Antrags an den Bundesrat). 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. "Definitiv" ist die Übergabe dann, wenn es danach weitestgehend an der Empfängerin oder am Empfänger liegt, wie sie mit dem Dokument weiter verfahren will.

Verweise: Art. 5 Abs. 3 Bst. b BGÖ; Art. 1 Abs. 2 VBGÖ; BBl 2003 1997 ff.; Erläuterungen VBGÖ Ziff. 2; Leitfaden Gesuchsbeurteilung Ziff. 1.1; Entscheid BVGer A-1156/2011 vom 22.12.2011.

4.1.2. Dokumente, die zum "persönlichen Gebrauch" bestimmt sind

Frage: Wann ist ein Dokument ein "zum persönlichen Gebrauch bestimmtes Dokument", das nicht dem Recht auf Zugang unterliegt?

Antwort: Zum persönlichen Gebrauch bestimmte Dokumente sind einerseits persönliche Dokumente, die sich zwar am Arbeitsplatz befinden, die aber nichts mit den dienstlichen Aufgaben zu tun haben (z.B. persönliche E-Mails, Bilder, Bücher; vgl. auch Ziff. 4.2.4: Agenda, Outlook-Kalender und Liste der Auslandsreisen). Andererseits fallen unter diesen Begriff Notizen, Entwürfe etc., die lediglich dem persönlichen Gebrauch oder dem Gebrauch eines eng beschränkten Personenkreises (z.B. Projektteam) dienen oder zwischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern und Vorgesetzten ausgetauscht werden. In der Regel werden auch Kopien von Akten, die von der für die Sachbearbeitung zuständigen Person zu ihrem eigenen Gebrauch mit Anmerkungen, Notizen etc. versehen worden sind, unter diesen Begriff fallen.

Verweise: Art. 5 Abs. 3 Bst. c BGÖ; Art. 1 Abs. 3 VBGÖ; BBl 2003 2000; Erläuterungen VBGÖ Ziff. 2., Entscheid BVGer A-1156/2011 vom 22.12.2011.

4.1.3. Datenbanken

Frage: Sind Daten, die in Datenbanken gespeichert sind, nach dem Öffentlichkeitsgesetz zugänglich?

Antwort: Das Öffentlichkeitsgesetz sieht vor, dass als amtliche Dokumente auch solche Dokumente gelten, die durch einen einfachen elektronischen Vorgang aus aufgezeichneten Informationen erstellt werden können ("virtuelle" Dokumente).

Damit ist die Behörde verpflichtet, auf ein Zugangsgesuch hin einfache Datenbankabfragen durchzuführen.

Soweit keine Ausnahmerebestimmungen des BGÖ oder spezialgesetzliche Bestimmungen entgegenstehen, kann grundsätzlich auch der Zugang zu den gesamten in einer Datenbank gespeicherten Einzeldaten verlangt werden.

Nicht dem Zugangsrecht unterliegen Datenbanken und die darin enthaltenen Daten, die von einer Behörde kommerziell genutzt werden.

Für Datenbanken, die personenbezogene Daten enthalten (Datensammlungen im Sinne des Datenschutzgesetzes) gilt das zu Frage 3.1.3 Gesagte analog.

Verweise: Art. 5 Abs. 2 BGÖ; BBI 2003 1996, Empfehlung des Beauftragten vom 18. März 2013 (EN-SI/Messdaten der Kaminsinstrumentierung des Kernkraftwerks Mühleberg).

4.1.4. E-Mail

Frage: Sind auch E-Mail-Nachrichten nach dem Öffentlichkeitsgesetz zugänglich?

Antwort: Nach BGÖ zugänglich sind alle E-Mails, welche die Kriterien des amtlichen Dokuments erfüllen, d.h. die insbesondere die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betreffen. Nicht zugänglich sind E-Mails mit ausschliesslich privatem Inhalt, die über das E-Mail-System einer Behörde empfangen oder versandt werden. Unter bestimmten Voraussetzungen kann indessen eine E-Mail-Nachricht auch eine "persönliche Arbeitshilfe" darstellen und wäre damit ebenfalls kein amtliches Dokument. Dies ist dann der Fall, wenn die betreffende Nachricht lediglich an einen eng begrenzten Personenkreis (insb. Mitglieder eines Teams bzw. einer kleinen Arbeitsgruppe) gerichtet ist, für den sie als gemeinsame Arbeitsgrundlage – etwa für die Ausarbeitung von Berichten, Konzepten, Anträgen, Stellungnahmen etc. (und somit wiederum amtlichen Dokumenten) – dient.

Verweise: Ziff. 4.1.2; Art. 5 Abs. 1 BGÖ; Leitfaden Gesuchsbeurteilung Ziff. 1.1.; Entscheid BVGer A-1156/2011 vom 22.12.2011.

4.1.5. "Interne" Dokumente

Frage: Kann der Zugang zu rein behördeninternen Dokumenten, z.B. zu Protokollen der Geschäftsleitungssitzung eines Amtes, generell verweigert werden?

Antwort: Das Öffentlichkeitsgesetz kennt keine Kategorie "interne" Dokumente. Wenn ein Dokument die gesetzlich festgelegten Kriterien erfüllt – d.h. wenn es die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft, fertig gestellt ist und weder kommerziell genutzt wird noch zum persönlichen Gebrauch bestimmt ist – so ist das Dokument grundsätzlich zugänglich. Soweit das fragliche Dokument nicht aus dem Geltungsbereich fällt oder Spezialbestimmungen anwendbar sind, kann der Zugang inhaltlich eingeschränkt, aufgeschoben oder ganz verweigert

werden, wenn eine der im BGÖ vorgesehenen Ausnahmebestimmungen erfüllt ist. Ob dies der Fall ist, muss jeweils im Einzelfall geprüft werden.

Verweise: Art. 3–5 und 7 BGÖ; Leitfaden Gesuchsbeurteilung Ziff. 1 und 2.

4.2. Fragen 2012

4.2.1. Entwurf eines Antrags an den Bundesrat

Frage: Warum ist der vom federführenden Bundesamt dem Departement zugestellte Antragsentwurf grundsätzlich zugänglich?

Antwort: Auch wenn der vom Bundesamt erstellte Antragsentwurf noch nicht vom Vorsteher oder der Vorsteherin des Departements unterzeichnet ist, gilt ein solches Dokument für das Amt als fertig gestelltes Dokument (Art. 1 Abs. 1 Bst. b VBGÖ), denn das Amt als Verfasser hat dem Adressaten das Dokument zur Stellungnahme oder zum Entscheid übermittelt (vgl. Ziff. 4.1.1: Fertig gestelltes Dokument).

Ein von einem Amt an das Generalsekretariat des jeweiligen Departements übermittelter Antragsentwurf ist noch nicht Bestandteil des Mitberichtsverfahrens, denn dieses beginnt mit der Unterzeichnung des Antrags durch das federführende Departement (Art. 5 Abs. 1^{bis} und 2 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV, SR 172.010.1)).

Muss das Amt einen Antragsentwurf auf Verlangen des Departementsvorstehers, der Departementsvorsteherin oder des Generalsekretariats anpassen, bildet der angepasste Antragsentwurf ein neues amtliches Dokument, das dann als fertig gestellt gilt, wenn es an den Adressaten zur Stellungnahme übermittelt wird. Dasselbe gilt für das Dokument, das der Vorsteher oder die Vorsteherin des Departements zur Korrektur an das Amt zurückschickt.

Der Antragsentwurf ist zugänglich nach dem BGÖ, es sei denn, die Ausnahmen nach Artikel 7 BGÖ sind anwendbar. Das Amt kann namentlich das Zugangsrecht einschränken oder aufschieben, wenn durch die Gewährung des Zugangs die freie Meinungs- und Willensbildung des Departementsvorstehers oder der Departementsvorsteherin wesentlich beeinträchtigt werden kann.

Sobald das Mitberichtsverfahren eröffnet ist, erfasst die Geheimhaltungspflicht alle dazugehörenden amtlichen Dokumente, das heisst den unterzeichneten Antrag, die Mitberichte der anderen Departemente und der Bundeskanzlei, die allfälligen Antworten, Repliken und Dupliken sowie die entsprechenden Entwürfe und «Begleitblätter», die zum Beispiel von den Bundesämtern oder von Dienststellen der Departemente erstellt werden (vgl. Ziff. 5.1.4: Mitberichtsverfahren).

Verweise: BBl 2003 2014; Leitfaden Gesuchsbeurteilung Ziff. 2.1; Handkommentar BGÖ, Art. 8 Rz. 17 ff.; BGE 136 II 399; Entscheid BVGer A-1156/2011 vom 22.12.2011.

4.2.2. An parlamentarische Kommissionen übermittelte Dokumente

Frage: Wie sollen Gesuche behandelt werden, welche sich auf Dokumente beziehen, die im Auftrag von parlamentarischen Kommissionen erstellt werden?

Antwort: Grundsätzlich sind alle von der Bundesverwaltung erstellten oder empfangenen Dokumente dem BGÖ unterstellt. Um aber der Tatsache Rechnung zu tragen, dass das Parlament dem BGÖ nicht unterstellt ist, musste mit den Parlamentsdiensten ein Kompromiss gefunden werden für Dokumente, die an die parlamentarischen Kommissionen übermittelt werden (vgl. Ziff. 2.1.5: Parlamentarische Kommissionen). Die Praxis unterscheidet drei Arten von Dokumenten:

1. Dokumente, die im ausdrücklichen Auftrag einer parlamentarischen Kommission erstellt wurden: zum Beispiel beauftragt eine parlamentarische Kommission ein Amt, ein Rechtsgutachten zu verfassen. Der Zugang zu diesem Dokument richtet sich nach dem Parlamentsgesetz.
2. Dokumente, die von der Bundesverwaltung ursprünglich nicht für eine Kommission erstellt wurden, dann aber an eine Kommission übermittelt wurden: zum Beispiel verlangt ein Bundesamt von einem anderem Bundesorgan die Erstellung eines Gutachtens; dieses wird danach an eine parlamentarische Kommission übermittelt. Dieses Dokument untersteht dem Öffentlichkeitsgesetz.
3. Amtliche Dokumente, die von der Bundesverwaltung für eine parlamentarische Kommission erstellt wurden, aber ohne ausdrücklichen Auftrag der Kommission: Das BJ und der EDÖB vertreten hierzu unterschiedliche Auffassungen.

Nach Ansicht des BJ muss im Einzelfall untersucht werden, für welchen Hauptadressaten die Dokumente erstellt wurden:

- Wenn die Dokumente ausschliesslich für eine parlamentarische Kommission erstellt wurden (z.B. wenn im Rahmen eines parlamentarischen Verfahrens ein Amt in eigener Initiative beschliesst, eine Neuformulierung einer Gesetzesbestimmung vorzubereiten), dann müssen sie der ersten der oben erwähnten Kategorien zugeordnet werden und fallen damit unter das Parlamentsgesetz.
- Wenn hingegen die Dokumente für die Bundesverwaltung erstellt wurden und erst danach einer parlamentarischen Kommission zur Verfügung gestellt wurden, weil sie für diese hilfreich sein könnten (z.B. wenn ein Departementsvorsteher eine Frage von seinem Amt prüfen lassen will und dann beschliesst, die Resultate dieser Überprüfung einer parlamentarischen Kommission zu übermitteln), dann gehören diese Dokumente in die zweite der oben erwähnten Kategorien und sind damit dem BGÖ unterstellt.

Der Beauftragte vertritt die Ansicht, dass das Öffentlichkeitsgesetz keine Dokumente aufgrund ihres Adressatenkreises vom Geltungsbereich ausnimmt. Vielmehr unterliegen alle Dokumente, welche die Verwaltung ohne einen ausdrücklichen Auftrag einer parlamentarischen Kommission erstellt hat, grundsätzlich dem Öffentlichkeitsgesetz. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb diese von der Verwaltung erstellten Dokumente nicht zugänglich sein sollten. Es entspricht dem Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes, dass auch bei Vorschlägen, Positionen und Ideen, welche die Verwaltung in Kommissionen einbringt, Transparenz herrscht. Vorbehalten bleiben die Ausnahmebestimmungen nach Artikel 7 f. BGÖ.

In seiner Antwort auf die parlamentarische Anfrage 12.1134 («Öffentlichkeitsprinzip und Vernehmlassungsverfahren») zu diesem Problem hielt der Bundesrat fest, dass nach seiner Ansicht Unterlagen, welche bei der Erarbeitung einer Vernehmlassungsvorlage von grundlegender Bedeutung waren, in der Regel durch die für die Durchführung der Vernehmlassung verantwortliche Stelle proaktiv der Öffentlichkeit zugänglich zu machen sind. Das lässt sich aus dem an Bundesrat und Bundesverwaltung gerichteten Informationsauftrag nach Artikel 10 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (SR 172.010) ableiten und ergibt sich namentlich auch aus Artikel 19 VBGÖ. Diese Bestimmung sieht vor, dass wichtige Dokumente so schnell wie möglich im Internet verfügbar gemacht werden sollen. Dieser Grundsatz sollte nach Auffassung des Bundesrates auch bei Gutachten, die im Auftrag von parlamentarischen Kommissionen erstellt wurden, gelten. Die zuständige Behörde sollte daher vor der Publikation einer Vernehmlassungsvorlage, in welcher das Gutachten zitiert wird, bei der zuständigen Kommission rechtzeitig eine Genehmigung für dessen Veröffentlichung verlangen.

Verweise: Empfehlung des Beauftragten vom 19.06.2009 (UVEK/Zusatzdokumentation Staatsrechnung), Empfehlung des Beauftragten vom 2.11.2009 (EDI, EJPD, VBS, EFD, EVD, UVEK / Zusatzdokumentation Voranschlag 2010; Empfehlung des Beauftragten vom 18.11.2010 (VBS/Inspektionsberichte ND-Aufsicht).

4.2.3. Klassifizierte Dokumente

Frage: Sind klassifizierte Dokumente grundsätzlich vom Zugang nach Öffentlichkeitsgesetz ausgenommen?

Antwort: Die Umschreibung der Klassifizierungsstufen der Informationsschutzverordnung (ISchV; SR 510.411) orientiert sich am Wortlaut der Ausnahmebestimmung von Artikel 7 BGÖ und ist „im Lichte dieser Bestimmungen“ auszulegen. Die Tatsache, dass ein amtliches Dokument klassifiziert ist, stellt für die Beurteilung des Zugangsgesuchs zwar ein gewichtiges Element dar. Aufgrund der Klassifizierung allein darf aber der Zugang nicht verweigert werden. Bei einem solchen Zugangsgesuch muss gemäss Artikel 11 Absatz 5 VBGÖ geprüft werden, ob das fragliche Dokument entklassifiziert werden kann. Gemäss Artikel 13 Absatz 3 ISchV prüft die zuständige Stelle, unabhängig von einem allfälligen Vermerk, ob der Zugang nach Öffentlichkeitsgesetz zu gewähren, zu beschränken, aufzuschieben oder zu verweigern ist. Ergibt die Prüfung, dass die Klassifizierung nicht mehr gerechtfertigt ist, muss das Dokument (als Ganzes oder in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips in Teilen) entklassifiziert und der Zugang gewährt werden. Mit anderen Worten führt die Koordination des Öffentlichkeitsgesetzes und der Informationsschutzverordnung dazu, dass im Rahmen der Beurteilung des Zugangsgesuchs nur Klassifizierungen von Informationen gerechtfertigt sind, soweit eine Ausnahmebestimmung nach Artikel 7 Absatz 1 BGÖ oder einer der Sonderfälle nach Artikel 8 Absätze 1–4 BGÖ vorliegt.

Verweise: BBl 2003 2006; Erläuterungen VBGÖ Ziff. 4.5; Handkommentar BGÖ, Art. 4 Rz. 28 ff., Art. 12 Rz. 8 ff.; Empfehlung des Beauftragten vom 18.11.2010 (VBS/Inspektionsberichte); Empfehlung des Beauftragten vom 21.10.2010 (Islamistische Imame).

4.2.4. Agenda, Outlook-Kalender und Liste der Auslandsreisen

Frage: Wie soll ein Zugangsgesuch zu einer Liste der Auslandsreisen eines Direktors oder zu einer Kopie seiner Agenda ausgewertet werden?

Antwort: Entscheidend ist, ob es sich um amtliche Dokumente nach Artikel 5 BGÖ handelt, namentlich ob die Information die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft.

Liste der Auslandsreisen: Sofern ein solche Liste besteht oder eine solche sich aus aufgezeichneten Informationen durch einen einfachen elektronischen Vorgang herstellen lässt (Art. 5 Abs. 2 BGÖ), liegt ein amtliches Dokument gemäss Artikel 5 Absatz 1 BGÖ vor, welches unter dem Vorbehalt der Bestimmungen nach den Artikeln 7 und 8 BGÖ zugänglich ist.

Agenda: Agenden, wie der Outlook-Kalender, werden den Verwaltungsangestellten im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zur Verfügung gestellt. Damit erfüllt die Agenda die gesetzlichen Vorgaben eines amtlichen Dokuments gemäss Artikel 5 Absatz 1 BGÖ und ist mit Vorbehalt der Ausnahmebestimmungen nach den Artikeln 7 und 8 BGÖ zugänglich. Werden zusätzlich zu den arbeitsspezifischen Terminen auch private Termine in den Outlook-Kalender eingefügt, können diese als „Privat“ gekennzeichnet werden (Registertarte Termin/Gruppe Optionen/Privat).

4.3. Fragen 2013

4.3.1. Zugangsgesuche betreffend „künftige“ Dokumente

Frage: Ein Gesuchsteller verlangt Einsicht in Dokumente, welche erst in Zukunft anfallen oder erstellt werden. Wie ist ein solches auf die Zukunft gerichtetes Gesuch zu behandeln?

Antwort: Die Definition des Begriffes „amtliches Dokument“ geht aus Art. 5 Abs. 1 und 2 BGÖ hervor. Danach gilt als amtliches Dokument jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist (Abs. 1 Bst. a), sich im Besitz der Behörde befindet (Abs. 1 Bst. b) und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (Abs. 1 Bst. c). Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist bei jedem Zugangsgesuch zu prüfen. Dabei ist massgebend, ob das verlangte Dokument zum Zeitpunkt des Zugangsgesuches vorhanden bzw. ob aus aufgezeichneten Informationen durch einen einfachen elektronischen Vorgang ein amtliches Dokument erstellt werden kann. Bestehende Daten, die innert einer bestimmten Zeit gelöscht werden sollen, sind ab Eingang des Zugangsgesuches zu sichern. Daten, die nach dem Zeitpunkt des Zugangsgesuches erstellt werden, gelten als noch nicht erstellt und können nicht im Besitz einer Behörde sein. Sie gelten daher auch nicht als virtuelle Dokumente. Entstehen amtliche Dokumente nach Einreichung eines Zugangsgesuches, sind diese nicht mehr Gegenstand eines hängigen Schlichtungsverfahrens. Der Zugang zu diesen Dokumenten kann aber mit einem neuen Gesuch begehrt werden. Zudem regelt Art. 6 Abs. 2 BGÖ die Zugangsmodi abschliessend. Ein Recht auf Zugang im Abrufverfahren bzw. mittels Online-Verbindung besteht nicht. Demzufolge liegt bei einem Zugangsgesuch auf künftige Dokumente kein amtliches Dokument i. S. von Art. 5 BGÖ vor. Ein durchsetzbares Recht auf Zugang nach dem Öffentlichkeitsgesetz besteht folglich nicht (Abs. 1 Bst. b e contrario).

Verweise: Handkommentar BGÖ, Art. 5 Rz 11 ff.; Empfehlung des EDÖB vom 18.03.2013 (ENSI / Messdaten der Kamininstrumentierung des Kernkraftwerks Mühleberg).

4.3.2. Zugang zu einer Dokumentengruppe über mehrere Einzelgesuche desselben Gesuchstellers

Frage: Der Gesuchsteller oder mehrere Gesuchsteller verlangen mittels mehreren einzelnen Gesuchen Zugang zu verschiedenen amtlichen Dokumenten. Die Herausgabe eines Dokuments allein erfüllt keinen gesetzlichen Ausnahmegrund, aber die Gewährung des Zugangs zu allen amtlichen Dokumenten erfüllt den Ausnahmetatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ. Wie soll die Behörde solche Gesuche behandeln?

Antwort: Jedes Zugangsgesuch ist nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu bearbeiten. Die Summe aller Dokumente allein ist jedoch kein Ausnahmegrund nach BGÖ. Will die Behörde Ausnahmegründe geltend machen, muss sie diese nachvollziehbar darlegen. Durch die Offenlegung eines Dokumentes kann möglicherweise ein neuer Kontext entstehen, d.h. die Offenlegung einer konkreten Information eines Dokumentes kann Einfluss auf die Einschätzung in Bezug auf das Zugänglichmachen eines anderen Dokuments haben. Es muss jedoch jedes Dokument einzeln geprüft werden. Es bleibt letztlich in der Verantwortung der Behörde, wie sie Einschätzungen vornimmt. Sie muss darlegen, dass eine Beeinträchtigung bei der Offenlegung anzunehmen ist. Die Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten führt zur Umkehr der Beweislast. Zur Widerlegung dieser Vermutung muss die Behörde beweisen, dass die Ausnahmegründe gegeben sind.

Verweise: Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz. 4 ff.; zur Beweislast der Behörde siehe Entscheid BVGer A-4962/2012 vom 22.04.2013, E. 6.2.

5. Ausnahmebestimmungen, besondere Bestimmungen

5.1. Fragen 2006–2011

5.1.1. Schutz der verwaltungsinternen Entscheidungsprozesse

Frage: Kann die Verwaltung auch künftig ohne Druck Entscheide vorbereiten?

Antwort: Um zu verhindern, dass die Entscheidungsprozesse in der Verwaltung durch die vorzeitige Veröffentlichung relevanter Grundlagen erheblich beeinträchtigt würden, sieht das Gesetz mehrere Mechanismen vor:

- Dokumente dürfen erst dann zugänglich gemacht werden, wenn der Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, getroffen ist.
- Zusätzlich enthält das Gesetz eine Ausnahmeklausel, gestützt auf die der Zugang zu einem Dokument eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden kann, wenn durch die Gewährung des Zugangs die freie Meinungs- und Willensbildung einer Behörde oder anderer Organe (es kann sich dabei auch um Behörden und Organe eines Kantons handeln) wesentlich beeinträchtigt werden kann; dies kann auch dann der Fall sein, wenn der Entscheid bereits getroffen wurde für den ein Dokument die unmittelbare Grundlage darstellt.
- Dokumente des Mitberichtsverfahrens sind vom Recht auf Zugang ausgenommen (vgl. Ziff. 5.1.2: Mitberichtsverfahren).
- Für Dokumente des Ämterkonsultationsverfahrens kann der Bundesrat ausnahmsweise beschliessen, dass sie auch nach dem Entscheid nicht zugänglich sind (vgl. Ziff. 5.1.3 Ämterkonsultationsverfahren).

Verweise: Art. 7 Abs. 1 Bst. a und Art. 8 Abs. 1–3 BGÖ; BBl 2003 2007 ff., 2013 ff.; Leitfaden Gesuchsbeurteilung Ziff. 2.1.

5.1.2. Mitberichtsverfahren

Frage: Welche Dokumente sind Dokumente des Mitberichtsverfahrens, und damit nach Öffentlichkeitsgesetz nicht zugänglich?

Antwort: Das Mitberichtsverfahren wird von der Bundeskanzlei durchgeführt. Es wird eröffnet, wenn die BK den definitiven Antrag des federführenden Departements erhalten hat.

Der vom Departementschef oder der Departementschefin unterzeichnete Antrag an den Bundesrat ist nach den Regeln des Öffentlichkeitsgesetzes nicht zugänglich; er stellt bereits ein Dokument des Mitberichtsverfahrens dar. Nicht zugänglich sind ebenfalls die im Mitberichtsverfahren abgegebenen Stellungnahmen, auch die Repliken und Dupliken des federführenden Departements. Dies gilt auch für Entwürfe zu solchen Dokumenten, die beispielsweise von einem Amt ausgearbeitet und dem Departement im Rahmen des laufenden Mitberichtsverfahrens übermittelt werden.

Der Antrag, den das federführende Amt dem Departement übermittelt, ist indessen noch nicht Teil des Mitberichtsverfahrens, und damit grundsätzlich nach BGÖ zugänglich (vgl. Ziff. 4.2.1: Entwurf eines Antrags an den Bundesrat).

Verweise: Art. 8 Abs. 1 BGÖ; Art. 5 Abs. 1^{bis} und 2 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV, SR 172.010.1); BBl 2003 2014; Leitfaden Gesuchsbeurteilung Ziff. 2.1.; BGE 136 II 399.

5.1.3. Ämterkonsultationsverfahren

Frage: Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Verfahren kann der Bundesrat Dokumente des Ämterkonsultationsverfahrens vom Zugang ausnehmen?

Antwort: Will der Bundesrat Dokumente des Ämterkonsultationsverfahrens vom Zugang ausnehmen, muss er sich an den vom BGÖ vorgesehenen Ausnahmebestimmungen orientieren.

Der Beschluss über die Ausnahme von der Zugänglichkeit wird mit dem Beschluss zur Hauptsache gefasst und muss im Beschlussdispositiv vorgesehen sein.

Verweise: Art. 8 Abs. 3 BGÖ; BBl 2003 2014 f.

5.1.4. Zugänglichkeit von Evaluationsberichten

Frage: Welche Dokumente gelten als Evaluationsberichte, die auf jeden Fall zugänglich sind?

Antwort: Als Berichte über die Evaluation der Leistungsfähigkeit der Bundesverwaltung und die Wirksamkeit ihrer Massnahmen gelten diejenigen Berichte, die im Rahmen von Wirksamkeitsüberprüfungen erstellt wurden. Zu denken ist namentlich an Vollzugs-, Wirkungs- oder Wirtschaftlichkeitsanalysen, wie sie im Rahmen der Umsetzung von Artikel 170 BV erstellt werden.

Keine Evaluationsberichte in diesem Sinne sind insbesondere Dokumente über Evaluationen, die unmittelbar die Leistungen einzelner Personen betreffen oder Dokumente zur Evaluation von Produkten im Hinblick auf deren Beschaffung (z.B. Informatikprodukte oder Rüstungsgüter).

Verweise: Art. 8 Abs. 5 BGÖ; BBl 2003 2015;

http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/staat_und_buerger/evaluation.html.

5.2. Fragen 2013

5.2.1. Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis

Frage: Welche Elemente der Verträge bzw. allfälliger integrierender Bestandteile der Verträge können, falls begründbar, im Einzelfall als Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ eingeschwärzt werden (z.B. Firmenname, Personennamen von Mitarbeitenden des Vertragspartners, konkret zu erbringende Leistungen, Preise, Offerten usw.)?

Antwort: Ein Zugangsgesuch zu einem Vertrag ist nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu bearbeiten. Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ zufolge wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können. Nach der Botschaft darf das Öffentlichkeitsprinzip nicht dazu führen, dass solche Geheimnisse ausserhalb der Verwaltung stehender Dritter offenbart werden müssen. *Der Wettbewerb zwischen Marktteilnehmern darf durch das Öffentlichkeitsgesetz nicht verzerrt werden.* Da das Zugänglichmachen bestimmter Informationen nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung zwischen Marktteilnehmern führen darf, bezieht sich das Geschäftsgeheimnis nicht auf alle Geschäftsdaten, sondern nur auf wesentliche Daten, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken bzw. dazu führen würde, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen wird bzw. ein allgemeiner Wettbewerbsnachteil entsteht. Damit wird vorausgesetzt, dass die Betroffenen nicht die Einzigen im Markt sind und also eine Konkurrenzsituation besteht.

Fraglich ist nun, welche Unternehmensinformationen als Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis zu qualifizieren sind.

In der schweizerischen Gesetzgebung werden die Begriffe „Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis“ nicht definiert. Nach der bundesgerichtlichen *Rechtsprechung, welche sich im Wesentlichen anhand von Art. 162 StGB und Art. 6 UWG herausgebildet* hat, gelten „alle Tatsachen als Geheimnisse, die weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind, wobei der Geheimnisherr an ihnen ein berechtigtes Interesse haben muss und sie tatsächlich geheim halten will“. Damit eine Unternehmensinformation ein zu schützendes Geheimnis darstellt, sind vier kumulative Tatbestandsvoraussetzungen erforderlich:

- a) Es besteht eine Beziehung der Information zum Unternehmen.
- b) Die Information ist relativ unbekannt.
- c) Der Geheimnisherr hat einen Geheimhaltungswillen (subjektives Geheimhaltungsinteresse).
- d) Es liegt ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse vor (objektives Geheimhaltungsinteresse).

Ob in einem konkreten Einzelfall Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse in einem Dokument vorhanden sind, richtet sich nach den vorerwähnten Voraussetzungen. In der Praxis es dies allerdings regelmässig schwierig.

Ein Geheimnis muss, damit ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis vorliegt, entweder einen Fabrikationsvorgang oder eine geschäftlich relevante Information betreffen. Unter Fabrikationsgeheimnis ist im Wesentlichen technisches Wissen zu verstehen, also jede Kenntnis, die eine Anleitung zu technischem Handeln enthält (bspw. Fabrikationsanleitungen, Forschungsergebnisse, Herstellungsverfahren und –mittel etc.). Als Geschäftsgeheimnis kommen alle jene Tatsachen in Betracht, welche vornehmlich kaufmännisches Wissen betreffen, so etwa Absatzmöglichkeiten, Preis- und Rabattpolitik, Kalkulationen, Informationen zur allgemeinen Geschäftslage sowie künftige geschäftliche Absichten, Pläne zur Lancierung eines Produktes, Fehlschlag eines Projektes, Umsätze, Jahresrechnungen, Erfolgsrechnungen, Bilanzen, Kundenlisten, Bezugsquellen, Marktstrategien, Unterlagen zur Kreditwürdigkeit, geplante oder laufende Forschungsprojekte, bestimmte Informationen betreffend den Erwerb von Kulturgut durch eine Behörde sowie Informationen, die im Falle einer Veröffentlichung den Aktienkurs von Unternehmen wesentlich beeinflussen könnten.

Gemäss der obenerwähnten Rechtsprechung gelten Unternehmensinformationen als Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse, wenn folgende kumulative vier Voraussetzungen erfüllt sind:

- a) Es besteht eine Beziehung der Information zum Unternehmen. Der Schutz der Information bezieht sich nur auf Informationen, welche in einem Zusammenhang zu einem Unternehmen stehen. Dabei geht es um das Geheimhaltungsinteresse eines bestimmten Unternehmens. Das ist nicht mehr der Fall, wenn der Unternehmensbezug von vorneherein fehlt oder sich so gelockert hat, dass die betreffende Tatsache den allgemeinen Marktverhältnissen oder anderen Unternehmen zuzurechnen ist.
- b) Die Information ist relativ unbekannt. Das ist gegeben, wenn diese nur einem engen Personenkreis geläufig ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts geht der Geheimnischarakter einer Tatsache verloren, sobald sie offenkundig wird oder allgemein zugänglich ist. Im Einzelfall ist entscheidend, ob der Geheimnisherr den Kreis der Betroffenen unter Kontrolle hält.
- c) Es besteht eine Geheimhaltungswille des Geheimnisherrn. Der Wille zur Geheimhaltung muss durch den Geheimnisherrn ausdrücklich bekundet oder aus den Umständen durch konkludentes Verhalten erkenntlich gemacht werden. Er kann sich jedoch nur auf jene Tatsachen beziehen, die weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind.

- d) Die Behörde bejaht ein berechtigtes objektives Geheimhaltungsinteresse. Ein berechtigtes objektives Geheimhaltungsinteresse wird nur dann bejaht, wenn die geheim zu haltenden Informationen das Ergebnis wirtschaftlicher Vorgänge beeinflussen können. Geheim sind nur wesentliche Daten, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken bzw. dazu führen würden, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen wird. *Massgeblich ist daher die Wettbewerbsrelevanz der betreffenden Information.*

Die mit einem Zugangsgesuch betraute Behörde muss prüfen, ob *im konkreten Einzelfall Unternehmensinformationen als Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse gelten*. Der pauschale Hinweis der Unternehmen auf das Vorliegen solcher Geheimnisse genügt nicht. Es ist empfehlenswert, dass die Behörde mit dem Unternehmen in Kontakt tritt und dieses auffordert, in den nachgefragten Dokumenten die Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse zu bezeichnen, auch wenn für eine solche Kennzeichnung eine entsprechende Rechtspflicht im Öffentlichkeitsgesetz fehlt. Mit dieser Kennzeichnung der Geheimnisse wird indes nicht nur der Geheimhaltungswille des betroffenen Unternehmens dokumentiert, sondern ermöglicht ihm auch seine Sicht darzulegen. Die Behörde kann in der Regel zwar davon ausgehen, dass die gekennzeichneten Informationen Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse sind. Sie darf sich aber nicht auf die Angaben des Unternehmens verlassen, sondern muss vielmehr eigenständig feststellen, ob ein berechtigtes Interesse des Unternehmens am Geheimnisschutz besteht. Analog der Stellungnahme nach Art. 11 Abs. 2 BGÖ muss sie dem angehörten Unternehmen ihre eigene Einschätzung zu den vom Unternehmen bezeichneten Geschäftsgeheimnissen darlegen. Es kann daher durchaus sein, dass diese sich von jener des angehörten Unternehmens unterscheidet. Daraus ergibt sich, dass die Behörde weder in ihrer Stellungnahme an den Gesuchsteller und Angehörten noch in jener an den EDÖB sich darauf beschränken darf, bloss auf die Stellungnahme des angehörten Unternehmens zu verweisen.

Betreffend die Personendaten gilt Art. 9 BGÖ.

Verweise: BBl 2003 1963 2011 f.; BGE 80 IV 22 E. 2. a; 103 IV 283 E. 2. b; 109 Ib 47 E. 5. c; 118 Ib 547 E. 5; BSK-StGB II – Amstutz/Reinert, Art.162 N 11 f; Baudenbacher/Glöckner, in: Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2001, Art. 6 N 6 ff., 16 ff., 32, 24 ff.; BSK-StGB II - Amstutz/Reinert, Art.162 N 12; BGE 80 IV 22; 88 II 319; ausführlich dazu BSK-StGB II; Mabillard, in: Jung / Spitz (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010, Art. 6 N 9 ff., 12, 15, 16; Ritz, Die Geheimhaltung im Schiedsverfahren nach schweizerischem Recht, 2007, S. 45 f.; BGE 109 Ib 47 E. 5. c; Handkommentar BGÖ, Art. 7, RZ 4; Klöpfer, Informationsfreiheitsgesetz und Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Berlin 2011, S. 14 ff.

Empfehlung des EDÖB vom 6.7.2011 (SECO/Vollzugskostenbeiträge PLK); Empfehlung des EDÖB vom 5.8.2011 (BLW/Controlling-Formulare Milchmengen; Empfehlung des EDÖB vom 16.5.2011 (OFEV/Rapports d'analyse des carburants); Empfehlung des EDÖB vom 19.6.2012 (BAG/Liste Acrylamidmessungen); Empfehlung des EDÖB vom 25.6. 2012 (BAG/Protokoll-Beilagen Eidgenössische Arzneimittelkommission (sog. Résumés); Empfehlung des EDÖB vom 16.7.2012 (ETH/Vertragsdokumente); Empfehlung des EDÖB vom 9.8.2012 (BWO/Verkauf SWAG); Empfehlung des EDÖB vom 4.12.2012 (Swissmedic/Überprüfung der Rechtmässigkeit von Medizinalprodukten).

5.2.2. Vertraulichkeitsklausel in Verträgen

Frage: Wie wäre vorzugehen, falls ein Vertragspartner zu einem Vertragsabschluss nur unter der Voraussetzung bereit wäre, dass seine Anonymität gewahrt wird?

Antwort: Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund eine Privatperson mit dem Staat nur anonym Verträge schliessen will. Damit die Ausnahmeklausel der Vertraulichkeit von Informationen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ ihre Wirkung entfalten kann, müssten *drei Bedingungen kumulativ* erfüllt sein:

- a) Die Information wurde der Behörde von einer Privatperson und nicht von einer Behörde mitgeteilt;
- b) die Mitteilung war freiwillig und geschah nicht aufgrund einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht;
- c) die Verwaltung hat sich verpflichtet, die Vertraulichkeit der Information zu wahren.

Dabei müssen sowohl die Zusicherung der Geheimhaltung der Information ausdrücklich verlangt und ebenso ausdrücklich zugesichert worden sein. Dem Begehren des Ersuchenden ist nicht leichthin stattzugeben, selbst wenn die Behörde damit möglicherweise auf die angebotene Information verzichten muss. Eine grosszügige Auslegung würde ansonsten den Zweck des Öffentlichkeitsprinzips unterlaufen.

Bei Verträgen zwischen dem Staat und Privaten fehlt bereits eine der verlangten Voraussetzungen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ, nämlich die freiwillig mitgeteilte Information.

Für diese Verträge gelten jedoch auch die übrigen Ausnahmebestimmungen des BGÖ. Liegt kein Ausnahmegrund nach Art. 7 und 8 BGÖ vor, ist nach Art. 9 BGÖ vorzugehen (siehe Ziff. 3.1.3: Dokumente, die Personendaten enthalten).

Verweise: Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz. 47; BBl 2003 2012; Bundesamt für Justiz: „Leitfaden Gesuchsbeurteilung vom 7. August 2013, S.8.

5.2.3. Schutz der persönlichen Daten der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einer Behörde

Frage: Müssen die persönlichen Daten der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters, die oder der ein amtliches Dokument erstellt hat, anonymisiert werden, bevor das Dokument öffentlich zugänglich ist?

Antwort: Wenn es darum geht, offenzulegen, wer in welcher amtlichen Funktion wie gehandelt oder welche Auffassung eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter einer Behörde in ihrer oder seiner amtlichen Funktion – oder eine andere Personen, die in einer amtlichen Funktion tätig ist – vertreten hat, sind persönliche Daten zu diesen Personen soweit zugänglich (insb. Namen und Funktionsbezeichnungen). Diese Personen sind in diesem Fall nicht gleichzusetzen mit privaten "Dritten". Ihr Schutzanspruch muss in diesem Fall vor dem Transparenzanspruch zurücktreten.

Wenn die Zugänglichmachung für die betroffenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einer Behörde konkrete nachteilige Folgen hätte oder mit grosser Wahrscheinlichkeit haben könnte, so ist darauf zu verzichten. Grundsätzlich gilt der Vorrang des Schutzes von Personendaten indessen auch für die Personendaten von Mitarbeitenden der dem Gesetz unterstellten Behörden. So liegt z.B. auf der Hand, dass Personaldossiers von Bundesangestellten in der Regel nicht zugänglich sind.

Der Gesetzgeber wollte aber das Vertrauen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die vor Inkrafttreten des BGÖ Dokumente erstellten und davon ausgehen konnten, dass diese Dokumente vertraulich waren und vertraulich bleiben, honorieren und erliess deshalb eine Übergangsbestimmung (Art. 23 BGÖ). Sobald das Öffentlichkeitsgesetz in Kraft war, wussten die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, dass die von ihnen neu erstellten Dokumente nach diesem Gesetz zugänglich sind, es sei denn, es bestünden Ausnahmebestimmungen. Sie sind nicht mehr durch die Übergangsbestimmung geschützt.

Verweise: Entscheid des BVGer A-4962/2012 vom 22.04.2013; Empfehlung des EDÖB vom 16.08.2012 (BSV/AHV/IV Sitzungsprotokolle; Empfehlung des EDÖB vom 19.09.2012 (ESTV/Cockpits und Amtsreportings; Entscheid des A-2165/2009 vom 19.10.2009; Handkommentar BGÖ Art. 23 Rz. 3; Empfehlung des EDÖB vom 22. 2.2012: Bundesanwaltschaft / Arbeitsvertrag als Bundesanwalt.

6. Bearbeitung der Zugangsgesuche

6.1. Fragen 2006–2011

6.1.1. Gesuch

Frage: Wann muss eine Anfrage als Zugangsgesuch im Sinne des BGÖ gelten?

Antwort: Zugangsgesuche nach dem Öffentlichkeitsgesetz sind alle Anfragen, die sich auf ein oder mehrere Dokumente im Sinne des BGÖ beziehen. *Keine* Zugangsgesuche nach Öffentlichkeitsgesetz sind namentlich Anfragen, die:

- allgemeine Auskünfte verlangen (z.B. über den Stand eines Projekts, über die Zuständigkeit einer Behörde für eine bestimmte Materie);
- Einsicht in Informationen bzw. die Herausgabe von Informationen verlangen, die sich nach spezialgesetzlichen Grundlagen richten (z.B. Registerauszüge, Akteneinsichtsgesuche der Parteien in Verfahren, Gesuche um Einsicht in die eigenen Daten der Gesuchstellerin oder des Gesuchstellers);
- sich auf Rechtsauskünfte beziehen.

Verweise: Art. 3, 4 und 5 BGÖ; BBl 2003 1989 ff.

6.1.2. Form und Inhalt des Gesuchs

Frage: In welcher Form muss das Gesuch gestellt werden und welche Angaben muss es umfassen?

Antwort: Das Gesuch muss hinreichend genau formuliert sein, d.h. es muss genügend Angaben enthalten, um die Identifizierung des gewünschten Dokuments oder der gewünschten Dokumente zu ermöglichen. Die Behörde kann dagegen nicht verlangen, dass die gesuchstellende Person ihr Gesuch begründet bzw. angibt, welche Absichten sie mit dem Gesuch verfolgt.

Die Gesuchstellenden sollen den Behörden die Identifizierung des gewünschten Dokuments ermöglichen, indem sie allgemein zugängliche Daten des Dokuments (z.B. 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.

Der Genauigkeitsgrad, der verlangt werden kann, hängt somit namentlich von den Mitteln ab, die den Gesuchstellenden für die Ausformulierung ihres Gesuchs zur Verfügung stehen, z.B. Informationen über die Aufgabenbereiche, Dossiers und Geschäfte, welche die Behörde im Internet publiziert.

Die Behörde muss ihrerseits die Gesuchstellenden unterstützen, das Gesuch genauer zu formulieren, soweit dies für sie ohne Weiteres möglich und zumutbar ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie nur wenige Angaben über verfügbare amtliche Dokumente allgemein zugänglich gemacht hat.

Verweise: Art. 10 Abs. 3 BGÖ; Art. 7 und 17 ff. VBGÖ; BBl 2003 2019 ff.; Empfehlung des Beauftragten vom 3.04.2009 (ESTV/Cockpits und Amtsreportings).

6.1.3. Missbräuchliche Gesuche

Frage: Welche Mechanismen sind vorgesehen, um zu verhindern, dass das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten missbraucht wird, um das gute Funktionieren einer Behörde zu stören?

Antwort: Das Gesetz sieht keine besondere Regelung für missbräuchliche Gesuche vor; es entspricht einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass der Missbrauch eines Rechts keinen Schutz findet. Da jede Person ohne weitere Voraussetzungen ein Zugangsgesuch stellen kann, ist es ohnehin kaum möglich – und auch kaum sinnvoll – zu definieren, wann ein Missbrauch vorliegt.

Das Gesetz sieht indessen Mechanismen vor, die verhindern dürften, dass Gesuche nur deshalb gestellt werden, um die Arbeit der Behörde zu behindern. So können für Gesuche, deren Bearbeitung einen substanziellen Aufwand verursacht, Gebühren erhoben werden. Die Verordnung sieht zudem vor, dass, die gesuchstellende Person ihr Gesuch ausdrücklich bestätigen muss, wenn die Gebühren voraussichtlich CHF 100. – übersteigen.

Wenn die Bearbeitung eines Gesuchs einen Aufwand verursacht, der mit den verfügbaren Ressourcen nicht bewältigt werden kann, ohne dass die Erfüllung anderer Aufgaben wesentlich beeinträchtigt würde, so kann die Frist erstreckt werden. Mit den "verfügbaren Ressourcen" ist dabei in erster Linie das Personal angesprochen, welches im fraglichen Sachbereich zuständig ist und über die für die Bearbeitung des Gesuchs erforderliche Sachkompetenz verfügt.

Verweise: Art. 10 Abs. 4 Bst. c BGÖ; Art. 10 VBGÖ; BBl 2003 2017, 2021.

6.1.4. Massengesuche

Frage: Wie kann eine Behörde vorgehen, wenn Sie eine Vielzahl von Zugangsgesuchen zu denselben Dokumenten erhält, z.B. im Rahmen einer konzertierten Aktion?

Antwort: Geht es in einem solchen Fall um Dokumente, die zugänglich gemacht werden können, so kann die Behörde die betreffenden Dokumente ganz einfach im Internet oder in einem amtlichen Organ publizieren. Damit sind die Ansprüche nach dem Öffentlichkeitsgesetz erfüllt.

Ist die aktive Publikation der fraglichen Unterlagen nicht oder nur teilweise möglich, so sieht das Verwaltungsverfahrensinstrumente vor, die im Falle von Massenverfahren zur Anwendung gelangen können. An erster Stelle ist hier die Zusammenlegung von Verfahren zu nennen. Wenn mehr als 20 Parteien an einem Verfahren teilnehmen, besteht die Möglichkeit eine Vertretung zu verlangen bzw. zu bestimmen. Zudem gelten besondere Regelungen für die Eröffnung von Verfügungen.

Verweise: Art. 10 Abs. 4 Bst. b BGÖ; Art. 11a und 36 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG, SR 172.021); BBl 2003 2017, 2021.

6.1.5. Teilweiser Zugang

Frage: Wann und in welchem Umfang ist gegebenenfalls ein teilweiser Zugang zu gewähren?

Antwort: Wenn nur einzelne Teile eines amtlichen Dokuments unter eine Ausnahmebestimmung des Gesetzes fallen, darf der Zugang nicht gänzlich verweigert werden. Jede Beschränkung des Rechts auf Zugang muss verhältnismässig sein, d.h. sie darf nur so weit gehen, als tatsächlich ein öffentliches oder privates Interesse gefährdet wäre oder werden könnte, wenn die betreffenden Informationen öffentlich gemacht würden.

Der Zugang darf indessen grundsätzlich nicht auf einen bestimmten Adressatenkreis eingeschränkt werden, sondern nur auf Teile eines Dokuments.

Der Zugang kann dann gänzlich verweigert werden, wenn der nach Entfernung der sensiblen Passagen oder Teile verbleibenden Rest eines Dokuments keinerlei Sinn mehr ergeben würde (vgl. Ziff. 6.2.3: Vollständiges Einschwärzen).

Verweise: Art. 7 Abs. 1 BGÖ; BBl 2003 2005 ff.

6.1.6. Einsichtnahme

Frage: Können die Gesuchstellenden frei wählen, wie und wo sie Einsicht nehmen wollen?

Antwort: Die Gesuchstellenden haben die Wahl, die gewünschten amtlichen Dokumente entweder vor Ort einzusehen oder Kopien dieser Dokumente anzufordern, es sei denn das Dokument würde durch den Kopiervorgang beeinträchtigt oder beschädigt.

Die Einsichtnahme in die Dokumente erfolgt bei der Behörde, die für die Bearbeitung des Zugangsgesuchs zuständig ist.

Die Gesuchstellenden können grundsätzlich wählen, ob sie eine Papierkopie, eine elektronische Kopie eines Dokuments oder eine Kopie in anderer Form (wenn es sich beim verlangten amtlichen Dokument z.B. um ein Tonband handelt) erhalten möchten. Die Gesuchstellenden können auch Dokumente bei einer Einsichtnahme vor Ort selbst kopieren (zulässig ist z.B. auch das Fotografieren mit eigener Digitalkamera).

Verweise: Art. 6 Abs. 2 BGÖ; Art. 4 und 5 VBGÖ; BBl 2003 2002 f.

6.2. Fragen 2012

6.2.1. Bearbeitung von umfangreichen Gesuchen

Frage: Wie sollen umfangreiche Gesuche behandelt werden?

Antwort: Wenn die Behörde ein Gesuch erhält, in welchem eine grosse Anzahl an Dokumenten verlangt wird, empfiehlt es sich mit dem Zugangsgesuchsteller in Kontakt zu treten. Ein Gesuch, das durch seinen allgemeinen Charakter die Verwaltung dazu zwingt, längere Nachforschungen zu betreiben, ist nicht an sich schon missbräuchlich. Das direkte Gespräch ermöglicht es der Behörde und der gesuchstellenden Person, allenfalls das Gesuch zu präzisieren und die Anzahl der Dokumente einzuschränken: Die Behörde kann von der gesuchstellenden Person einerseits verlangen, dass sie ihr Zugangsgesuch präzisiert (Art. 7 Abs. 3 VBGÖ). Andererseits ist sie aber auch verpflichtet, ihr Auskunft über die verfügbaren amtlichen Dokumente zu geben und sie bei seinem Vorgehen zu unterstützen (Art. 3 Abs. 1 VBGÖ). Dies bedeutet, dass sie ihr beispielsweise einen Auszug aus ihrem Dokumentenmanagementsystem oder – sofern kein solches vorhanden ist – eine Liste mit den vorhandenen Do-

kumenten zukommen lassen muss. Dies gibt der gesuchstellenden Person die Möglichkeit, ihr Gesuch zu präzisieren und dessen Ausmass besser einschätzen zu können.

Macht die gesuchstellende Person nicht innert 10 Tagen die für die Identifizierung der verlangten Dokumente zusätzlich erforderlichen Angaben, so gilt das Gesuch als zurückgezogen (Art. 7 Abs. 4 VBGÖ).

Sofern die Erstellung einer Dokumentenliste einen besonderen Aufwand mit sich bringt, kann sie gestützt auf Artikel 12 Absatz 2 BGÖ bzw. Artikel 10 Absatz 4 Buchstabe c BGÖ i.A. Artikel 10 VBGÖ eine Fristverlängerung für die Bearbeitung des Gesuches ausbedingen.

Verweise: Empfehlung des Beauftragten vom 3.04.2009 (EStV/Cockpits und Amtsreportings); Entscheidung BVGer A-3631/2009 vom 15.09.2009; Handkommentar BGÖ, Art. 10 Rz. 30 ff.; BBI 2003 2020.

6.2.2. Richtlinien für das Einschwärzen von Dokumenten

Frage: Gibt es konkrete Richtlinien für das Einschwärzen von Dokumenten?

Antwort: Das BGÖ und auch die Botschaft enthalten keine klaren Vorgaben, wie Anonymisierungen oder Abdeckungen (wie Einschwärzungen/Einweissungen) von Textpassagen vorgenommen werden müssen. Es entspricht dem Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsgesetzes, wenn für die gesuchstellende Person ersichtlich ist, welche Textpassagen genau in einem Dokument von der Behörde anonymisiert oder abgedeckt worden sind. Eine Anonymisierung oder Abdeckung von bestimmten Textpassagen muss daher in einer Art und Weise erfolgen, dass für ersichtlich ist, welche Teile des Dokumentes so bearbeitet wurden. Dies kann einerseits durch Einschwärzen oder durch eine andere Kennzeichnung erfolgen (z.B. durch Auslassungszeichen [...]). Ein Einweissen eines Textes hat den Nachteil, dass nicht in jedem Fall nachvollzogen werden kann, welche Teile und in welchem Umfang Textpassagen abgedeckt worden sind. Aus diesem Grund sollte auf das Einweissen von Texten grundsätzlich verzichtet werden. Anders verhält es sich, wenn die Behörde die eingeweissenen Stellen zusätzlich kennzeichnet.

Verweise: Handkommentar BGÖ, Art. 6 Rz. 31 ff., Art. 9 Rz. 30 ff.; Empfehlung des Beauftragten vom 28.07.2008 (EDA/Projektunterlagen DEZA).

6.2.3. Vollständiges Einschwärzen

Frage: Inwieweit ist der Zugang zu Sitzungsprotokollen zu gewähren, die mit einem Thema zusammenhängen, über das der Entscheid noch nicht gefallen ist, oder die Geschäftsgeheimnisse beinhalten. Soll er verweigert werden oder sind die grössten Teile der Protokolle abzudecken?

Antwort: Das BGÖ sieht drei Arten der Zugangseinschränkung vor: Die Behörde kann den Zugang nicht nur verweigern, sondern diesen auch einschränken oder aufschieben. Im konkreten Fall muss dabei das Verhältnismässigkeitsprinzip berücksichtigt werden. Der Zugang darf also nicht allein deshalb verweigert werden, weil das Dokument einzelne geheime Informationen enthält. In diesem Fall muss ein eingeschränkter Zugang gewährt werden (vgl. Ziff. 6.1.5: Teilweiser Zugang).

Der Zugang zu Dokumenten, welche die Grundlage für einen politischen oder administrativen Entscheid bilden, kann gemäss Artikel 8 Absatz 2 BGÖ aufgeschoben werden. Da fast jedes Dokument die Grundlage eines solchen Entscheides ist, könnte eine weite Auslegung des Artikel 8 Absatz 2 BGÖ das Öffentlichkeitsgesetz aushebeln. Daher ist ein direkter und unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Dokument und dem jeweiligen konkreten politi-

schen oder administrativen Entscheid erforderlich. Das Dokument muss zudem für diesen Entscheid von beträchtlichem materiellem Gewicht sein.

Die freie Meinungs- und Willensbildung der Behörde wird auch nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a BGÖ geschützt. Im Gegensatz zu den übrigen Ausnahmebestimmungen nach Artikel 7 Absatz 1 BGÖ ist jedoch in diesem Fall für die Beschränkung des Zugangs das Risiko einer wesentlichen Beeinträchtigung nachzuweisen.

Dokumente können nur ausnahmsweise integral als Geschäftsgeheimnis erklärt werden). In der Regel sind die entsprechenden Textpassagen im Einzelnen immer abzudecken (vgl. Ziff. 5.2.1: Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse).

Verweise: Handkommentar BGÖ, Art. 8 Rz. 30, Art. 7 Rz. 15 und Rz. 43 f.; Empfehlung des Beauftragten vom 6.07.2011 (SECO/Vollzugskostenbeiträge PLK).

6.2.4. Statistiken zur Umsetzung des Öffentlichkeitsgesetzes

Frage: Wie sollten Anfragen gemäss BGÖ und reine Presseanfragen statistisch korrekt erfasst werden?

Antwort: Das Öffentlichkeitsgesetz verleiht jeder Person ein subjektives Zugangsrecht. Wenn ein Journalist Zugang zu einem amtlichen Dokument verlangt, ist daher das Verfahren nach Öffentlichkeitsgesetz zu beachten und damit auch die Vorgaben für die korrekte Erfassung der gemäss Artikel 21 VBGÖ verlangten Informationen. Es liegt in der Kompetenz der Behörde, wie sie die Statistik in Berücksichtigung des BGÖ möglichst rationell organisiert. Reine Presseanfragen, d.h. Anfragen, die nicht den Zugang zu einem amtlichen Dokument verlangen, unterliegen nicht dem BGÖ.

Verweise: Erläuterungen VBGÖ Ziff. 8.

7. Verfahren

7.1. Fragen 2006–2011

7.1.1. Rechtsnatur der Stellungnahme der Behörde

Frage: Welche Rechtsnatur hat die Stellungnahme der Behörde und welche Formvorschriften gelten?

Antwort: Die Stellungnahme der Behörde kann darin bestehen, dass der Zugang gewährt wird (durch Zustellen einer Kopie oder durch Einsichtnahme vor Ort). Wird der Zugang beschränkt, aufgeschoben oder verweigert, so ist dies der gesuchstellenden Person schriftlich mitzuteilen.

Es handelt sich bei der Stellungnahme in Form der Mitteilung einer Zugangsbeschränkung aber nicht um eine Verfügung; eine solche wird erst im nachfolgenden Verfahren gegebenenfalls erlassen. Für die Mitteilung genügt daher ein einfacher Brief bzw. ein Standardformular.

Verweise: Art. 12 BGÖ; BBl 2003 2022.

7.1.2. Zugang zu Dokumenten im Schlichtungs- und Beschwerdeverfahren

Frage: Kann die gesuchstellende Person im Schlichtungs- und Beschwerdeverfahren gestützt auf ihr Recht auf Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren Zugang zu den Dokumenten verlangen, deren Herausgabe strittig ist?

Antwort: Das Akteneinsichtsrecht der Parteien im Verwaltungsverfahren kann sich nicht auf diejenigen Dokumente beziehen, deren Zugänglichkeit gerade der Gegenstand des Verfahrens ist. Der Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte sowie die Beschwerdeinstanzen müssen also Massnahmen treffen, die sicherstellen, dass die gesuchstellende Person oder ihre Rechtsvertretung im Rahmen des Schlichtungs- und Beschwerdeverfahrens keine Einsicht in diese Dokumente nehmen können, deren Zugänglichkeit strittig ist.

Geht es um besonders heikle Informationen (z.B. um klassifizierte Dokumente), so ist denkbar, dass die Schlichtungs- oder Beschwerdeinstanz vor Ort Einsicht in die fraglichen Dokumente nimmt, sodass die fraglichen Dokumente überhaupt nicht Teil der Verfahrensakten werden. Eine Einsichtnahme in die Dokumente wird indessen nicht immer erforderlich sein. Im Allgemeinen wird die Frage der Zugänglichkeit besonders heikler Informationen schon aufgrund der Natur dieser Informationen bzw. der betroffenen Kategorien von Dokumenten beurteilt werden können.

7.1.3. Behördenbeschwerde

Frage: Kann eine Behörde, die den Zugang zu amtlichen Dokumenten beschränkt oder verweigert, Beschwerde vor Bundesgericht führen, wenn das Bundesverwaltungsgericht ihre Verfügung nicht schützt?

Antwort: Weder das Öffentlichkeitsgesetz noch die Öffentlichkeitsverordnung sehen eine besondere Behördenbeschwerde vor. Ein Amt – oder eine andere nachgeordnete Verwaltungseinheit – kann daher keine Beschwerde beim Bundesgericht gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts führen. Es könnte einzig das Interesse an der richtigen Auslegung des Bundesrechts geltend machen, was nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts keine ausreichende Legitimation darstellt. Das im betreffenden Sachbereich zuständige Departement dagegen kann Beschwerde führen, ohne weitere Anforderungen erfüllen zu müssen.

Verweise: Art. 89 Abs. 2 Bst. a Bundesgerichtsgesetz (BGG; SR 173.110).

7.2. Fragen 2012

7.2.1. Rechte betroffener Dritter in einem Zugangsverfahren

Frage: Welches sind die Rechte der betroffenen Dritten (z.B. Verfügungsadressaten oder Verfasser von Schreiben an die Verwaltung) in einem Zugangsverfahren?

Antwort: Bis zur Eröffnung eines Verfahrens auf Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 1 und 2 BGÖ) richten sich die Verfahrensrechte Dritter insbesondere nach den Artikeln 11 und 13 Absatz 1 Buchstabe c BGÖ. Für das weitere Verfahren gilt das Verwaltungsverfahrensgesetz (Art. 1 Abs. 1 VwVG und Art. 16 Abs. 1 BGÖ). Wegen Artikel 48 Absatz 1 Buchstabe a VwVG und des Grundsatzes der Einheit des Verfahrens muss der Parteibegriff des VwVG schon bei der Anwendung der Artikel 10–14 BGÖ beachtet werden.

Verweise: Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VVwVG; SR 172.021); Entscheid BVGer A-4356/2010 vom 25.01.2011; Entscheid BGer 2C_234/2011 vom 23.08.2011.

7.2.2. Parteistellung der betroffenen Dritten

Frage: „Parteistellung“ der verschiedenen Involvierten im Stadium des Erlasses einer Verfügung und im Rechtsmittelverfahren (z.B. Stellung der gesuchstellenden Person, wenn einzig der gemäss Art. 11 BGÖ angehörte Dritte den Erlass einer Verfügung verlangt).

Antwort: Kommt es zu einem Schlichtungsverfahren (Art. 13 BGÖ) sowie allenfalls zu einem Verfahren auf Erlass einer Verfügung (Art. 15 BGÖ), so sind in diesen Verfahren die gesuchstellende Person und die nach Artikel 11 BGÖ anzuhörenden Dritten Partei. Im Schlichtungsverfahren hat ausserdem die Behörde (Art. 10 Abs. 1 BGÖ) Parteistellung. Die Dritten können durch entsprechende Erklärung auf die Teilnahme am Verfahren verzichten, was allerdings den Verlust des Beschwerderechts zur Folge hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG). Hält die gesuchstellende Person ihr Begehren nicht aufrecht, so ist das Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben. Sollten sich mehr als 20 Parteien mit gleichen Interessen am Verfahren beteiligen, könnte eine gemeinsame Vertretung verlangt werden (Art. 11a VwVG).

Im Verfahren auf Erlass einer Verfügung sind alle Parteien anzuhören, auch jene, die keine Verfügung verlangt haben. Ausgenommen sind Parteien, die bereits im Schlichtungsverfahren auf die Teilnahme verzichtet haben.

Für die Parteistellung im Beschwerdeverfahren gelten die üblichen Regeln (Art. 6 und 48 VwVG; Art. 89 BGG).

Verweise: Entscheid BVGer A-4356/2010 vom 25.01.2011, E. 5.1; Marino Leber, Parteistellung im Verwaltungsverfahren, in: Isabelle Häner / Bernhard Waldmann [Hrsg.], Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, S.17 ff.

7.2.3. Rechte betroffener Dritter im Schlichtungs- und im Beschwerdeverfahren

Frage: Wie sind die Beteiligungsrechte betroffener Dritter in diesen Verfahren zu gewährleisten, damit einerseits die Dritten ihrer Rechte durch einen zu späten Einbezug nicht verlustig gehen und andererseits das Verfahren nicht übermässig verzögert wird?

Antwort: Die im betreffenden Verfahrensstadium mit der Verfahrensleitung betraute Behörde hat dafür zu sorgen, dass die Parteirechte, insbesondere das Recht auf Anhörung (Art. 31 bzw. 57 Abs. 1 VwVG), gewahrt werden. Parteien, deren Begehren die verfügende Behörde voll entsprechen will, müssen nicht angehört werden (Art. 30 Abs. 2 Bst. c VwVG). In Anbetracht der gesetzlichen Bearbeitungsfristen müssen den Parteien kurze Fristen gesetzt werden. Bei Verfahren mit mehreren Beteiligten wird die Einhaltung der Bearbeitungsfrist nach Artikel 15 Absatz 3 BGÖ aber nicht immer möglich sein. Davon geht wohl auch Artikel 12 Absatz 2 BGÖ aus.

7.2.4. Anhörung betroffener Dritter

Frage: Ist es korrekt, auf die Anhörung des Dritten zu verzichten, wenn eine Verfügung ein nicht anonymisierbares Personendatum enthält?

Antwort: Die Behörde kann auf die Anhörung von Personen, deren Personendaten in den fraglichen amtlichen Dokumenten enthalten sind, dann verzichten, wenn eine summarische Prüfung der Rechtslage ergibt, dass eine Gewährung des Zugangs nicht in Betracht kommt, auch nicht unter Berücksichtigung von Artikel 9 Absatz 2 BGÖ (Umkehrschluss aus Art. 11 Abs. 1 BGÖ). Erscheint es umgekehrt offenkundig, dass nach Artikel 9 Absatz 2 BGÖ in Verbindung mit Artikel 19 DSG Personendaten auch ohne Zustimmung der betroffenen Per-

son bekannt gegeben dürfen, so erlaubt dies nicht einen Verzicht auf die Anhörung dieser Person. Es muss ihr die Möglichkeit gegeben werden, die provisorische Würdigung der Behörde zu bestreiten.

Stellt sich aufgrund eines Schlichtungsantrags des Gesuchstellers oder der Gesuchstellerin heraus, dass eine Gewährung des Zugangs in Betracht kommt, so kann der EDÖB die Behörde auffordern, eine bisher unterlassene Anhörung nach Artikel 11 Absatz 1 BGÖ nachzuholen. Diese Kompetenz kann einerseits auf Artikel 12b Absatz 1 VBGÖ gestützt werden, andererseits auf die Überlegung, dass es nicht dem Sinn des gesetzlich festgelegten Verfahrensablaufs entsprechen würde, wenn sich betroffene Dritte erst an der Schlichtungsverhandlung äussern könnten.

7.2.5. Akteneinsicht

Frage: Wie ist das Akteneinsichtsrecht in Vorakten im Verfahren vor der Rechtsmittelinstanz durch Verfahrensbeteiligte?

Antwort: Die Parteien haben – unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen – Anspruch auf Akteneinsicht (Art. 26–28, 57 Abs. 1 VwVG). Das Einsichtsrecht erstreckt sich auch auf die Akten der Vorinstanzen (Vorakten). Zur Einsicht in die Akten, auf die sich das umstrittene Zugangsgesuch bezieht, vgl. Ziff. 7.1.2.

7.2.6. Ausserparlamentarische Kommissionen und Entscheidkompetenz

Frage: Welches sind bezüglich der ausserparlamentarischen Kommissionen die für die Bearbeitung konkreter Gesuche zu Kommissionsdokumenten zuständigen Behörden (Kommissionen, Ämter)?

Antwort: Verwaltungskommissionen sind ausserparlamentarische Kommissionen, die beratende oder vorbereitende Funktionen haben. Sie sind administrativ einem Departement zugeordnet. Sie sind Teil der dezentralen Bundesverwaltung und fallen unter den Geltungsbereich des BGÖ (vgl. Ziff. 2.1.4: Geltung für ausserparlamentarische Kommissionen).

Eine ausserparlamentarische Kommission kann ohne formellgesetzliche Grundlage über keine Entscheidkompetenz verfügen. Da das BGÖ selbst keine Entscheidkompetenz an spezifische Organe erteilt, muss die Verfügung also von einer anderen Behörde erlassen werden. Die einzige Behörde, die in Frage kommt, ist die Aufsichtsbehörde. Auch wenn das Departement, dem die Kommission zugeordnet ist, sicherstellen muss, dass diese ihre Aufgaben unabhängig erfüllen kann, ist es dennoch zuständig für die administrative Aufsicht über die Kommission. Die Behörde, die die administrative Aufsicht ausübt, ist deshalb auch subsidiär zuständig für den Erlass einer Verfügung, wenn das Organ, das sie beaufsichtigt, selbst keine Entscheidkompetenz hat.

Deshalb ist es Sache des Departements bzw. des Amts, dem eine Verwaltungskommission zugeordnet ist, eine Verfügung gemäss Artikel 15 BGÖ zu erlassen.

Verweise: Art. 57a Abs. 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG, SR 172.010) und Art. 8a der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV, SR 172.010.1); Entscheide BVerger A-1135/2011 vom 7.12.2011 und A-3192/2010 vom 17.06.2011.

7.3. Fragen 2013

7.3.1. Die für die Stellungnahme zuständige Behörde

Frage: Darf eine Behörde A. einen Gesuchsteller für Dokumente, die nicht von ihr selbst verfasst wurden, sondern ihr lediglich als Hauptadressatin zugestellt wurden an die Behörde B. (als Autorin) weiterverweisen, sofern Behörde B. ebenfalls dem BGÖ untersteht? Wie ist vorzugehen, wenn die Behörde A. die Dokumente der Behörde B. überarbeitet und dadurch zumindest partiell Mitautorin wird?

Antwort: Nach Artikel 10 BGÖ ist das Gesuch um Zugang zu amtlichen Dokumenten an die Behörde zu richten:

- die das Dokument erstellt hat; oder
- die das Dokument von Dritten, die nicht dem BGÖ unterstehen, als Hauptadressatin erhalten hat.

Wird ein Dokument von einer dem Öffentlichkeitsgesetz unterstellten Behörde erstellt und leitet diese das Dokument an eine Behörde weiter, für die ebenfalls das Öffentlichkeitsgesetz gilt, ist das Zugangsgesuch an die Behörde zu richten, die das Dokument erstellt hat.

In bestimmten Fällen können die Dokumente aber auch mehrere Behörden betreffen. Artikel 11 VBGÖ sieht dafür die folgenden Koordinationsregeln vor:

- a. Wurde das Dokument, für das um Zugang ersucht wird, durch mehrere Behörden gemeinsam erarbeitet, so wird gemäss Absatz 1 die Stellungnahme durch die federführende Behörde abgegeben (Kriterium «Federführung»). Die zuständige Behörde kann die andern betroffenen Behörden anhören, muss sie aber nicht.
- b. Bezieht sich das Gesuch auf mehrere Dokumente, die das gleiche Geschäft betreffen und die durch verschiedene dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehende Behörden erstellt oder empfangen wurden, so wird gemäss Absatz 2 die Stellungnahme nur von einer Behörde abgegeben. Auch in diesem Fall liegt die Zuständigkeit bei der federführenden Behörde. Diese kann die andern beteiligten Behörden anhören.
- c. Ist die Federführung keiner Behörde zugewiesen, so legen die beteiligten Behörden die Zuständigkeit zur Stellungnahme unter sich fest (Abs. 3). Die stellungnehmende Behörde stellt das Einvernehmen mit den übrigen beteiligten Behörden her. Sie muss also die Zustimmung jeder beteiligten Behörde einholen. Kommt kein Einvernehmen zustande, hat jede Behörde zu den Dokumenten Stellung zu nehmen, die sie erstellt oder als Hauptadressatin empfangen hat.
- d. Bezieht sich ein Zugangsgesuch auf ein Dokument, das eine Behörde auf Ersuchen einer andern Behörde ausgearbeitet hat, so muss diese ersuchende Behörde von der zuständigen Behörde vor der Stellungnahme angehört werden (Abs. 4). Mit «Ersuchen» ist gemeint, dass eine Behörde ein Dokument auf der Grundlage von genauen Vorgaben einer andern Behörde erstellt. In einem solchen Fall muss die Behörde, die das Dokument erstellt hat, vor ihrer Stellungnahme die «auftraggebende» Behörde anhören.

Es stellt sich auch die Frage, wie vorzugehen ist, wenn die Behörde A ein Dokument der Behörde B überarbeitet und so Mitautorin des Dokuments wird. Es handelt sich in diesem Fall um ein Dokument, das von zwei Behörden erstellt wurde. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 VBGÖ muss die federführende Behörde bestimmt werden. Kann die Federführung keiner Behörde zugewiesen werden, so müssen die Behörden A und B nach Artikel 11 Absatz 3 VBGÖ die Zuständigkeit unter sich festlegen.

Wird ein Gesuch irrtümlicherweise bei einer Behörde eingereicht, die nicht Urheberin oder Adressatin des verlangten Dokumentes ist, so obliegt es der angefragten Behörde, das Gesuch von Amtes wegen und unverzüglich der zuständigen Stelle weiterzuleiten.

Verweise: Kommentar VBGÖ Ziff. 4; Handkommentar BGÖ, Art. 10 Ziff. 17 und Art. 12 Ziff. 5 ff.

7.3.2. Identität der gesuchstellenden Person

Frage: Darf der Name der gesuchstellenden Person aus datenschutzrechtlicher Sicht ohne ihre Einwilligung den betroffenen Dritten bekanntgegeben werden? Wie ist bei solchen Anfragen jeweils vorzugehen? Wie sieht es verwaltungsintern aus, dürfen die Namen der Gesuchsteller verwaltungsintern weitergegeben werden?

Antwort: Art. 1 VDSG sieht vor, dass eine Person, die Auskunft über ihre eigenen Daten verlangt, sich über ihre Identität ausweisen muss. Das Konzept im Öffentlichkeitsgesetz unterscheidet sich demgegenüber fundamental vom Datenschutzgesetz. Nach Art. 6 Abs. 1 BGÖ hat jede Person das Recht auf Zugang zu einem amtlichen Dokument, weshalb grundsätzlich kein Anlass besteht, die Identität der gesuchstellenden Person zu überprüfen. Die Einsicht nach Öffentlichkeitsgesetz bezieht sich denn auch auf fremde und nicht auf eigene Daten. Sofern das Verfahren nach Öffentlichkeitsgesetz anwendbar ist, sehen die Formvorschriften für die Eingabe eines Zugangsgesuches nach Art. 10 Abs. 3 BGÖ und Art. 7 VBGÖ keine Identitätsprüfung vor. In praktischer Hinsicht gilt der Grundsatz der Nichtüberprüfung der Identität nur mit Einschränkungen. Eine Prüfung der Identität kann aus Sicherheitsgründen für die Zugangskontrolle bei der Einsicht vor Ort verlangt werden. Ebenso ist es selbstverständlich, dass die gesuchstellenden Personen Namen und Adresse angeben müssen, wenn die Bearbeitung des Gesuches voraussichtlich kostenpflichtig ist. Schliesslich muss, wenn eine postalische Zustellung verlangt wird, die Identität und Adresse bekannt sein.

Die Identität der gesuchstellenden Person darf aber in der Phase der Stellungnahme einer Behörde der angehörten Drittperson nicht bekannt gegeben werden, es sei denn, die gesuchstellende Person sei damit einverstanden.

Verwaltungsintern darf der Name des Gesuchstellers im Rahmen eines Zugangsgesuchsverfahrens mit seiner Zustimmung oder gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG bekannt gegeben werden. Es gibt Fälle, in welchen die Behandlung des Zugangsgesuches eine Koordination bzw. eine Mitwirkung mehrerer Behörden erfordert (Art. 11 VBGÖ). Damit wird der Name des Gesuchstellers mehreren Behörden bekannt.

In Schlichtungsverfahren wird die Identität des Gesuchstellers nur mit dessen Einwilligung bekannt gegeben. Allerdings ist zu beachten, dass in einer mündlichen Schlichtungsverhandlung (Art. 12b Abs. 2 Bst. c VBGÖ) oder in einem allfälligen nachfolgenden Verwaltungsverfahren die Verfahrensbeteiligten grundsätzlich einander bekannt werden.

Verweise: BBl 2003 2001, 2003 f; Handkommentar BGÖ, Art. 6 Rz. 23, Handkommentar BGÖ Art. 10 Rz 31.

7.3.3. Zustellungen von Verfügungen gemäss Art. 15 BGÖ

Frage: Welchen Parteien muss die Behörde eine Verfügung im Sinne von Artikel 15 BGÖ eröffnen?

Antwort: Im Verfahren auf Erlass einer Verfügung sind Gesuchsteller und betroffene Dritte anzuhören, auch jene, die keine Verfügung verlangt haben. Ausgenommen sind Parteien, die bereits im Schlichtungsverfahren auf die Teilnahme verzichtet haben. Eine Verfügung nach Art. 15 BGÖ ist allen Parteien schriftlich zu eröffnen (Art. 34 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1 BGÖ).

Zur Frage, wer Partei ist, gilt Folgendes: Kommt es zu einem Schlichtungsverfahren (Art. 13 BGÖ) sowie allenfalls zu einem Verfahren auf Erlass einer Verfügung (Art. 15 BGÖ), so sind

in diesen Verfahren die gesuchstellende Person und die nach Artikel 11 BGÖ anzuhörenden Dritten Partei. Im Schlichtungsverfahren hat ausserdem die Behörde (Art. 10 Abs. 1 BGÖ) Parteistellung. Die Dritten können durch entsprechende Erklärung auf die Teilnahme am Verfahren verzichten, was allerdings den Verlust des Beschwerderechts zur Folge hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG). Hält die gesuchstellende Person ihr Begehren nicht aufrecht, so ist das Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben.

Für die Parteistellung im Beschwerdeverfahren gelten die üblichen Regeln (Art. 6 und 48 VwVG; Art. 89 BGG).

8. Gebühren

8.1. Fragen 2006–2011

8.1.1. Erlass oder Herabsetzung der Gebühren für bedürftige Personen

Frage: Wie kann die Behörde feststellen, dass die gesuchstellende Person bedürftig ist?

Antwort: Es ist an der gesuchstellenden Person, die Bedürftigkeit nachzuweisen. Sie kann zu diesem Zweck beispielsweise Steuerbelege oder andere Unterlagen vorweisen, aus denen ihre Bedürftigkeit hervorgeht.

Verweise: Art. 15 VBGÖ; Art. 13 Allgemeine Gebührenverordnung (AllGebV; SR 172.041.1); BBl 2003 2022.

8.1.2. Gebührenerhebung bei Beschränkung oder Verweigerung des Zugangs

Frage: Trifft es zu, dass auch dann Gebühren fällig werden, wenn der Zugang nur teilweise oder gar nicht gewährt wird?

Antwort: Das BGÖ sieht den Grundsatz der Gebührenpflicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten vor. Die Verordnung mildert diesen Grundsatz ab, indem sie vorsieht, dass die Behörde die Gebühr erlassen oder reduzieren kann, wenn der Zugang verweigert oder nur teilweise gewährt wird.

Verweise: Art. 17 BGÖ; Art. 15 Abs. 3 VBGÖ; BBl 2003 2026 f.

8.1.3. Vorschuss und Vorauszahlung der Gebühren

Frage: Unter welchen Voraussetzungen kann ein Vorschuss oder eine Vorauszahlung der Gebühren verlangt werden?

Antwort: In begründeten Fällen, namentlich dann, wenn die gesuchstellende Person ihren Wohnsitz im Ausland hat oder wenn Zahlungsrückstände vorliegen, kann ein angemessener Vorschuss verlangt werden. Sind die zu erwartenden Kosten von vornherein bekannt, kommt auch eine Vorauszahlung in Frage. Liegen aber keine besonderen Umstände vor, so sind die Gebühren in Rechnung zu stellen.

Verweise: Art. 14 VBGÖ; Art. 10 Allgemeine Gebührenverordnung (AllGebV, SR 172.041.1).

8.2. Fragen 2012

8.2.1. Fälle, in denen Gebühren verlangt werden

Frage: In welchen Fällen sollen Gebühren verlangt werden? Kann man die Ansicht vertreten, dass grundsätzlich für jedes Zugangsgesuch eine Grundgebühr verlangt werden sollte, da bereits die Prüfung einen Aufwand verursacht?

Antwort: Für den Zugang zu amtlichen Dokumenten wird in der Regel eine Gebühr erhoben (Art. 17 Abs. 1 BGÖ). Dem Ausdruck «in der Regel» entspricht die französische Formulierung «en principe». In der italienischen Fassung hingegen fehlt fälschlicherweise ein solcher Ausdruck. Die deutsche Fassung entspricht dem Willen des Gesetzgebers.

Auch wenn das BGÖ den Grundsatz des gebührenpflichtigen Zugangs zu den amtlichen Dokumenten vorsieht, kann die Behörde nicht für jedes Zugangsgesuch eine Grundgebühr verlangen, ohne zu prüfen, ob die im BGÖ vorgesehenen Ausnahmen im konkreten Fall anwendbar sind (Art. 14 VBGÖ). Zudem geht aus den Formulierungen «in der Regel» hervor, dass die Behörde einen gewissen Ermessensspielraum hat beim Entscheid, ob sie eine Gebühr erhebt oder nicht. Sie kann also weitere Umstände berücksichtigen, zum Beispiel die Gründe für die Herabsetzung oder den Erlass der Gebühr nach den Artikeln 3 und 13 der Allgemeinen Gebührenverordnung (AllgGebV; SR 172.041.1), unter Vorbehalt der Spezialbestimmungen nach der Öffentlichkeitsverordnung (Art. 14 VBGÖ).

Die Behörde erhebt in den folgenden Fällen keine Gebühr (Art. 17 BGÖ und Art. 15 VBGÖ):

- wenn die Bearbeitung eines Gesuchs einen geringen Aufwand erfordert: dies ist der Fall, wenn die Kosten für die Gebührenerhebung höher sind als die Kosten der erbrachten Leistung;
- für Kosten von weniger als CHF 100.-;
- Kosten, die sich aus der Berücksichtigung besonderer Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen ergeben;
- für Schlichtungsverfahren;
- für Verfahren auf Erlass einer Verfügung.

Die zuständige Behörde kann eine Gebühr erheben, wenn die Bearbeitung eines Gesuchs einen grossen Aufwand erfordert, wenn es sich um ein missbräuchliches Gesuch handelt oder wenn ein Gesuch ganz offensichtlich bei einer Behörde nur eingereicht wird, um ihr die Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben zu erschweren. Die Behörde kann auf die Gebührenerhebung verzichten oder die Gebühr reduzieren, wenn sie das Zugangsgesuch ablehnt oder den Zugang nur teilweise gewährt (Art. 15 Abs. 3 VBGÖ).

Vergleiche auch Ziffer 8.2.6: Gebühr für ein Zugangsgesuch einer Journalistin oder eines Journalisten.

Verweise: BBl 2003 2026 f.; Erläuterungen VBGÖ Ziff. 6.

8.2.2. Gebühr für nachfolgende Zugangsgesuche

Frage: Muss die für nachfolgende Zugangsgesuche erhobene Gebühr gleich hoch sein wie für das erste Zugangsgesuch?

Antwort: Sind die Kosten für die Bearbeitung von Gesuchen um Zugang zu Dokumenten, die bereits bei einem früheren Gesuch zugänglich gemacht wurden, niedriger als diejenigen für die Bearbeitung des früheren Gesuchs, so ist die Gebühr entsprechend anzupassen. Der

Grundsatz der Kostendeckung wird folglich höher gewichtet als der Grundsatz des gleichen Zugangs für jede Person.

8.2.3. Gebührenbemessung

Frage: Wie sollen die Kosten für die getätigten Aufwände berechnet werden?

Antwort: Die Gebühren werden gemäss der Allgemeinen Gebührenverordnung nach dem Grundsatz der Kostendeckung bemessen; die Gebühren betragen also insgesamt nicht mehr als der Gesamtaufwand der Verwaltungseinheit.

Die Behörde schätzt beim Erhalt eines Zugangsgesuchs die voraussichtlichen Kosten. Übersteigen diese CHF 100. –, so informiert die Behörde die Gesuchstellerin oder den Gesuchsteller über die zu erwartende Höhe der Gebühr (Art. 16 Abs. 2 VBGÖ). Die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller muss das Gesuch innert 10 Tagen bestätigen; andernfalls gilt es als zurückgezogen.

Für die Festlegung der Gebühr muss die Behörde die durch die Erledigung des Zugangsgesuchs entstandenen Kosten gemäss der im Gebührentarif der Öffentlichkeitsverordnung enthaltenen Beschreibung berechnen, nämlich:

- die für die Prüfung der Dokumente aufgewendete Zeit (Lektüre der Dokumente, rechtliche Prüfung und Konsultation von Fachpersonen wie Öffentlichkeitsberaterinnen und -beratern, Juristinnen und Juristen, Fachleute des betroffenen Bereichs, Anhörung betroffener Dritter);
- der Zeitaufwand für die Vorbereitung der Dokumente, z.B. das Einschwärzen gewisser Passagen;
- der Zeitaufwand für das Kopieren der Dokumente;
- die Anzahl und die Form der verlangten Kopien.

Hingegen stellt die Behörde mangels rechtlicher Grundlage im Gebührentarif folgende Aufwände nicht in Rechnung:

- den Zeitaufwand für die Suche der Dokumente im eigenen Geschäftsverwaltungssystem;
- Besprechungen mit der Gesuchstellerin oder dem Gesuchsteller;
- den Zeitaufwand für die Vorbereitung der Stellungnahme;
- den Zeitaufwand für die Vorbereitung der Schlichtungsverhandlung;
- die Dauer der Schlichtungsverhandlung beim EDÖB;
- den Zeitaufwand für die Prüfung der Empfehlung des EDÖB im Hinblick auf den Entscheid über das Zugangsgesuch;
- den Zeitaufwand für die Vorbereitung der Verfügung;
- die Versandkosten.

Bei der Berechnung der Gebühr muss die Behörde ausserdem im konkreten Fall vorliegende besondere Umstände berücksichtigen (Bedürftigkeit der gesuchstellenden Person, öffentliches Interesse, teilweise abgelehntes Gesuch).

Verweise: Erläuterungen VBGÖ, Ziff. 6.

8.2.4. Gebührenerhebung während des Verfahrens

Frage: Ist eine Gebührenerhebung auch in einem späteren Verfahrensstadium (z.B. nach Eingang der Empfehlung des EDÖB) möglich, wenn sich der Aufwand der Verwaltung grösser als erwartet herausstellt?

Antwort: Die Behörde schätzt beim Erhalt eines Zugangsgesuchs die voraussichtlichen Kosten. Übersteigen diese CHF 100. –, so informiert die Behörde die Gesuchstellerin oder den Gesuchsteller über die zu erwartende Höhe der Gebühr (Art. 16 Abs. 2 VBGÖ). Grundsätzlich stellt sie also nur die entstandenen Kosten innerhalb des Rahmens der voraussichtlichen Kosten, den sie der Gesuchstellerin oder dem Gesuchsteller im Voraus mitgeteilt hat, in Rechnung.

Entscheidet die Behörde aber aufgrund einer Empfehlung des EDÖB, den Zugang zu den Dokumenten ganz oder teilweise zu gewähren, kann sie die zu erwartenden Kosten nochmals schätzen und muss die Gesuchstellerin oder den Gesuchsteller wie oben beschrieben gegebenenfalls informieren.

8.2.5. Gebühr für ein Dokument, das veröffentlicht werden wird

Frage: Kann bzw. soll eine Gebühr erhoben werden, wenn ein (freizugebendes) Dokument im Hinblick auf eine Publikation im Internet bearbeitet wird, es aber auf besonderen Wunsch einige Tage vorher einer Journalistin oder einem Journalist zugestellt wird?

Antwort: In einem solchen Fall sind keine Gebühren zu erheben. Bei der Bearbeitung des Gesuchs sind zu beachten: Frist von 20 Tagen für die Beantwortung des Gesuchs (Art. 12 Abs. 1 BGÖ), Aufschub des Zugangs nach Artikel 8 Absatz 2 BGÖ sowie noch nicht fertig gestelltes Dokument gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe b BGÖ.

Besteht eine gesetzliche Verpflichtung für die Publikation, so kommt das BGÖ nicht zur Anwendung (Art. 4 Abs. 1 Bst. b BGÖ).

8.2.6. Gebühr für ein Zugangsgesuch einer Journalistin oder eines Journalisten

Frage: Inwieweit kann die Behörde für ein Zugangsgesuch einer Journalistin oder eines Journalisten eine Gebühr erheben?

Antwort: Das BGÖ sieht keinen kostenlosen Zugang zu amtlichen Dokumenten vor. Das gilt nach dem Grundsatz des gleichen Zugangs für jedermann (Art. 2 VBGÖ). Deshalb kann auch für Zugangsgesuche von Journalistinnen und Journalisten eine Gebühr erhoben werden; die Ausnahmen von der Gebührenpflicht gelten auch für Medienschaffende (siehe Ziff. 8.2.1: Fälle, in denen Gebühren verlangt werden).

Die Erhebung einer Gebühr kann jedoch kein Hindernis für die Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung sein. Die Behörden verfügen über einen gewissen Ermessensspielraum, denn Artikel 17 Absatz 1 BGÖ legt fest, dass «in der Regel» eine Gebühr erhoben wird. Zudem haben der Bundesrat und die Departemente eine Informationspflicht, was eine besondere Rücksichtnahme auf die Interessen der Medien rechtfertigen kann (Art. 10 und 40 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes; RVOG, SR 172.010). Das Bundesgericht hat in Auslegung von Art. 3 Abs. 2 Bst. a AllGebV festgehalten, das für Medienschaffende grundsätzlich von einem öffentliches Interesse ausgegangen werden kann, das im Einzelfall zu einer Reduktion oder einem Verzicht der Gebührenerhebung führen kann. Im konkret zu beurteilenden Fall kam das Gericht zum Schluss, dass von ei-

nem besonders günstigen Gebührenansatz ausgegangen werden kann, sofern die Behörde nicht ohnehin im Rahmen ihres Ermessens auf eine Gebühr verzichtet.

Verweise: BBl 2003 2020 f.; Entscheid BGer 1C_64/2013 vom 26.4.2013, E. 4.3 und 4.4.

8.2.7. Streitigkeiten über Gebühren

Frage: Bei welcher Instanz kann Beschwerde geführt werden, wenn ein Gesuchsteller oder eine Gesuchstellerin mit der Höhe der Gebühren nicht einverstanden ist?

Antwort: Die Behörde muss die gesuchstellende Person über die voraussichtlichen Kosten für die Gebühren informieren, sofern diese CHF 100. – übersteigen (16 Abs. 2 VBGÖ). Auch wenn die gesuchstellende Person das Zugangsgesuch bestätigt, behält sie das Recht, die Höhe der Gebühr zu bestreiten, die die Behörde am Ende des Zugangsverfahrens verlangt. Artikel 16 VBGÖ sieht als einzige Rechtsfolge vor, dass das Gesuch als zurückgezogen gilt, wenn die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller es nicht bestätigt. Hingegen gibt es keine rechtliche Grundlage dafür, die Bestätigung des Gesuchs so zu verstehen, dass die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller damit gleichzeitig darauf verzichtet, eine am Ende des Zugangsverfahrens in Rechnung gestellte Gebühr allenfalls zu bestreiten.

In diesem Stadium der Gesuchsbeurteilung (d.h. in Zusammenhang mit der Information über die voraussichtlichen Gebührenhöhe, Art. 16 Abs. 2 VBGÖ) kann daher kein Schlichtungsantrag eingereicht werden. Ausnahmsweise ist die Einreichung eines Schlichtungsantrags zu diesem Zeitpunkt zulässig, wenn der angekündigte Gebührenbetrag derart exzessiv ist, dass er in seiner Wirkung einer Zugangsbeschränkung bzw. -verweigerung gleichkommt.

Erhält die gesuchstellende Person teilweise Zugang zu den verlangten Dokumenten und bestreitet sie den ihr gewährten Zugang und die Höhe der erhobenen Gebühr, so kann sie beim EDÖB einen Schlichtungsantrag stellen. Die beiden Streitgegenstände sind eng verknüpft und sind deshalb in ein und demselben Verfahren zu behandeln.

Will die gesuchstellende Person hingegen nach der vollständigen oder teilweisen Gewährung des Zugangs zu den verlangten Dokumenten nur die Höhe der erhobenen Gebühr bestreiten, steht ihr das Schlichtungsverfahren nicht offen, da die Hauptfrage des Zugangs nicht bestritten wird. Die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller kann dann von der zuständigen Behörde den Erlass einer Verfügung verlangen, die angefochten werden kann.

Verweise: Art. 13 Abs. 1 und 16 BGÖ; Art. 14 VBGÖ; Art. 11 Abs. 2 Allgemeine Gebührenverordnung (AllGebV, SR 172.041.1).

9. Umsetzung und zusätzlichen Fragen

9.1. Fragen 2012

9.1.1. Vertrauensverhältnis zwischen Behörden

Frage: Bestimmte Bundesbehörden sind für ihre Tätigkeit auf gegenseitiges Vertrauen angewiesen. Eine allzu weit gehende Einsichtspraxis kann dieses Vertrauen unterminieren und damit ihre Tätigkeit erschweren. Wie soll dieses Problem angegangen werden?

Antwort: Dieses Problem betrifft vor allem diejenigen Bereiche, in denen Bundesbehörden andere Behörden beaufsichtigen (z.B. die Eidgenössische Finanzkontrolle oder die Nachrichtendienstliche Aufsicht).

Das BGÖ sieht im Vertrauensverhältnis zwischen zwei Behörden keinen Grund für eine Einschränkung des Zugangs zu Dokumenten. Dies stünde im Widerspruch zum Zweck des Gesetzes, die Transparenz über die Tätigkeit der Verwaltung zu fördern und das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in ihre Institutionen zu stärken.

Das Gesetz sieht aber dennoch eine ganze Reihe von Ausnahmen vor (Art. 7 und 8 BGÖ), mit denen bestimmte Interessen geschützt werden können und mit denen dieses Problem in bestimmten Fällen berücksichtigt werden kann, zum Beispiel wenn mit der Veröffentlichung von Daten, die eine Behörde aufgrund eines Vertrauensverhältnisses erhalten hat, die Sicherheit der Schweiz gefährdet werden könnte (Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ). Zudem kann eine Aufsichtsbehörde, den Zugang zu einem amtlichen Dokument einschränken, wenn durch die Gewährung des Zugangs die freie Meinungs- und Willensbildung beeinträchtigt werden kann (Art. 7 Abs. 1 Bst. a BGÖ) oder die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde (Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ).

Verweise: Empfehlung des Beauftragten vom 18.11.2010 (VBS/Inspektionsberichte ND-Aufsicht); Entscheid BVGer A-3443/2010 vom 18.10.2010; Urteil des Obergerichtes für das Land Nordrhein-Westfalen vom 26. Oktober 2011 (8A 2593/10), Urteil des deutschen Bundesverwaltungsgerichtes vom 15. November 2012 (BVerwG 7 C 1.12)

9.1.2. Schaffung einer Gesuchsdatenbank

Frage: Wie kann eine Datenbank mit Angaben zu pendenten (Journalisten-)Gesuchen und Entscheiden aufgebaut werden?

Antwort: Zunächst stellt sich die Frage, ob in dem System Personendaten im Sinne des DSG bearbeitet werden sollen, zum Beispiel Daten zur Gesuchstellerin oder zum Gesuchsteller oder zu betroffenen Dritten. Die Definition von «Personendaten» ist weit zu fassen, weil sie sämtliche Angaben umfasst, die sich auf eine bestimmte oder auch nur bestimmbare Person beziehen. Werden sämtliche in einer Datenbank enthaltenen Personendaten eingeschwärzt (wie z.B. in der Rechtsprechungsdatenbank des Bundesgerichts), so gelten die Anforderungen des DSG nicht. Denn das DSG bezweckt den Schutz der Persönlichkeit von natürlichen und juristischen Personen, nicht aber den Schutz der Daten an sich.

Enthält die Datenbank hingegen Personendaten, müssen die Anforderungen des DSG eingehalten werden; namentlich muss dafür eine gesetzliche Grundlage bestehen (Art. 19 Abs. 3 DSG und die Datenbearbeitung muss verhältnismässig und deren Zweck erkennbar sein).

Gemäss dem Verhältnismässigkeitsprinzip ist zu klären, ob die Behörden unbedingt einen Online-Zugriff gewähren müssen, um ihre gesetzlichen Aufgaben im Zusammenhang mit dem Öffentlichkeitsprinzip erfüllen zu können. Rein praktische Gründe rechtfertigen keinen Online-Zugriff. Auch der Zweck der Datenbank muss entsprechend den Zielen des BGÖ definiert werden. Insbesondere darf die Datenbank nicht mit dem Ziel eingerichtet werden, dass das Zugangsrecht bestimmter Personen oder Personengruppen eingeschränkt wird, was dem Grundsatz des gleichen Zugangs für jede Person zuwiderlaufen würde («access to one access to all»).

Verweise: Leitfaden des BJ für die Erarbeitung der Rechtsgrundlagen für den Betrieb eines Systems zur automatisierten Bearbeitung von Personendaten (Fassung vom 16.12.2010, http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/legistik/leitf-rechtsgrundlagen-d.pdf).

9.1.3. Praxis bei der Gebührenerhebung

Frage: Uneinheitliche Praxis bei der Gebührenerhebung?

Antwort: Das BJ und der EDÖB erinnern daran, dass der Zugang in der Regel kostenpflichtig ist, wobei Ausnahmen von der Gebührenpflicht vorgesehen sind. Die Ausführungen in Ziffer 8 sollten eine einheitliche Praxis ermöglichen. Gleichwohl kann es auch weiterhin aufgrund des Ermessensspielraums der Behörden gewisse Unterschiede geben (Art. 17 Abs. 1 BGÖ: «in der Regel»).

Verweise: Entscheid BVGer A 3363/2013 vom 22.04.2013; Entscheid BGer 1C_64/2013 vom 26.4.2013.

9.2. Fragen 2013

9.2.1. Koordination bei Mehrfachgesuchen

Frage: Wie wird die Koordination bei Mehrfachgesuchen sichergestellt?

Antwort: Die Sektion Information und Kommunikation der Bundeskanzlei stellt heute die koordinierte Behandlung der Zugangsgesuche der Medienschaffenden sicher. Wenn eine Journalistin oder ein Journalist bei mehreren Departementen ein Gesuch stellt, hört die Sektion Information und Kommunikation die betroffenen Departemente und die Sektion Recht der Bundeskanzlei an und erarbeitet eine koordinierte Antwort. Die interdepartementale Arbeitsgruppe «Datenschutz» stellt über die Öffentlichkeitsbeauftragten der Departemente die koordinierte Behandlung von Zugangsgesuchen sicher, die von Bürgerinnen und Bürgern bei mehreren Bundesstellen eingereicht werden.

9.2.2. Rechte betroffener Dritter bei einer Veröffentlichung durch die Behörde

Frage: Welche Rechte haben Personen, deren persönliche Daten in einem Dokument enthalten sind, das eine Behörde von Amtes wegen veröffentlichen will? Kommen die Verfahrensregeln des BGÖ in diesem Fall zu Anwendung?

Antwort: Artikel 19 DSG legt fest, unter welchen Voraussetzungen Bundesorgane Personendaten an Dritte bekanntgeben dürfen. Nach Absatz 1 muss für eine solche Bekanntgabe eine Rechtsgrundlage gegeben sein. Bevor die Behörde persönliche Daten an Dritte bekannt gibt, muss sie deshalb prüfen, ob die im gegebenen Fall anwendbare Gesetzgebung eine genügende Rechtsgrundlage für die Bekanntgabe dieser Daten enthält und welche Voraussetzungen gegebenenfalls erfüllt sein müssen. Gibt es keine Rechtsgrundlage im Sinne von Artikel 17 DSG, so dürfen gemäss Artikel 19 Absatz 1 DSG die Bundesorgane in bestimmten Fällen persönliche Daten bekanntgeben, zum Beispiel wenn die betroffene Person im Einzelfall eingewilligt oder ihre Daten allgemein zugänglich gemacht hat.

Zudem dürfen Bundesorgane nach Artikel 19 Absatz 1^{bis} DSG im Rahmen der behördlichen Information der Öffentlichkeit von Amtes wegen oder gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz Personendaten bekannt geben, wenn die betreffenden Daten im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht.

Im Gegensatz zu den Verfahrensregeln nach dem BGÖ muss die Behörde, die ein Dokument von Amtes wegen veröffentlichen will, das Personendaten enthält, die betroffene Per-

son nicht anhören. Sie muss nur die Vorgaben von Artikel 19 DSG einhalten. Die betroffene Person hat aber bestimmte Rechte. Die Veröffentlichung eines Dokuments, das persönliche Daten enthält, ist ein Realakt im Sinne von Artikel 25a des Verwaltungsverfahrensgesetzes. Wer ein schutzwürdiges Interesse hat, kann gemäss dieser Bestimmung von der für den Realakt zuständigen Behörde eine Verfügung verlangen. Zudem kann die betroffene Person, die ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht, nach Artikel 20 DSG verlangen, dass die Bekanntgabe ihrer Personendaten gesperrt wird. Sie kann nach Artikel 25 DSG sich gegen jede widerrechtliche Bearbeitung ihrer Personendaten durch das verantwortliche Bundesorgan wehren und wenn nötig ihre Rechte gerichtlich durchsetzen.

Verweise: Handkommentar BGÖ, Einleitung, Rz. 87 f.; Handkommentar BGÖ, Art. 6 Rz. 66; Brunner, Persönlichkeitsschutz bei der behördlichen Information der Öffentlichkeit von Amtes wegen: Ein Leitfaden, in: ZBl 2010 595 ff.



Mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration fédérale: questions fréquemment posées

Le présent document énonce d'une part un certain nombre de questions qui ont été régulièrement soulevées au cours des travaux accomplis dans le contexte de la loi sur la transparence. Il présente d'autre part les réponses qui ont été apportées par l'Office fédéral de la justice (OFJ) et le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) lors des journées sur la transparence des 24 février 2012 et 14 juin 2013.

Ce document se base notamment sur le message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003¹, sur le commentaire de l'OFJ du 24 mai 2006 relatif à l'ordonnance sur la transparence², sur la doctrine³ et fait référence aux recommandations du PFPDT⁴ ainsi qu'à la jurisprudence.

Une partie des informations résumées ici se trouve également dans le document intitulé « guide pour l'appréciation des demandes » du 2 août 2013⁵.

Le présent document remplace le document de l'OFJ et du PFPDT « mise en œuvre du principe de transparence au sein de l'administration fédérale: questions fréquemment posées » daté du 5 juillet 2012.

¹ FF **2003** 1807 ss.

² http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/gesetzgebung/oeffentlichkeitsprinzip/erl-entw-f.pdf (ci-après "commentaire OTrans").

³ En particulier S. Brunner / L. Mader, Handkommentar Öffentlichkeitsgesetz, Berne 2008 (ci-après "Handkommentar BGÖ")

⁴ www.edoeb.admin.ch >Dokumentation >Empfehlungen (dt. Empfehlungen) ainsi que www.edoeb.admin.ch >Principe de la Transparence >Recommandations (fr. Empfehlungen). A noter que lorsqu'une recommandation n'existe pas en français, nous l'avons citée par son titre officiel en langue allemande.

⁵ http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/gesetzgebung/oeffentlichkeitsprinzip/leitf-gesuchsbeurteilung-f.pdf ; guide pour l'appréciation des demandes » du 2 août 2013 (ci-après "guide pour l'appréciation des demandes").

Table des matières

1.	Généralités.....	5
1.1.	Questions 2006-2011.....	5
1.1.1.	Echange de données au plan international.....	5
1.1.2.	Secret de fonction	5
1.1.3.	Violations du secret de fonction.....	5
1.1.4.	Conséquences pour la responsabilité.....	6
1.2.	Questions 2012.....	6
1.2.1.	Transparence et entraide administrative.....	6
2.	Champ d'application	7
2.1.	Questions 2006-2011.....	7
2.1.1.	Information active et passive	7
2.1.2.	Information commercialisée.....	7
2.1.3.	Documents provenant d'autorités, d'organisations ou de personnes qui ne sont pas soumises à la LTrans ou qui ne le sont qu'en partie	7
2.1.4.	Application aux commissions extraparlimentaires	8
2.1.5.	Commissions parlementaires	8
2.1.6.	Demandes émanant de députés.....	9
2.2.	Questions 2012.....	9
2.2.1.	Champ d'application à raison de la personne	9
2.2.2.	Assujettissement des membres du Conseil fédéral	9
2.2.3.	Champ d'application à raison de la matière	10
2.2.4.	Champ d'application ratione temporis.....	11
2.3.	Questions 2013.....	11
2.3.1.	Dénonciation à une autorité.....	11
2.3.2.	Plainte à une autorité de surveillance	12
3.	Coordination avec d'autres lois.....	12
3.1.	Questions 2006-2011.....	12
3.1.1.	Documents concernant des procédures de première instance	12
3.1.2.	Réserve de la législation spéciale en matière de secret	13
3.1.3.	Documents contenant des données personnelles	13
3.2.	Questions 2012.....	14
3.2.1.	Réserve de la législation spéciale en matière d'accès.....	14
3.2.2.	Principe de finalité selon l'art. 19, al. 1bis, let. a, LPD.....	14
3.2.3.	Transparence et droit d'auteur.....	15
3.3.	Questions 2013.....	17
3.3.1.	Loi sur la transparence et protection des données	17
3.3.2.	Demandes mixtes LTrans / LPD.....	18
3.3.3.	Transparence et archivage.....	19
3.3.4.	Archivage et protection des données.....	20
3.3.5.	Transparence et procédure de consultation externe.....	20
4.	Notion de « document officiel »; cas particuliers.....	21
4.1.	Questions 2006-2011.....	21
4.1.1.	Documents qui ont atteint leur stade définitif d'élaboration	21

4.1.2.	Documents destinés à l'usage personnel	21
4.1.3.	Banques de données	22
4.1.4.	Courrier électronique.....	22
4.1.5.	Documents "internes"	22
4.2.	Questions 2012.....	23
4.2.1.	Projet de proposition au Conseil fédéral	23
4.2.2.	Documents transmis aux commissions parlementaires	23
4.2.3.	Documents classifiés.....	25
4.2.4.	Agenda, calendrier outlook et liste de voyage	25
4.3.	Questions 2013.....	26
4.3.1.	Demandes d'accès à des documents futurs	26
4.3.2.	Accès à un ensemble de documents sur la base de plusieurs demandes émanant de la même personne	26
5.	Clauses d'exception, dispositions particulières	27
5.1.	Questions 2006-2011.....	27
5.1.1.	Protection des procédures décisionnelles internes	27
5.1.2.	Procédure de co-rapport.....	27
5.1.3.	Procédure de consultation des offices	28
5.1.4.	Accès aux rapports d'évaluation.....	28
5.2.	Questions 2013.....	28
5.2.1.	Secrets d'affaires ou de fabrication.....	28
5.2.2.	Convention de confidentialité bilatérale	30
5.2.3.	Protection des données personnelles des employés de l'autorité	31
6.	Traitement des demandes d'accès	32
6.1.	Questions 2006-2011.....	32
6.1.1.	Demande.....	32
6.1.2.	Forme et contenu de la demande	32
6.1.3.	Demandes abusives	33
6.1.4.	Demandes en grand nombre	33
6.1.5.	Accès partiel.....	33
6.1.6.	Consultation	34
6.2.	Questions 2012.....	34
6.2.1.	Traitement des demandes d'accès volumineuses	34
6.2.2.	Directives concernant le caviardage des documents	35
6.2.3.	Caviardage total	35
6.2.4.	Statistiques en matière de transparence	36
7.	Procédure	36
7.1.	Questions 2006-2011.....	36
7.1.1.	Nature juridique de la prise de position de l'autorité.....	36
7.1.2.	Accès aux documents dans le cadre des procédures de médiation et de recours	36
7.1.3.	Recours de l'autorité.....	37
7.2.	Questions 2012.....	37
7.2.1.	Droits des tiers concernés dans une procédure d'accès.....	37
7.2.2.	Qualité de partie des tiers concernés	37

7.2.3. Droits des tiers concernés dans la procédure de médiation et dans la procédure de recours	38
7.2.4. Consultation des tiers concernés.....	38
7.2.5. Droit de consulter	39
7.2.6. Commissions extraparlamentaires et pouvoir décisionnel	39
7.3. Questions 2013.....	39
7.3.1. Autorité compétente pour prendre position.....	39
7.3.2. Identité du demandeur.....	41
7.3.3. Notification d'une décision selon l'art. 15 LTrans	41
8. Emoluments.....	42
8.1. Questions 2006-2011.....	42
8.1.1. Remise ou réduction des émoluments pour les personnes indigentes.....	42
8.1.2. Perception d'émoluments en cas de limitation ou de refus de l'accès.....	42
8.1.3. Avance et paiement anticipé des émoluments.....	42
8.2. Questions 2012.....	42
8.2.1. Cas de perception	42
8.2.2. Emolument pour des demandes d'accès successives	43
8.2.3. Facturation	44
8.2.4. Emolument en cours de procédure.....	45
8.2.5. Emolument pour un document qui sera publié.....	45
8.2.6. Emolument pour une demande d'accès d'un journaliste.....	45
8.2.7. Litiges concernant les émoluments.....	46
9. Mise en œuvre et autres questions.....	46
9.1. Questions 2012.....	46
9.1.1. Rapport de confiance entre autorités.....	46
9.1.2. Création d'une banque de données des demandeurs	47
9.1.3. Pratique en matière d'émoluments	48
9.2. Questions 2013.....	48
9.2.1. Coordination pour les demandes multiples.....	48
9.2.2. Droits des tiers concernés dans le cadre de l'information active	48

1. Généralités

1.1. Questions 2006-2011

1.1.1. Echange de données au plan international

Question: Plusieurs entités fédérales participent à des échanges de données au plan international. Comment peut-on éviter le risque que ces autorités ne reçoivent plus de données de la part d'autorités étrangères au motif que ces informations pourraient être rendues publiques en vertu de la LTrans?

Réponse: Etant donné que la majeure partie des pays industrialisés connaît le principe de la transparence, il paraît peu vraisemblable que son introduction en Suisse mette en danger l'échange de données au plan international. Pour ce qui est de l'accès à des données obtenues par ces canaux, il y a lieu de différer, de limiter ou de refuser l'accès en application d'une clause d'exception. On peut songer à la protection de relations internationales ou de secrets d'affaires. Les informations commercialisées par l'autorité elle-même sont de toute manière exclues du champ d'application de la loi sur la transparence.

Renvois: art. 7, al. 1, let. d et g, LTrans; FF **2003** 1851 ss.

1.1.2. Secret de fonction

Question: Si le principe de la transparence représente la règle et le maintien du secret l'exception, quelle est la portée du secret de fonction?

Réponse: Le secret de fonction est indirectement redéfini quant à sa portée. Seules les informations qui ne tombent pas dans le champ d'application de la LTrans, qui sont rendues secrètes par la législation spéciale ou qui tombent sous une des exceptions prévues dans la loi sur la transparence elle-même restent soumises au secret de fonction.

Cela ne signifie pourtant pas que toutes les informations non accessibles en vertu de la loi sur la transparence tombent automatiquement sous le secret de fonction. Le secret de fonction ne s'applique que si l'information elle-même représente un secret (si elle n'est notamment pas déjà généralement connue). Cela n'est par définition pas le cas si l'unité compétente décide que l'information doit être rendue publique, car la volonté de maintenir le secret ferait alors défaut du côté du "maître du secret".

Renvois: art. 3, 4, 8, LTrans; FF **2003** 1832 ss, 1854 ss; Handkommentar BGÖ, art. 4 ch. 12.

1.1.3. Violations du secret de fonction

Question: Au regard des marges d'appréciation accordées par la loi sur la transparence, n'existe-t-il pas le risque que des employés de la Confédération soient poursuivis pour violation du secret de fonction s'ils rendent un document accessible, par exemple lorsqu'il s'avère seulement après coup qu'un certain document contenait un secret d'affaires?

Réponse: La condition d'une violation du secret de fonction au sens du code pénal est que l'auteur ait agi intentionnellement ou par dol éventuel, qu'il ait su, en d'autres termes, qu'il existe un secret, et qu'il l'ait révélé intentionnellement à des personnes non autorisées.

Si la demande est traitée et appréciée conformément aux bases légales et si l'unité ou la personne compétente prend la décision selon les règles de la loi, de l'ordonnance et des

directives complémentaires des départements et des offices, il n'existe pas de risque d'une violation du secret de fonction.

1.1.4. Conséquences pour la responsabilité

Question: Est-ce que la responsabilité de la Confédération est engagée si le fait de rendre un document accessible engendre un dommage pour un tiers? A quelles conditions l'employé chargé du dossier doit-il indemniser un dommage?

Réponse: La Confédération répond d'une activité d'information dommageable uniquement si cette activité est *illégitime*. Si un document a été rendu accessible à juste titre, il n'y aura aucune conséquence au niveau de la responsabilité.

Si un dommage est survenu et s'il s'est avéré après coup (p. ex. à la suite d'une décision judiciaire) qu'un document a été rendu accessible à tort, le recours contre la personne qui avait agi, donc contre l'employé chargé du dossier, n'est concevable que si elle a causé le dommage intentionnellement ou par négligence grave.

Il s'avère donc à nouveau qu'il n'existe pas de risque si l'évaluation de l'accessibilité d'un document est effectuée soigneusement dans le cadre de la procédure établie.

1.2. Questions 2012

1.2.1. Transparence et entraide administrative

Question: Est-ce qu'une autorité peut avoir accès à des documents officiels en vertu de la loi sur la transparence et éluder ainsi les règles sur l'entraide administrative?

Réponse: En vertu de l'art. 6 LTrans, toute personne morale ou physique a le droit de consulter des documents officiels. Par contre, la LTrans ne confère pas aux collectivités publiques un accès privilégié aux documents officiels. Sur le plan formel, une autorité ne saurait donc se prévaloir de la loi sur la transparence pour obtenir des informations d'une autre autorité.

Dans l'hypothèse où une personne physique présente en son nom une demande d'accès pour satisfaire la curiosité de l'autorité pour laquelle elle travaille, l'autorité saisie de la demande d'accès ne vérifiera pas la qualité pour agir du demandeur puisque la loi sur la transparence ne pose aucune exigence particulière pour présenter une demande d'accès. Si le document est accessible en vertu de la loi sur la transparence, le demandeur aura le droit de le consulter et d'informer l'autorité pour laquelle il travaille.

Les demandes d'entraide administrative portent en principe sur des documents contenant des données personnelles. En vertu de la loi sur la transparence, le droit d'accès peut être restreint si l'accès à un document officiel peut porter atteinte à la sphère privée d'un tiers (art. 7, al. 2, LTrans). De plus, les documents contenant des données personnelles doivent si possible être rendus anonymes (art. 9 LTrans); à défaut les conditions de l'art. 19 LPD s'appliquent (voir ci-après ch. 3.1.3: Documents contenant des données personnelles). Les documents contenant des données personnelles ne sont donc en principe pas accessibles en vertu de la loi sur la transparence et l'autorité ne pourra les obtenir que par le biais d'une procédure d'entraide administrative. Au vu de ce qui précède, le risque que les règles sur l'entraide administrative soient éludées est inexistant pour les documents qui ne sont pas accessibles en vertu de la loi sur la transparence. Ce risque reste théorique pour les documents accessibles au public.

Renvois: Handkommentar BGÖ, art. 6 ch. 20-25.

2. Champ d'application

2.1. Questions 2006-2011

2.1.1. Information active et passive

Question: Est-ce que la loi sur la transparence oblige également les autorités à rendre accessibles d'office certains documents (Bring-Prinzip)?

Réponse: La loi sur la transparence règle uniquement l'accès aux documents officiels sur demande (Hol-Prinzip). Elle *ne rend pas* obligatoire la publication de certains documents et *ne constitue pas* une base légale justifiant la publication de certaines informations (en particulier des informations qui se réfèrent à des personnes). Elle ne limite pas non plus la politique d'information active des autorités.

L'ordonnance prévoit que des documents importants doivent être publiés le plus rapidement possible. La question de savoir quels documents sont "importants" se détermine en général sur la base du contexte de l'affaire. Sont considérés comme documents importants notamment des documents particulièrement informatifs pour le grand public, p. ex. des documents qui offrent une vue d'ensemble d'une certaine problématique, qui présentent des variantes, etc. De plus, les autorités sont tenues de publier des informations sur les informations disponibles.

Renvois: art. 17 ss OTrans; commentaire OTrans ch. 7.2 ss; Handkommentar BGÖ Einleitung ch. 86 ss; Handkommentar BGÖ, art. 6, ch. 62 ss.

2.1.2. Information commercialisée

Question: Est-ce qu'en vertu de la loi sur la transparence des particuliers peuvent obtenir gratuitement des informations ou des données commercialisées par les autorités et offrir ensuite sur le marché les produits correspondants?

Réponse: Les informations commercialisées par l'autorité elle-même ne tombent pas dans le champ d'application de la loi sur la transparence. Cela vaut également pour des informations, p. ex. des banques de données, qui sont utilisées principalement pour la confection de produits commercialisables.

Les avis de droit ou rapports qui ont été établis par une autorité à la demande d'un particulier moyennant le paiement d'un émolument, ne sont pas considérés comme des documents commercialisés au sens de la loi sur la transparence. Ils sont donc en principe accessibles au public.

Renvois: art. 5, al. 3, let. a, LTrans; art. 1, al. 1, OTrans; FF **2003** 1839; guide pour l'appréciation des demandes, ch. 1.1.

2.1.3. Documents provenant d'autorités, d'organisations ou de personnes qui ne sont pas soumises à la LTrans ou qui ne le sont qu'en partie

Question: Est-ce que des documents provenant d'autorités, d'organisations ou de personnes qui ne sont pas soumises à la LTrans ou qui ne le sont qu'en partie sont accessibles s'ils se trouvent en possession d'une autorité soumise à la loi?

Réponse: Tout document qui remplit les critères fixés par la LTrans est en principe accessible en tant que "document officiel". Cela vaut également pour des documents

transmis à une autorité par des tiers qui ne sont pas soumis à la LTrans (p. ex. des particuliers, des entreprises, Swisscom) ou qui ne le sont qu'en partie (p. ex. La Poste, les CFF). N'est pas non plus déterminant le fait que les documents proviennent d'une source suisse ou étrangère. De tels documents sont accessibles pour autant qu'aucune clause d'exception selon la LTrans et aucune norme spéciale ne trouvent application dans le cas d'espèce.

Les organisations externes à l'administration ne sont que partiellement soumises à la LTrans, soit lorsqu'elles rendent des décisions. Lorsqu'elles ne sont pas assujetties à cette loi, elles doivent être considérées comme des tiers.

Renvois: art. 5, al. 1, let. b, LTrans; FF **2003** 1835 ss; guide pour l'appréciation des demandes, ch. 1.1, Handkommentar BGÖ, art. 5 ch. 18.

2.1.4. Application aux commissions extraparlimentaires

Question: Est-ce que la loi sur la transparence s'applique aux commissions extraparlimentaires?

Réponse: Oui. Par commission extraparlimentaire, on entend les commissions consultatives qui donnent des avis et préparent des projets ainsi que les commissions qui disposent d'un pouvoir de décision (« commissions décisionnelles »). Ces commissions font partie de l'administration fédérale décentralisée et sont donc soumises à la loi sur la transparence (voir ci-après ch. 7.2.6: Commissions extraparlimentaires et pouvoir décisionnel).

Les commissions d'experts, groupes de travail et autres commissions formées ad hoc institués par l'administration pour certaines tâches sont également soumis à la loi sur la transparence.

Renvois: art. 2, al. 1, let. a, LTrans; art. 7a et 8a de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA; RS 172.010.1); arrêts du TAF (A-1135/2011) du 7.12.2011 et arrêt du TAF (A-3192/2010) du 17.6.2011; arrêt du TAF (A-4962/2012) du 22.4.2013.

2.1.5. Commissions parlementaires

Question: Est-ce que la loi sur la transparence s'applique également à des documents de commissions parlementaires, qui se trouvent en possession de l'administration?

Réponse: Les travaux des commissions parlementaires demeurent confidentiels selon les dispositions de la loi sur le Parlement. La confidentialité s'applique notamment aux procès-verbaux des délibérations au sein des commissions. L'ordonnance sur l'administration du Parlement règle l'accès à de tels documents et aux procès-verbaux des commissions (voir également ch. 4.2.2: Documents transmis aux commissions parlementaires).

Renvois: art. 47 de la loi sur le Parlement (LParl; RS 171.10), art. 4 et ss de l'ordonnance sur l'administration du Parlement (OLPA; RS 171.115); arrêt du TAF (A-1135/2011) du 7.12.2012.

2.1.6. Demandes émanant de députés

Question: Est-ce que des députés peuvent également demander l'accès à des documents officiels en vertu de la LTrans?

Réponse: Les députés des Chambres fédérales possèdent des droits à l'information qui font l'objet de la réglementation particulière de l'art. 7 de la loi sur le Parlement (RS 171.10). Ils ont le droit d'obtenir des renseignements sur toute question intéressant la Confédération et de consulter les dossiers dans la mesure où cela est nécessaire pour l'exercice du mandat parlementaire. Selon cette disposition, un député n'a dès lors pas droit à des informations sur lesquelles le Conseil fédéral s'est directement fondé pour prendre une décision (documents de co-rapport), qui relèvent de la sûreté de l'Etat ou du service de renseignements ou qui doivent rester confidentielles pour des motifs de protection de la personnalité. Les droits à l'information des députés vont donc en principe plus loin que le droit d'accès général régi par la LTrans.

Les commissions et délégations disposent de droits à l'information plus larges que les députés pris individuellement.

Les unités des services parlementaires ont les mêmes droits à l'information que les organes de l'Assemblée fédérale pour lesquels ils déploient leurs activités.

Renvois: art. 7, 67, 150, 153, 154 et 166 de la loi sur le Parlement (LParl; RS 171.10).

2.2. Questions 2012

2.2.1. Champ d'application à raison de la personne

Question: Pour quelles raisons le législateur a-t-il adopté les exceptions prévues à l'art. 2, al. 2, LTrans?

Réponse: Lors de l'élaboration de la loi sur la transparence, le législateur a opté pour un système d'exceptions qui se base sur une pesée des intérêts en cause dans un cas d'espèce (art. 7 LTrans) et non pour un système d'exceptions au niveau du champ d'application de la loi. Les exceptions concernant la Banque nationale suisse et l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sont exclusivement de nature politique et historique (art. 2, al. 2, LTrans). Ces exceptions ne se fondent pas sur des motifs matériels.

2.2.2. Assujettissement des membres du Conseil fédéral

Question: En sa qualité de chef de département, un membre du Conseil fédéral est-il soumis à la LTrans ?

Réponse: L'ensemble du Conseil fédéral constitue le gouvernement (art. 1 LOGA). Le Conseil fédéral prend ses décisions en tant qu'autorité collégiale (art. 12 LOGA). Ses délibérations et la procédure de co-rapport ne sont pas publiques (art. 21 LOGA). S'il dirige l'administration fédérale, le Conseil fédéral est une autorité distincte de celle-ci et donc non soumise à la loi sur la transparence (cf. ex contrario art. 2, al. 1, let. a, LTrans).

En ce qui concerne les conseillers fédéraux, il faut distinguer s'ils agissent en tant que membres du Conseil fédéral ou en tant que chefs de département ou, en d'autres termes, en qualité de chef de l'administration.

Lorsqu'un conseiller fédéral agit en tant que chef de l'administration, il est soumis à la LTrans. Tel est le cas s'il répond à une lettre de citoyen ou s'il transmet une note manuscrite au directeur d'un office avec pour mandat d'exécuter une tâche.

En revanche, lorsqu'un conseiller fédéral agit en qualité de membre du Conseil fédéral, il n'est pas soumis au champ d'application de la LTrans. Tel est le cas lorsqu'il soumet, par exemple, une proposition, une note d'information ou une note de discussion au Conseil fédéral (classeur rouge).

S'agissant, par exemple, de la nomination ou de la résiliation des rapports de service d'un directeur d'office, les principes suivants sont applicables: lorsque le Conseil fédéral engage ou licencie un employé de la fonction publique (sur proposition d'un membre, suivie d'une décision gouvernementale), il agit en qualité de collègue. En revanche, le contrat de travail de droit public ou le contrat de résiliation de droit public établis suite à la décision du Conseil fédéral est un acte administratif, donc soumis à la loi sur la transparence.

Renvois: Handkommentar BGÖ, art. 2, ch. 12 ss.; recommandation du PFPDT du 18.11.2010 (VBS / Inspektionsberichte ND-Aufsicht); recommandation du PFPDT du 9.12.2010 (EDA / Autorisiertes Interview); arrêt du TAF (A-1156/2011) du 22.12.2011; arrêt du TAF (A-3609/2010) du 17.02.2011.

2.2.3. Champ d'application à raison de la matière

Question: L'art. 3 LTrans exclut certaines procédures de son champ d'application à raison de la matière. S'agit-il uniquement de procédures pendantes ou cette exclusion concerne-t-elle aussi des procédures closes?

Réponse: Il convient en premier lieu de rappeler que les documents concernant une procédure administrative de première instance sont soumis à la LTrans. Par conséquent, ces informations sont en principe accessibles, à moins que les exceptions des art. 7 et 8 LTrans ne s'appliquent dans le cas d'espèce (voir ci-après ch. 3.1.1: Documents concernant des procédures de première instance).

Lorsqu'une décision de première instance fait l'objet d'un recours, l'autorité fédérale compétente transmet la décision, ses observations et le dossier à l'autorité de recours compétente. Jusqu'à la décision sur recours, il y a lieu de considérer que ces documents font partie d'une procédure juridictionnelle de droit public (« Verfahren der Staats- und Verwaltungsrechtspflege », soit le contentieux de droit public devant une autorité administrative supérieure ou un tribunal). Ils ne sont donc pas soumis au principe de transparence en vertu de l'art. 3, al. 1, let. a, ch. 5, la LTrans. Toute demande d'accès adressée à l'autorité de première instance ou à l'autorité de recours alors qu'une procédure juridictionnelle de droit public est pendante, est par conséquent irrecevable. Une fois la procédure close, l'autorité de recours retourne à l'autorité de première instance l'original de la décision attaquée ainsi que le dossier administratif. A partir de ce moment, ces documents entrent à nouveau dans le champ d'application de la LTrans et sont donc en principe accessibles. Les actes de procédure tels que des échanges d'écriture et des procès-verbaux qui sont en possession de l'autorité de première instance, restent exclus du champ d'application de la loi, même après la clôture de la procédure de recours.

Après la clôture de la procédure, l'autorité de recours garde dans son dossier une copie de la décision attaquée, les échanges d'écritures et un exemplaire de la décision de recours. Ces documents sont des actes de procédure. Les échanges d'écritures et la décision de recours sont exclus du champ d'application de la loi sur la transparence. De plus, l'autorité de recours n'est pas assujettie à la LTrans (art. 2 LTrans a contrario). La décision attaquée est accessible selon la LTrans auprès de l'autorité de première instance.

Les dispositions spéciales prévues dans les lois fédérales d'organisation judiciaire au sujet de l'applicabilité de la LTrans sont une concrétisation de l'exception prévue à l'art. 3, al. 1, let. a, ch. 5, LTrans. L'accès aux documents concernant les procédures juridictionnelles devant les tribunaux fédéraux est en effet exclu du champ d'application de la LTrans, que ces procédures soient pendantes ou closes auprès du tribunal compétent. Après la clôture d'une procédure devant un tribunal de la Confédération, seul son arrêt est en principe accessible au public sous une forme anonyme.

Vu la systématique de l'art. 3, al. 1, let. a, LTrans, les exceptions prévues aux ch. 1 à 5 LTrans ne sauraient être interprétées différemment les unes des autres.

Renvois: FF **2003** 1832; une partie de la doctrine est d'un autre avis: Handkommentar BGÖ art. 3, ch. 10 ss; Bernhard Waldmann et Magnus Oeschger, VwVG Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, art. 26, p. 537- 538.

2.2.4. Champ d'application ratione temporis

Question: En cas de changement de pratique, quelle sera la réglementation qui vaudra pour les documents officiels qui doivent être régulièrement adaptés? Y aura-t-il application rétroactive de la LTrans ?

Réponse: Cette problématique se pose également par rapport à l'application de la LTrans aux documents antérieurs à son entrée en vigueur. Selon la disposition transitoire de la LTrans (art. 23 LTrans), cette loi s'applique aux documents officiels qui ont été produits ou reçus par l'autorité après son entrée en vigueur. La LTrans ne dit rien en revanche s'agissant de documents officiels qui doivent régulièrement être adaptés.

Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, il y a lieu de considérer que le critère pour déterminer si la loi s'applique ratione temporis n'est pas le début du processus pour établir un document mais le moment précis où un document atteint son stade définitif d'élaboration. Chaque mise à jour d'un document correspond à ce moment. Il s'agit à chaque fois d'un nouveau document officiel au sens de la LTrans. Une solution contraire signifierait que des documents qui doivent être régulièrement mis à jour tels que des banques de données ne pourraient jamais tomber sous le coup de la LTrans, dès lors qu'ils ont été initialement créés avant son entrée en vigueur. Une telle conception aurait pour résultat de vider la LTrans de sa substance, ce qui ne serait pas conforme à la volonté du législateur.

Ce raisonnement peut également s'appliquer au changement de pratique par rapport à l'application de la LTrans. Par conséquent, il y a lieu de considérer que des documents mis à jour après un changement de pratique constituent de nouveaux documents et sont donc soumis au principe de transparence.

Renvois: Handkommentar BGÖ art. 23 ch. 11; Arrêt du TAF (A-7369/2006) du 24.07.2007.

2.3. Questions 2013

2.3.1. Dénonciation à une autorité

Question: Est-ce qu'une dénonciation adressée à l'autorité compétente qui ne donne pas lieu à l'ouverture d'une procédure pénale administrative est considérée comme un acte de procédure non soumis à la LTrans ?

Réponse: Par la dénonciation, il s'agit de transmettre à l'autorité des faits qui doivent l'amener à ouvrir une procédure pénale. Elle a donc trait à une procédure pénale au sens de

l'art. 3, al. 1, let. a, ch. 2, LTrans. Du point de vue de la loi sur la transparence, peu importe que cette procédure soit classée, voire qu'elle ne soit pas même ouverte.

La dénonciation à une autorité administrative au sens de l'art. 1 de la loi du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA ; RS 313.0) peut revêtir dans certains cas un double aspect: d'une part celui d'une plainte pénale, d'autre part celui d'une dénonciation au service administratif chargé de surveiller certaines activités des particuliers et d'intimer s'il le faut des injonctions de droit administratif. Elle devrait être traitée selon les règles de la LTrans, car il n'est pas possible de dissocier du reste son caractère pénal.

2.3.2. Plainte à une autorité de surveillance

Question: Les plaintes à l'autorité de surveillance qui ne s'inscrivent pas dans une procédure juridictionnelle de droit public au sens de l'art. 3, al. 1, let. a, ch. 5, LTrans entrent-elles dans le champ d'application matériel de la LTrans ?

Réponse: Une plainte à l'autorité de surveillance n'est pas une procédure juridictionnelle au sens de l'art. 3, al. 1, let. a, ch. 5, LTrans.

En principe, il ne s'agit pas non plus d'une procédure administrative de première instance au sens de l'art. 3, al. 1, let. b, LTrans. Dans la mesure où la procédure administrative ne connaît pas d'ouverture formelle de la procédure, il faut partir du principe selon lequel le dépôt de la plainte n'entraîne pas ouverture d'une procédure administrative de première instance.

3. Coordination avec d'autres lois

3.1. Questions 2006-2011

3.1.1. Documents concernant des procédures de première instance

Question: Est-ce que l'accès aux documents concernant des procédures de première instance (donc des procédures aboutissant à une décision) est déterminé selon le droit de procédure applicable (c'est-à-dire en général selon la loi sur la procédure administrative)?

Réponse: Non. L'accès aux documents concernant une procédure de première instance est régi par la LTrans. Fait également partie de la procédure de première instance la procédure d'opposition qui doit être menée avant la décision définitive de l'autorité de première instance (selon les règles applicables à la procédure dans le domaine concerné). Le droit de procédure s'applique par contre au droit des parties de consulter le dossier.

Les documents qui concernent une procédure administrative de première instance ne sont accessibles que lorsque la décision est définitive et exécutoire.

Renvois: art. 3, al. 1, let. b, et art. 8, al. 2, LTrans; FF **2003** 1832; guide pour l'appréciation des demandes, ch. 1.4.

3.1.2. Réserve de la législation spéciale en matière de secret

Question: Dans quels cas doit-on considérer qu'une disposition légale spéciale déclare certaines informations comme « secrètes » et qu'elle prime par conséquent sur le droit d'accès?

Réponse: Les dispositions légales spéciales en matière de secret sont réservées, dès qu'une loi limite expressément le cercle des personnes qui sont en droit de connaître l'information. Tel est le cas lorsque la disposition légale parle de « secret » ou prévoit que « l'obligation de garder le secret » doit être garantie ou que des faits doivent être traités de manière « confidentielle ».

Il n'est en revanche pas nécessaire que les informations ou le document en question soient formellement classifiés « SECRETS ». Une telle classification ne prime pas sur le droit d'accès. Si un document est classifié, il incombe à l'autorité compétente d'examiner si cette mesure peut être levée (voir ch. 4.2.3: Documents classifiés).

Renvois: art. 4, al. 1, let. a, LTrans; art. 11, al. 5, OTrans; FF **2003** 1832; guide pour l'appréciation des demandes, ch. 4.5.

3.1.3. Documents contenant des données personnelles

Question: Est-ce que des documents contenant des données personnelles peuvent être rendus accessibles sur la base de la LTrans?

Réponse: En principe, l'art. 9, al. 1, LTrans oblige à anonymiser les données. Mais même si c'est faisable, *elles ne doivent être anonymisées que dans la mesure du possible*. L'autorité doit s'appuyer sur la Constitution et respecter notamment les principes de l'égalité et de la proportionnalité, ainsi que l'obligation de préserver l'intérêt public. L'obligation d'anonymiser les données n'est donc pas absolue, elle doit être appréciée au cas par cas. L'autorité n'est pas tenue d'anonymiser les données si la sphère privée de la personne concernée n'est pas touchée. Dans ce cas, l'anonymisation pourrait même représenter une restriction disproportionnée du droit d'accès aux documents. Il faut en effet garder à l'esprit que le législateur visait la transparence en adoptant la loi.

En anonymisant les documents, il faut supprimer le lien avec la personne de telle sorte qu'un tiers ne puisse plus retrouver son identité sans des efforts disproportionnés (voir ch. 6.2.2 : Directives concernant le caviardage de documents).

La LTrans permet, à titre exceptionnel, de donner accès à des documents qui contiennent des données personnelles alors qu'il n'est pas possible de les anonymiser et que les personnes concernées ne consentent pas à leur divulgation (voir ch. 3.3.2 : Demandes mixtes LTrans / LPD). Ainsi, l'accès est accordé lorsqu'il existe un intérêt public prépondérant. Selon l'art. 6, al. 2, let. c, OTrans, ce peut être le cas lorsque la personne concernée est liée à une autorité soumise à la loi sur la transparence par un rapport de fait ou de droit qui lui procure des avantages importants. La publication est ainsi concevable lorsqu'il s'agit de documents liés à l'octroi d'avantages économiques considérables à des particuliers (contrats, subventions), lorsque des titulaires d'autorisations ou de concessions sont touchés ou lorsqu'il s'agit de contrats passés entre l'Etat et des particuliers. Il est dans l'intérêt public de savoir comment l'autorité a agi dans le cas d'espèce et comment elle a utilisé l'argent des contribuables. En effet, la LTrans est aussi un instrument de lutte contre la fraude et la corruption. Les personnes concernées doivent être entendues au préalable et peuvent participer à la suite de la procédure (voir ch. 7.2.1 à 7.2.4 : droits des tiers concernés).

Renvois: art. 7, al. 2, art. 9 et 11 LTrans; art. 6 OTrans; art. 19, al. 2 et 4, LPD, Handkommentar BGÖ, art. 7, ch. 47; FF **2003** 1854, 1857 s., 1863; guide pour l'appréciation des demandes et check-list, p. 8,

ch. 3.1.; Handkommentar BGÖ, art. 9, ch. 20 ss; Häfeli/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zurich, 2010, ch. 441; Office fédéral de la justice, Gutachten betreffend die Zugänglichkeit nach dem Öffentlichkeitsgesetz von Abgaben über Beratungsmandate vom 5.07.2012, ch. 2.1.4; Brunner / Flückiger, Nochmals: Der Zugang zu amtlichen Dokumenten, die Personendaten enthalten, in: Jusletter 4.10.2010, ch. 5, 13; Handkommentar DSG, art. 19, al. 1^{bis}, ch. 48, Zurich 2008.

3.2. Questions 2012

3.2.1. Réserve de la législation spéciale en matière d'accès

Question: Est-ce que l'art. 4, let. b, de la loi sur la transparence réserve uniquement les dispositions spéciales en matière d'information passive ou également les dispositions spéciales en matière d'information active?

Réponse: L'art. 4, let. b, LTrans réserve les dispositions spéciales qui instituent un régime de publicité spécifique en privilégiant certains domaines aussi bien dans le cadre de l'information passive que dans le cadre de l'information active. Ces normes ont pour objet soit de garantir la publicité absolue des documents désignés (et dans ce cas les exceptions de la LTrans ne sont pas applicables) soit d'instituer des dérogations moins étendues que celles posées à l'art. 7 LTrans, soit encore de prévoir des modalités de consultation spécifiques. Ces normes spéciales priment si elles vont plus loin en matière d'accès à l'information que la LTrans. Tel est le cas par exemple si une disposition spéciale prévoit une obligation pour l'autorité de publier un document.

Renvois: FF **2003** 1832-1833; Handkommentar BGÖ, art. 4, ch. 3 et ss; note de l'OFJ du 3.02.2012 concernant l'interprétation de l'art. 4, let. b, LTrans.

3.2.2. Principe de finalité selon l'art. 19, al. 1bis, let. a, LPD

Question: Comment faut-il interpréter l'art. 9, al. 2, LTrans en liaison avec l'art. 19, al. 1^{bis}, LPD? Plus précisément, comment faut-il comprendre le principe de finalité régissant la communication des données conformément à l'art. 19, al. 1^{bis}, let. a, LPD en relation avec la définition prévue à l'art. 5, al. 1, let. c, LTrans?

Réponse: Lorsque la demande d'accès porte sur des documents officiels qui ne peuvent pas être rendus anonymes, les organes fédéraux peuvent communiquer des données personnelles en vertu de la LTrans à condition toutefois que les données concernées soient en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques et que la communication réponde à un intérêt public prépondérant (art. 19, al. 1^{bis}, LPD).

S'agissant du principe de finalité, le Tribunal administratif fédéral a statué ce qui suit: selon l'art. 19, al. 1^{bis}, qui constitue une norme de coordination réglementant l'accès aux documents officiels contenant des données personnelles [...], les organes fédéraux peuvent communiquer des données personnelles en vertu de la loi sur la transparence, lorsque les données concernées sont en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques (let. a) et que la communication répond à un intérêt public prépondérant (let. b; voir également l'art. 7, al. 2, LTrans). La première condition tient compte du principe de finalité. En outre, elle découle de la définition du terme « document officiel », telle qu'elle ressort de la LTrans (art. 5, al. 1, let. c) [...]. Quant à la seconde condition, son application exige une pesée des intérêts en jeu dans le cas d'espèce.

Renvois: Handkommentar BGÖ, art. 5 ch. 19 ss, art. 7 ch. 79 ss, art. 9 ch. 47; FF **2003** 1873; Basler Kommentar Datenschutzgesetz, Maurer-Lambrou/Vogt (ed.) Bâle 2006, art. 19 ch. 96; arrêt du TAF (A-1135/2011) du 7.12.2011.

3.2.3. Transparence et droit d'auteur

Question: Quels sont les documents protégés par le droit d'auteur? Qui est le titulaire des droits d'auteur ? Quelles sont les restrictions d'utilisation prévues par le droit d'auteur ?

Réponse: Le droit d'auteur se rattache toujours à une « œuvre ». L'art. 2 de la loi sur le droit d'auteur du 9 octobre 1992 (LDA; RS 231.1) définit cette notion. Il y a œuvre au sens du droit d'auteur lorsque les trois critères suivants sont remplis: l'œuvre est une création de l'esprit; elle est de nature littéraire ou artistique; enfin, elle a un caractère individuel (art. 2, al. 1, LDA). En d'autres termes, tout ce qui ne réunit pas ces trois critères, n'est pas protégé par le droit d'auteur. Tel est, par exemple, le cas des formulaires administratifs ou des lettres-type pour prendre le domaine des documents officiels.

Par principe, les œuvres administratives ne sont pas protégées par le droit d'auteur. En effet, l'intérêt à ce que ces œuvres soient diffusées sans entrave prime la protection de celles-ci par le droit d'auteur. Aux termes de l'art. 5 LDA, cette règle d'exclusion s'applique aux actes officiels suivants:

- Les lois, ordonnances, accords internationaux et autres actes officiels. Ne sont pas protégés non plus les actes du degré inférieur à l'ordonnance, tels que les circulaires, les instructions ou les directives relatives à l'interprétation de normes (let. a) et
- les décisions, procès-verbaux et rapports qui émanent des autorités ou des administrations publiques (let. b). Entrent notamment dans cette catégorie, les jugements, ordonnances, décisions, communications officielles, messages à l'appui de projets législatifs, notices et autres explications, commentaires ou exposé de motifs, enfin documents mis en consultation. A cette énumération, il convient d'ajouter les rapports d'experts et les documents émanant de commissions ou de groupes de travail de même que les avis de droit et autres expertises qui ont été repris dans des rapports officiels. Enfin les œuvres de particuliers qui figurent dans des décisions, procès-verbaux et rapports.

Les contenus qui ne répondent pas à la définition de l'œuvre au sens de l'art. 2, al. 1, LDA et qui figurent au nombre des exceptions prévues à l'art. 5 LDA, ne sont pas protégés par le droit d'auteur. Ils peuvent être utilisés librement, y compris à des fins commerciales. Seul le principe de transparence leur est donc applicable (art. 6, al. 3, LTrans, interprété a contrario).

La réserve de l'art. 6, al. 3, LTrans s'applique aux contenus qui répondent à la définition de l'œuvre au sens de l'art. 2, al. 1, LDA et qui ne figurent pas au nombre des exceptions prévues à l'art. 5 LDA. Dans le cas d'une demande d'accès, les art. 2, 5, 10 et 19 LDA revêtent une grande importance pour les personnes et organes concernés. Aux termes de l'art. 10 LDA, *seul l'auteur a le droit* de déterminer si l'œuvre peut être utilisée et, dans l'affirmative à quel moment et de quelle manière. L'autorisation d'utiliser à des fins déterminées des œuvres protégées qui ont été publiées découle directement de la loi sur le droit d'auteur. Tel est notamment le cas des citations (art. 25 LDA) et de l'utilisation de l'œuvre à des fins privées (art. 19 LDA). L'art. 19 LDA statue l'autorisation générale d'utiliser les œuvres à des fins privées tout en prévoyant que, dans les écoles, celles-ci ne peuvent être utilisées qu'à des fins pédagogiques et qu'au sein des entreprises, administrations publiques, institutions, commissions et organismes analogues, des exemplaires des œuvres ne peuvent être reproduits qu'à des fins d'information interne ou de documentation. Lorsqu'une œuvre est disponible sur le marché, seule la reproduction d'extraits est autorisée. L'autorisation fondée sur la loi permet d'utiliser les œuvres sans consulter préalablement les ayants droit.

Quiconque est habilité à utiliser une œuvre à *des fins privées*, peut en faire lui-même des copies, utiliser à cette fin les photocopieuses d'un tiers ou encore charger ce tiers de faire lui-même les copies. Lorsque les copies sont réalisées par un tiers au sens de l'art. 19, al. 2, LDA, l'œuvre n'est plus utilisée à des fins purement privées. Dans ces cas également, seule la reproduction d'extraits de l'œuvre est autorisée lorsque celle-ci est disponible sur le marché.

Le fait d'avoir accès à un document officiel (LTrans) et le droit d'en faire usage à des fins personnelles (LDA) *ne permettent pas* à l'usager de reproduire ou d'utiliser les copies qu'il a tirées lui-même ou qui lui ont été remises, dans *une mesure sortant des limites imparties par l'autorisation dans le cas concret*. Il convient de relever que le principe de l'égalité en matière d'accès, statué à l'art. 2 OTrans, lie l'autorité en ce sens qu'une fois qu'elle a accordé l'accès à une personne, elle ne peut plus appliquer des modalités plus rigoureuses aux demandeurs qui suivront. Ce principe ne signifie en rien que le *demandeur a le droit de permettre à d'autres personnes d'accéder au document officiel qu'il a obtenu*, par exemple, en publiant une copie sur Internet. Les demandeurs sont, en effet, tenus de respecter les normes de la LDA (notamment, l'art. 25 et les conditions auxquelles il soumet les citations).

Quiconque entend réutiliser une copie obtenue suite à une demande d'accès (quel que soit le support d'information choisi, y compris une page Internet), doit en demander l'autorisation à l'auteur (titulaire du droit). Aux termes de l'art. 5, al. 2, OTrans, l'autorité qui remet une copie du document protégé par le droit d'auteur, attire l'attention du demandeur sur les restrictions d'utilisation. Cette communication n'est, cependant, pas constitutive des restrictions proprement dites. Elle a valeur de simple avertissement et peut donc être formulée en termes généraux. Cela étant, il incombe au demandeur d'examiner si l'utilisation qu'il entend faire du document qu'il a obtenu en vertu de la LTrans, est compatible avec le droit d'auteur, en particulier avec l'art. 10, al. 1, LDA.

Les restrictions d'utilisation imposées par le droit d'auteur pourraient faire obstacle à la diffusion de documents officiels. Si ces documents émanent de tiers, ces restrictions sont légitimes car, en transmettant ces documents, ceux-ci n'ont pas automatiquement renoncé à exercer leurs droits d'exclusivité. En revanche, ces restrictions ne sont guère appropriées s'agissant de documents qui ont été établis par l'administration ou à la demande de celle-ci et auxquels s'applique le principe de transparence. Il est incompatible avec le but du principe de transparence que l'administration invoque le droit d'auteur pour faire obstacle à la diffusion du document demandé. Ce qui importe en l'occurrence est que l'autorité veille à déterminer qui détient les droits tant sur les œuvres produites par l'administration que sur celles dont la réalisation a été confiée à un mandataire. Lorsque des documents sont transmis en vertu d'un contrat ou d'une obligation légale, il y a lieu d'appliquer la théorie de la finalité (« *Zwecksübertragungstheorie* »). En revanche, lorsqu'un document protégé par le droit d'auteur est communiqué spontanément à l'autorité, l'auteur conserve ses droits sur ce document.

Renvois: FF **2003** 1822 ss et 1844 ss; Handkommentar BGÖ, art. 6 ch. 49 ss; Cherpillod, Stämpflis Handkommentar Urheberrechtsgesetz (URG), Berne 2006, art. 5 ch. 5, art. 19 ch. 5 ss; Barrelet/Egloff: Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, troisième édition augmentée et entièrement remaniée, Berne 2008, art. 5 ch. 4 ss, art. 16 ch. 20 ss, art. 19 ch. 1 ss; ATF 133 III 473; Message concernant l'arrêté fédéral relatif à l'approbation de deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et concernant la modification de la loi sur le droit d'auteur, FF **2006** 3263.

3.3. Questions 2013

3.3.1. Loi sur la transparence et protection des données

Question: Comment la coordination de la loi sur la transparence et la loi sur la protection des données est-elle assurée?

Réponse: Le législateur a réglé le rapport entre la LTrans et la LPD aux art. 3, al. 2, 7, al. 2 et 9 LTrans ainsi qu'aux art. 19, al. 1^{bis} et 25^{bis} LPD.

Il convient de distinguer quatre situations:

1. Le demandeur demande l'accès à ses données personnelles:

- L'art. 3, al. 2, LTrans prescrit que l'accès aux documents officiels contenant les données personnelles du demandeur est régi par la LPD. Il s'agit donc d'une demande d'accès au sens de l'art. 8 LPD.
- En cas de refus ou de restriction du droit d'accès conformément à l'art. 9 LPD, l'autorité doit notifier au demandeur une décision au sens de l'art. 5 PA.
- La procédure de recours est régie par les dispositions générales de la procédure fédérale.

2. Le demandeur demande l'accès à des documents contenant des données personnelles de tiers qui peuvent être anonymisées:

- L'art. 9, al. 1, LTrans dispose que les documents contenant des données personnelles doivent si possible être rendus anonymes avant qu'ils soient consultés.
- Comme il s'agit de documents qui ont été rendus anonymes, l'accès aux documents et la procédure sont régis par la LTrans.
- Le tiers ne doit pas être entendu (voir ch. 7.2.4: consultation des tiers concernés).
- Le demandeur peut demander une procédure de médiation s'il n'est pas d'accord avec l'anonymisation (art. 13 LTrans).
- Le demandeur peut exiger une décision (art. 15 LTrans).
- La procédure de recours est régie par les dispositions générales de la procédure fédérale.

3. Le demandeur demande l'accès à des documents contenant des données personnelles de tiers qui ne peuvent pas être anonymisées:

- L'art. 9, al. 2, 2^{ème} phrase LTrans prévoit que la procédure d'accès est régie par la LTrans.
- Le tiers doit être entendu conformément à l'art. 11 LTrans (voir ch. 7.2.4: consultation des tiers concernés).
- Le tiers peut faire valoir les droits que lui confère l'art. 25 LPD (art. 25^{bis} LPD).
- Le demandeur et le tiers peuvent demander une procédure de médiation (art. 13 LTrans) et exiger, le cas échéant, une décision (art. 15 LTrans).
- La procédure de recours est régie par les dispositions générales de la procédure fédérale.

4. Le demandeur demande l'accès à des documents contenant non seulement ses données personnelles mais aussi celles de tiers: voir ci-après ch. 3.3.2.

3.3.2. Demandes mixtes LTrans / LPD

Question: Comment convient-il de traiter les « demandes mixtes » concernant l'accès à des documents contenant des données personnelles non seulement du demandeur mais encore de tiers ?

Réponse: La loi sur la transparence règle trois cas de figure.

Premièrement, les documents officiels contenant des données personnelles doivent être si possible rendus anonymes avant d'être consultés (art. 9, al. 1). Une consultation au sens de l'art. 11 LTrans n'est alors pas nécessaire.

Deuxièmement, lorsque la demande d'accès porte sur des documents officiels qui ne peuvent pas être rendus anonymes, l'art. 19 de la loi sur la protection des données est applicable (art. 9, al. 2, LTrans). Une consultation au sens de l'art. 11 LTrans doit éventuellement être effectuée.

Troisièmement, l'accès aux documents officiels contenant les données personnelles du demandeur est régi par la LPD (art. 3, al. 2, LTrans).

Un cas de figure n'est pas réglé par la LTrans: celui dans lequel l'autorité est saisie d'une demande d'accès à un document officiel contenant à la fois des données personnelles se rapportant au demandeur (A.) et à des tiers (p. ex. B. et/ou C.). C'est ce que l'on désigne par le terme de « demande mixte ».

Lors du traitement d'une demande d'accès, il faut respecter les principes de l'anonymisation des données (art. 9, al. 1, LTrans) et de l'égalité d'accès aux documents officiels (art. 2 OTrans).

S'il est possible de rendre anonymes les données personnelles du demandeur (A.) et des tiers (B. et C.), le document officiel concerné remplit les conditions permettant de respecter l'obligation imposée par l'art. 9, al. 1, LTrans et le principe de l'égalité d'accès des justiciables aux documents officiels (art. 2 OTrans). Le demandeur devrait recevoir, selon ces principes, un document dans lequel tant ses données personnelles que les données des tiers ont été caviardées (conformité avec l'art. 9, al. 1, LTrans et l'art. 2 OTrans). Mais l'art. 3, al. 2, LTrans doit aussi être pris en compte : il impose de suivre la procédure de la loi sur la protection des données lorsque les demandes d'accès portent sur des documents contenant les données personnelles du demandeur. En cas de demande mixte, celui-ci pourra donc consulter les données qui le concernent, c'est-à-dire que ses données personnelles ne devront pas être anonymisées (demande d'accès au sens de l'art. 8 LPD, justification de l'identité du demandeur selon l'art. 1 OLPD). En l'occurrence, A. exerce son droit d'accès au sens de l'art. 8 LPD. Pour l'accès aux données personnelles de B. et de C. contenues dans le document, c'est la procédure prévue à l'art. 9 LTrans qui doit s'appliquer, pour autant que A. souhaite les consulter. Eventuellement, la consultation des tiers concernés (art. 11 LTrans) sera nécessaire. Dans l'hypothèse où l'autorité entend accorder à A l'accès à ses données personnelles ainsi qu'aux données personnelles de B. et C., celle-ci devrait mentionner dans sa prise de position que l'accès est accordé en vertu de la LPD et de la LTrans.

Si le demandeur A. ne peut pas justifier de manière satisfaisante de son identité, l'autorité traite la demande d'accès comme une demande relevant uniquement de la LTrans. Autrement, il serait facile à une personne de se procurer des données sur un tiers par la voie d'une demande d'accès. De plus, l'autorité risquerait de communiquer des données illicitement, sans identifier avec certitude leur destinataire.

Si, par contre, une autre personne (D.) dépose une demande d'accès au document que A. a reçu à la fois selon la procédure prévue par la LTrans (données sur B. et sur C.) et selon les modalités de la LPD (données sur A., en vertu de l'art. 3, al. 2, LTrans), c'est la seule LTrans qui s'appliquera (art. 9, al. 1, LTrans). Les données relatives à A. devront être rendues anonymes avant la consultation dans la mesure du possible. Si ce n'est pas possible, l'art. 9, al. 2, LTrans s'appliquera, avec une éventuelle consultation de A. (art. 11 LTrans). Il faut noter que le droit d'accès de D. aux données personnelles se rapportant à A., régi par la LTrans, ne peut pas être plus étendu que le droit d'accès de A. aux termes de la LPD. Quant aux données relatives à B. et à C., elles obéissent au principe de l'égalité de l'accès aux documents officiels (art. 2 OTrans). Elles doivent être divulguées au demandeur D. dans la même mesure qu'elles l'ont été au demandeur A.

Renvois: FF **2003** 1860; Handkommentar BGÖ, art. 9 ch. 15 ss et art. 11, ch. 11 ss; arrêt du TAF (A-3192/2010) du 17.06.2011.

3.3.3. Transparence et archivage

Question: Comment la coordination entre la loi sur la transparence et la loi sur l'archivage est-elle assurée?

Réponse: Le législateur n'a pas jugé nécessaire de régler le rapport entre la loi sur la transparence et la loi sur l'archivage. Toutefois, il faut partir du principe que le versement de documents aux archives fédérales ne doit pas péjorer l'accès aux documents officiels. Pour garantir la coordination entre la loi sur la transparence et la loi sur l'archivage, il faut donc appliquer les dispositions les plus favorables au demandeur.

Il convient de distinguer trois catégories de documents:

- 1. Les documents étaient accessibles en vertu de la LTrans le jour de leur dépôt aux Archives fédérales:**
 - Les documents consultables par le public avant d'être versés aux Archives fédérales le restent par la suite (art. 9, al. 2, LAr).
 - Les restrictions d'accès moins favorables de la LAr ne s'appliquent pas (p. ex. délai de protection, imposition de charges).
 - Par contre les modalités d'accès plus favorables de la LAr sont applicables (p.ex. accès gratuit).
- 2. Les documents n'étaient pas accessibles en vertu de la LTrans le jour de leur dépôt aux Archives fédérales:**
 - Le réexamen du statut secret du document est régi par les règles plus favorables de la LTrans.
 - La procédure applicable aux litiges est régie par les règles plus favorables de la LTrans, notamment les règles concernant la procédure de médiation.
 - Par contre, les modalités d'accès sont régies par les règles plus favorables de la LAr.
- 3. Les documents archivés ne sont pas soumis à la LTrans:**
 - La législation sur l'archivage s'applique en plein. Elle régit le statut public ou secret des documents versés, la procédure d'accès et les voies de droit en cas de litige.

Renvois: art. 9, al. 2, de la loi sur l'archivage (LAr; RS 152.1); art. 5, al. 2, de l'ordonnance sur l'archivage (OLAr; RS 152.11); FF **2003** 1821 ss; Handlomentar BGÖ, art. 4, ch. 17.

3.3.4. Archivage et protection des données

Question: Comment la coordination entre la loi sur l'archivage et la loi sur la protection des données est-elle assurée?

Réponse: La communication de renseignements aux personnes concernées et le droit d'accès de celles-ci aux Archives fédérales sont régis par les dispositions de la LPD. Il appartient au service versant de prononcer la décision de refus (art. 15 LAr). Avant qu'une décision ne soit rendue, la personne concernée doit être entendue (art. 22, al. 1, OLAr). La personne concernée peut exiger une décision susceptible de recours (Art. 22, al. 1, OLAr)

3.3.5. Transparence et procédure de consultation externe

Question: est-ce que les avis exprimés lors d'une procédure d'audition selon l'art. 10 de la loi sur la consultation sont soumis au principe de transparence?

Réponse: Les règles de publicité concernant les documents d'une procédure de consultation externe ne sont pas les mêmes que celles applicables aux documents d'une procédure d'audition.

Lors d'une procédure de consultation externe, l'art. 9 de la loi sur la consultation prévoit que les documents suivants sont accessibles au public:

- le dossier soumis à consultation (projet de loi et rapport explicatif);
- les avis exprimés après expiration du délai de consultation;
- le rapport rendant compte des résultats de la consultation, après que le Conseil fédéral en a pris connaissance.

L'art. 9 LCo constitue une disposition spéciale au sens de l'art. 4, let. b, LTrans qui réserve les normes d'autres fédérales qui déclarent certaines informations accessibles à des conditions qui dérogent à la LTrans. La loi sur la transparence et en particulier ses exceptions ne s'appliquent donc pas aux documents de la procédure de consultation externe (art. 9, al. 3, LCo). Par contre, l'accès aux autres documents, par exemple les prises de position dans le cadre d'une procédure de consultation des offices, est régi par la loi sur la transparence.

L'art. 9 LCo est applicable par analogie aux auditions visées à l'art. 10 LCo. Les avis exprimés doivent être traités de la même manière que ceux issus d'une consultation. En pratique, ils sont publiés tant dans le cadre d'une consultation que dans celui d'une audition. Si ce n'est pas le cas, ils doivent être mis à la disposition de qui les demande (information passive). Le principe de la publicité (titre de l'art. 9 LCo) doit être respecté dans tous les cas.

L'art. 10, al. 2, LCo a la teneur suivante : « Le résultat de ces auditions est public. » D'autre part, l'obligation de rédiger un rapport sur les résultats de l'audition présuppose que les avis sont accessibles. Comme ils sont à la base du rapport, il est indiqué de les publier, pour des raisons de transparence. Si ce n'est pas le cas, ils doivent être rendus accessibles sur demande.

Renvois: loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation (loi sur la consultation, LCo; RS 172.061); ordonnance du 17 août 2005 sur la procédure de consultation (ordonnance sur la consultation, OCo; RS 172.061).

4. Notion de « document officiel »; cas particuliers

4.1. Questions 2006-2011

4.1.1. Documents qui ont atteint leur stade définitif d'élaboration

Question: Quand est-ce qu'un document a atteint son stade définitif d'élaboration au sens de la loi?

Réponse: Un document est censé avoir atteint son stade définitif d'élaboration s'il a été signé ou caractérisé d'une autre manière comme finalisé. Peu importe si la signature est olographe, digitale ou apposée au moyen d'un timbre. Même si un document est pourvu du terme "signé" en lieu et place d'une signature, il est considéré comme signé, de même si la remarque "version finale" ou un autre terme similaire y a été apposé.

On considère également qu'un document a atteint son stade définitif d'élaboration, lorsqu'il a été définitivement transmis à une personne, à un service ou à une autorité pour prise de connaissance ou de position, comme base de décision ou en vue d'une autre utilisation. A titre d'exemple, il convient de citer le projet de proposition au Conseil fédéral transmis par l'office en charge d'un dossier à son département (voir ci-après ch. 4.2.1: Projet de proposition au Conseil fédéral). La transmission d'un document diffusé au sein d'une équipe de travail ou entre un collaborateur et son supérieur afin qu'il soit corrigé, complété ou finalisé ne doit pas être considérée comme une transmission à son destinataire au sens de la loi sur la transparence. La transmission est « définitive », lorsqu'il incombe principalement au destinataire de décider de la suite qu'il entend donner au document.

Renvois: art. 5, al. 3, let. b, LTrans; art. 1, al. 2, OTrans; FF **2003** 1840 ss; commentaire OTrans ch. 2; guide pour l'appréciation des demandes, ch. 1.1. arrêt du TAF (A-1156/2011) du 22.12.2011.

4.1.2. Documents destinés à l'usage personnel

Question: Quand est-ce qu'un document est un document « destiné à l'usage personnel » non soumis au droit à l'accès?

Réponse: Représentent des documents destinés à l'usage personnel d'une part les documents personnels qui se trouvent certes à la place de travail, mais qui ne présentent pas de lien avec les tâches du service (p. ex. des courriers électroniques personnels, des tableaux ou des livres; voir également ch. 4.2.4: Agenda, calendrier outlook et liste de voyage). Tombent également sous cette notion, d'autre part, des notes, projets etc. qui servent uniquement à l'usage personnel ou à l'usage au sein d'un cercle de personnes très restreint ou lorsqu'ils sont transmis entre un collaborateur et son supérieur (p. ex. une équipe de projet). En général, des copies de dossiers pourvues d'annotations et de notes par la personne responsable de son traitement tombent également sous cette notion.

Renvois: art. 5, al. 3, let. c, LTrans; art. 1, al. 3, OTrans; FF **2003** 1842; commentaire OTrans ch. 2; arrêt du TAF (A-1156/2011) du 22.12.2011.

4.1.3. Banques de données

Question: Est-ce que les informations enregistrées dans des banques de données sont accessibles selon la loi sur la transparence?

Réponse: La loi sur la transparence prévoit que les documents officiels englobent également les documents pouvant être établis par un traitement informatisé simple sur la base d'informations enregistrées (documents "virtuels").

De ce fait, l'autorité saisie d'une demande d'accès doit procéder à de simples interrogations de banques de données.

Si aucune clause d'exception et aucune disposition de la législation spéciale ne s'y opposent, il est en principe possible de demander également l'accès à toutes les informations figurant dans une banque de données.

Ne sont pas soumises au droit d'accès les banques de données et les données qui y figurent si une autorité les commercialise.

Pour ce qui est des banques de données comprenant des données personnelles (collectes de données au sens de la législation sur la protection des données), les explications fournies au ch. 3.1.3 sont valables par analogie.

Renvois: art. 5, al. 2, LTrans; FF **2003** 1838; recommandation du PFPDT du 18.03.2013 (ENSI/Messdaten der Kaminsinstrumentierung des Kernkraftwerks Mühleberg).

4.1.4. Courrier électronique

Question: Est-ce que des messages envoyés par courrier électronique sont également accessibles en vertu de la loi sur la transparence?

Réponse: Sont accessibles selon la LTrans tous les messages du courrier électronique qui correspondent aux critères du document officiel et qui concernent donc en particulier l'accomplissement d'une tâche publique. Ne sont pas accessibles les messages du courrier électronique à contenu purement privé qui sont envoyés ou reçus par le système de courrier électronique d'une autorité. A certaines conditions, un message du courrier électronique pourrait toutefois représenter un "support personnel pour le travail" et ne serait donc pas non plus un document officiel. Tel est le cas lorsque le message en question est adressé à un cercle de personnes très restreint (en particulier aux membres d'une équipe ou d'un petit groupe de travail) pour lequel il sert de base commune de travail, par exemple pour l'élaboration de rapports, conceptions, propositions, prises de position etc. (et donc pour des documents officiels).

Renvois: ch. 4.1.2; art. 5, al. 1, LTrans; guide pour l'appréciation des demandes, ch. 1.1; arrêt du TAF (A-1156/2011) du 22.12.2011.

4.1.5. Documents "internes"

Question: Est-ce que l'accès à des documents purement internes, par exemple à des procès-verbaux de la direction d'un office, peut être refusé de manière générale?

Réponse: La catégorie des documents « internes » ne figure pas dans la loi sur la transparence. Si un document correspond aux critères fixés par la loi, soit qu'il concerne l'accomplissement d'une tâche publique, qu'il a atteint son stade définitif d'élaboration et qu'il n'est ni commercialisé ni destiné à l'usage personnel, le document est en principe accessible. Si le document en question ne tombe pas en dehors du champ d'application de

la loi ou s'il n'existe pas de dispositions légales spéciales qui s'appliquent, l'accès peut être limité, différé ou totalement refusé lorsqu'une clause d'exception est remplie. Il faut examiner dans chaque cas d'espèce si tel est le cas.

Renvois: art. 3 à 5 et 7 LTrans; guide pour l'appréciation des demandes, ch. 1 et 2.

4.2. Questions 2012

4.2.1. Projet de proposition au Conseil fédéral

Question: Pourquoi un projet de proposition transmis au département par l'office qui en est responsable est en principe accessible?

Réponse: Même si le projet de proposition préparé par l'office n'est pas encore signé par le chef de département, un tel document revêt, pour l'office, un caractère définitif (art. 1, al. 1, let. b, OTrans). En effet, l'office, en tant qu'auteur, a transmis le document à son destinataire pour prise de position ou pour décision (voir ch. 4.1.1: Documents qui ont atteint leur stade définitif d'élaboration).

Un projet de proposition transmis par un office au secrétariat général d'un département ne fait pas encore partie de la procédure de co-rapport, puisque celle-ci commence le jour où le département compétent signe sa proposition (art. 5, al. 1bis et 2, de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [OLOGA; RS 172.010.1]).

Si l'office doit corriger le projet de proposition à la demande de son chef de département ou du secrétariat général, le projet de proposition corrigé constitue un nouveau document officiel qui atteint son stade définitif d'élaboration dès qu'il est transmis à son destinataire pour prise de position. Il en va de même du document que le chef de département retourne à l'office pour correction.

Le projet de proposition est accessible en vertu de la LTrans sauf si les exceptions de l'art. 7 LTrans lui sont applicables. L'office peut notamment limiter ou différer le droit d'accès, si l'accès au projet de proposition est susceptible de porter notablement atteinte au processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté de son chef de département.

Une fois la procédure de co-rapport ouverte, la règle du secret s'applique à tous les documents qui en font partie, à savoir la proposition signée, les co-rapports des autres départements et de la Chancellerie fédérale, les éventuelles réponses, répliques et duplics, ainsi que les projets ou les « feuilles d'accompagnement » préparés par exemple par les offices ou certains services des départements (voir ci-après ch. 5.1.2: Procédure de co-rapport).

Renvois: FF **2003** 1855; guide pour l'appréciation des demandes d'accès ch. 2.1; Hankommentar BGÖ, art. 8, ch. 17 ss; ATF 136 II 399; arrêt du TAF (A-1156/2011) du 22.12.2011.

4.2.2. Documents transmis aux commissions parlementaires

Question: Comment convient-il de traiter les demandes d'accès à des documents qui ont été établis sur mandat d'une commission parlementaire?

Réponse: En principe, tous les documents établis ou reçus par l'administration fédérale sont soumis à la LTrans. Toutefois, pour tenir compte du fait que le parlement n'est pas assujéti à la LTrans, un compromis a dû être trouvé avec les services du parlement concernant les documents transmis aux commissions parlementaires (voir ci-dessus ch. 2.1.5: Commissions parlementaires). La pratique distingue trois catégories de documents:

1. Les documents établis expressément sur mandat d'une commission parlementaire: par exemple une commission parlementaire charge un office d'établir un avis de droit. L'accès à ces documents est régi par la loi sur le parlement.
2. Les documents qui, au départ, n'ont pas été établis par l'administration fédérale pour une commission parlementaire mais qui ont ensuite été transmis à une commission: par exemple un office demande à un autre organe fédéral d'établir une expertise; celle-ci est ensuite transmise à une commission parlementaire. Ce document est soumis à la loi sur la transparence.
3. Les documents officiels établis par l'administration fédérale pour une commission parlementaire mais sans mandat express de cette dernière: l'OFJ et le PFPDT ont un avis différent à ce sujet.

Selon l'OFJ, il y a lieu ici de distinguer dans chaque cas d'espèce pour qui les documents ont été établis en tant que destinataire principal:

- Si les documents ont été établis exclusivement à l'intention d'une commission parlementaire (par exemple, dans le cadre d'une procédure parlementaire, un office décide de sa propre initiative de préparer une nouvelle formulation d'une disposition légale), ils doivent être rangés dans la première catégorie de documents mentionnée ci-dessus et ils tombent donc sous le coup de la loi sur le parlement.
- Si en revanche les documents ont été établis pour l'administration fédérale et qu'ils sont ensuite mis à la disposition d'une commission parlementaire parce qu'ils pourraient être utiles à cette dernière (par exemple un chef de département souhaite faire examiner une question par son office, puis décide de transmettre les résultats de cet examen à une commission parlementaire), de tels documents entrent dans la seconde catégorie de documents et sont donc soumis à la LTrans.

Le PFPDT estime, pour sa part, que la loi sur la transparence n'exclut de son champ d'application aucun document à raison du cercle des destinataires. Au contraire, tous les documents que l'administration établit sans mandat exprès d'une commission parlementaire sont, par principe, soumis à la LTrans. On ne voit pas pourquoi le public ne pourrait pas y avoir accès. Il est conforme au but de la LTrans que la transparence règne également sur les propositions, les prises de position et les idées que l'administration communique aux commissions parlementaires. Sont réservées les exceptions réglées à l'art. 7, al. 1, LTrans.

Le Conseil fédéral a eu l'occasion de répondre à une question parlementaire (Question 12.1134 – Question « Transparence des procédures de consultation ») portant sur cette problématique. De l'avis de celui-ci, le service responsable de la consultation devrait, en règle générale, prendre l'initiative en rendant accessibles au public les documents essentiels à l'élaboration d'un dossier mis en consultation. Cette façon de procéder peut se déduire de l'article 10 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010), en vertu duquel le Conseil fédéral et l'administration fédérale assument des tâches d'information; elle découle en outre de l'art. 19 OTrans qui prévoit que l'autorité compétente publie aussitôt que possible sur Internet les documents officiels importants. Selon le Conseil fédéral, ce principe devrait également s'appliquer aux expertises réalisées sur mandat d'une commission parlementaire. L'autorité compétente devrait donc demander suffisamment tôt à la commission concernée l'autorisation de publier les expertises concernées, avant la publication du dossier de consultation dans lequel une expertise est citée.

Renvois: recommandation du PFPDT du 19.06.2009 (UVEK/Zusatzdokumentation Staatsrechnung), recommandation du PFPDT du 2.11.2009 (EDI, EJPD, VBS, EFD, EVD, UVEK / Zusatzdokumentation

Voranschlag 2010); recommandation du PFPDT du 18.11.2010 (VBS/Inspektionsberichte ND-Aufsicht).

4.2.3. Documents classifiés

Question: Les documents classifiés constituent-ils, par principe, une exception au droit d'accès au sens de la LTrans ?

Réponse: La définition des échelons de classification qui figure dans l'ordonnance sur la protection des informations (OPrl; RS 510.411) s'inspire du libellé de l'art. 7 LTrans (exceptions) et doit être interprétée à la lumière de cette disposition. Le fait qu'un document officiel est classifié constitue un élément important pour l'appréciation d'une demande d'accès. Cependant, il n'est, à lui seul, pas suffisant, pour motiver un refus de l'accès. Lorsqu'elle a affaire à une telle demande d'accès, l'autorité doit, en vertu de l'art. 11, al. 5, OTrans, examiner si le document en cause ne peut pas être déclassifié. Aux termes de l'art. 13, al. 3, OPrl l'instance compétente examine, indépendamment de l'éventuelle mention de classification, s'il y a lieu d'autoriser, de limiter, de différer ou de refuser l'accès, conformément aux dispositions de la LTrans. S'il ressort de cet examen que la classification ne se justifie plus, le document doit être déclassifié (soit en totalité soit partiellement en application du principe de proportionnalité) et rendu accessible au demandeur. En d'autres termes, il résulte de la coordination des dispositions pertinentes de la LTrans et de l'OPrl que, dans le cadre de l'examen d'une demande d'accès, les classifications d'informations ne se justifient que si l'on a affaire à une exception au sens de l'art. 7, al. 1, LTrans ou à un cas particulier au sens de l'art. 8, al. 1 à 4, LTrans.

Renvois: FF **2003** 1848; commentaires de l'OTrans, ch. 4.5 ; Handkommentar BGÖ, art. 4 ch. 28 ss, art. 12 ch. 8 ss; recommandation du PFPDT du 18.11.2010 (VBS/Inspektionsberichte); recommandation du PFPDT du 21.10.2010 (Islamistische Imame).

4.2.4. Agenda, calendrier outlook et liste de voyage

Question: Comment faut-il apprécier une demande d'accès à une liste des déplacements à l'étranger du directeur ou à une copie de son agenda?

Réponse: Le critère déterminant est de savoir s'il s'agit de documents officiels au sens de l'art. 5 LTrans et, en particulier, s'ils concernent l'accomplissement d'une tâche publique.

Liste des déplacements à l'étranger: Une telle liste, pour autant qu'elle existe ou ait été établie par un traitement informatisé simple sur la base d'informations enregistrées (art. 5, al. 2, LTrans), est un document officiel au sens de l'art. 5, al. 1, LTrans, document qui est donc accessible au public, sous réserve des exceptions des art. 7 et 8 LTrans.

Agenda: Les agendas tels que le calendrier outlook sont mis à la disposition des agents de l'administration au titre de l'accomplissement de tâches publiques. Ils répondent donc à la définition des documents officiels statuée à l'art. 5, al. 1, LTrans; partant, ils sont accessibles au public sous réserve des exceptions prévues aux art. 7 et 8 LTrans. L'utilisateur d'un calendrier outlook qui entend y inscrire des rendez-vous privés en sus des pages réservées aux obligations professionnelles peut marquer ceux-ci comme « privés » (Onglet Calendrier/nouveau rendez-vous/catégories/cocher case « Privé »).

4.3. Questions 2013

4.3.1. Demandes d'accès à des documents futurs

Question: Un demandeur désire consulter des documents qui ne seront établis ou du moins finalisés que plus tard. Comment traiter une telle demande ?

Réponse: La définition du terme de « document officiel » se fonde sur l'art. 5, al. 1 et 2, LTrans. Il s'agit de « toute information qui a été enregistrée sur un quelconque support (al. 1, let. a), qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a été communiquée (al. 1, let. b) et qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique (al. 1, let. c) ». Pour toute demande d'accès, il faut vérifier si ces conditions sont remplies. L'existence du document demandé au moment où la demande est faite, ou bien la possibilité de créer un document à partir d'une information enregistrée par un traitement informatisé simple, est un critère décisif. Les données qui devraient être supprimées au bout d'un certain délai doivent toutefois être conservées dès le moment où la demande d'accès est arrivée. Celles qui ne sont pas encore créées, mais le seront après l'entrée de la demande, ne sauraient être considérées comme « détenues par l'autorité ». Ce ne sont donc pas des documents officiels. Les documents établis après la réception de la demande ne peuvent plus être requis dans le cadre d'une éventuelle procédure de médiation. Il faut établir une nouvelle demande pour requérir un accès à ces documents.

Les modalités de l'accès sont régies exclusivement par l'art. 6, al. 2, LTrans. Il n'existe pas de droit à un accès en ligne. En conclusion, les documents futurs auquel l'accès serait demandé ne sont pas des documents officiels au sens de l'art. 5 LTrans. La loi ne fonde donc pas de droit invocable à accéder à ces documents (al. 1, let. b, *a contrario*).

Renvois: Handkommentar BGÖ, art. 5, ch. 11 et ss; recommandation du PFPDT du 18.03.2013 (ENSI / Messdaten der Kamininstrumentierung des Kernkraftwerks Mühleberg).

4.3.2. Accès à un ensemble de documents sur la base de plusieurs demandes émanant de la même personne

Question: Un demandeur (ou un groupe de demandeurs) dépose plusieurs demandes portant chacune sur un document officiel. Rien ne s'oppose à la communication de chacun de ces documents, mais l'accès à l'ensemble des documents réalise la condition de l'art. 7, al. 1, let. c, LTrans, qui fonde une exception. Comment l'autorité doit-elle agir ?

Réponse: Toute demande doit être traitée selon les critères de la loi sur la transparence. La somme des documents n'est pas en soi un motif de restriction du droit d'accès selon la loi. Si l'autorité veut faire valoir une exception, elle doit en exposer le motif de manière claire. La communication d'un document peut créer un nouveau contexte et influencer sur l'appréciation du caractère accessible ou non d'un autre document. Il n'en reste pas moins que chaque document doit faire l'objet d'un examen à part. Cet examen relève de la responsabilité de l'autorité. Elle doit attester que la divulgation des informations est dommageable. Le principe du libre accès aux documents officiels conduit en effet à un renversement du fardeau de la preuve : l'autorité doit prouver qu'il existe un motif pour restreindre l'accès.

Renvois: Handkommentar BGÖ, art. 7 ch. 4 et s; concernant le fardeau de la preuve de l'autorité, voir arrêt du TAF (A-4962/2012) du 22.04.2013, consid. 6.2.

5. Clauses d'exception, dispositions particulières

5.1. Questions 2006-2011

5.1.1. Protection des procédures décisionnelles internes

Question: Est-ce que l'administration peut préparer des décisions sans subir des pressions ?

Réponse: Afin d'éviter que les processus décisionnels internes à l'administration soient passablement compromis à la suite de la publication avancée de bases décisionnelles déterminantes, la loi institue plusieurs mécanismes:

- les documents ne peuvent être rendus accessibles qu'à partir du moment où la décision qui se fonde sur eux a été prise;
- en plus, la loi prévoit une clause d'exception selon laquelle l'accès à un document peut être limité, différé ou refusé lorsque l'autorisation de l'accès est susceptible de porter notablement atteinte au processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité ou d'autres organes (il peut également s'agir d'une autorité ou d'un organe cantonal); tel peut également être le cas si la décision a déjà été prise pour laquelle le document représente la base immédiate;
- les documents liés à la procédure de co-rapport sont exclus du droit à l'accès (voir ch. 5.1.2: Procédure de co-rapport);
- quant aux documents de la procédure de consultation des offices, le Conseil fédéral peut décider exceptionnellement qu'ils ne sont pas non plus accessibles après la prise de la décision (voir ch. 5.1.3: Procédure de consultation des offices).

Renvois: art. 7, al. 1, let. a, et art. 8, al. 1 à 3, LTrans; FF **2003** 1848 ss, 1854 ss; guide pour l'appréciation des demandes, ch. 2.1.

5.1.2. Procédure de co-rapport

Question: Quels sont les documents qui font partie de la procédure de co-rapport et qui ne sont donc pas accessibles en vertu de la loi sur la transparence?

Réponse: La procédure de co-rapport est conduite par la Chancellerie fédérale. Elle est ouverte lorsque la Chancellerie fédérale a reçu la proposition définitive de la part du département responsable.

La proposition signée par le chef de département à l'intention du Conseil fédéral n'est pas accessible selon les règles posées par la loi sur la transparence, car elle représente déjà un document de la procédure de co-rapport. Ne sont pas non plus accessibles les prises de position fournies dans le cadre de la procédure de co-rapport, y compris les répliques et les duplicques du département responsable. Ceci vaut également pour les projets de tels documents qui ont été élaborés par exemple par un office et transmis ensuite au département dans le cadre de la procédure de co-rapport en cours.

La proposition émanant de l'office responsable qui est transmise au département ne fait toutefois pas encore partie de la procédure de co-rapport, de sorte qu'elle est en principe accessible selon la LTrans (voir ch. 4.2.1: Projet de proposition au Conseil fédéral).

Renvois: art. 8, al. 1, LTrans; art. 5, al. 1^{bis} et 2, de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA; RS 172.010.1); FF **2003** 1855; guide pour l'appréciation des demandes, ch. 2.1; ATF 136 II 399.

5.1.3. Procédure de consultation des offices

Question: A quelles conditions et selon quelle procédure le Conseil fédéral peut-il exclure l'accès à des documents liés à la procédure de consultation des offices?

Réponse: Si le Conseil fédéral entend exclure l'accès à des documents faisant partie de la procédure de consultation des offices, il doit se servir des clauses d'exception prévues par la LTrans.

La décision statuant une exception par rapport à l'accessibilité est prise avec la décision portant sur le fond et doit figurer dans le dispositif de la décision.

Renvois: art. 8, al. 3, LTrans; FF **2003** 1856 ss.

5.1.4. Accès aux rapports d'évaluation

Question: Quels sont les documents qui doivent être considérés comme des rapports d'évaluation et qui sont donc dans tous les cas accessibles ?

Réponse: Sont considérés comme des rapports d'évaluation des prestations fournies par l'administration et de l'efficacité des mesures prises par cette dernière, les rapports qui sont établis dans le cadre d'un examen concernant son efficacité. Tel est notamment le cas des analyses en matière de mise en œuvre, d'efficacité ou concernant les effets, qui ont été exécutés dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 170 Cst.

Ne sont pas considérés comme des rapports d'évaluation les documents portant directement sur l'évaluation des prestations de personnes ou sur l'évaluation de produits dans le cadre d'un programme d'acquisition (p. ex. produits informatiques ou biens d'équipement militaire).

Renvois: art. 8, al. 5, LTrans ; FF **2003** 1857;

http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/staat_und_buerger/evaluation.html.

5.2. Questions 2013

5.2.1. Secrets d'affaires ou de fabrication

Question: Quels sont les éléments d'un contrat qui peuvent être caviardés, s'il y a lieu, en tant que secrets d'affaires au sens de l'art. 7, al. 1, let. g, LTrans (p. ex. raison sociale, nom de collaborateurs de l'autre partie au contrat, prestations concrètes, prix, offres, etc.) ?

Réponse: Toute demande d'accès à un contrat doit être traitée selon les critères de la loi sur la transparence. Selon l'art. 7, al. 1, let. g, LTrans, l'accès à des documents officiels est limité, différé ou refusé s'il peut révéler des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication. Le message précise que le principe de transparence ne doit en aucun cas entraîner la divulgation de ces secrets à des tiers extérieurs à l'administration. *La loi sur la transparence ne doit pas entraîner une distorsion de la concurrence entre acteurs du marché.* On peut en déduire que le secret d'affaires ne se rapporte pas à toutes les données de l'affaire, mais seulement aux données essentielles qui, si elles étaient connues par la concurrence, créeraient une distorsion sur le marché, en donnant à l'entreprise concernée un avantage concurrentiel ou en lui faisant subir un désavantage concurrentiel. Cela présuppose que cette entreprise ne soit pas seule sur le marché et qu'il existe une situation

de concurrence. Reste à savoir quelles informations la concernant doivent être qualifiées de secrets d'affaires ou de fabrication.

La législation suisse ne définit pas les termes de secret d'affaires et de fabrication. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, établie à partir de l'art. 162 CP et de l'art. 6 LCD, ce sont tous les faits qui ne sont ni de notoriété publique, ni généralement accessibles, pour lesquels il existe un intérêt légitime au maintien du secret et que le détenteur du secret veut garder confidentiels. Quatre conditions cumulatives sont requises pour qu'une information sur une entreprise soit un secret digne de protection :

- a) il existe un lien entre le fait à garder secret et l'entreprise.
- b) le fait est relativement inconnu.
- c) le détenteur du secret a la volonté de garder l'information secrète (intérêt subjectif au maintien du secret).
- d) il existe un intérêt légitime au maintien du secret (intérêt objectif au maintien du secret)

Pour juger si un document contient des secrets d'affaires ou de fabrication, il faut se fonder sur ces conditions. En pratique, cela est souvent difficile.

L'objet du secret d'affaires ou de fabrication est une information pertinente pour les affaires ou un processus de fabrication. Le secret de fabrication porte généralement sur un savoir technique, soit une connaissance relative à la manière de procéder à un acte technique (recette de fabrication, résultats de recherches, processus ou moyen de production, etc.). Les secrets d'affaires peuvent porter sur tous les faits qui concernent des connaissances principalement commerciales, p. ex. des possibilités d'écoulement de la marchandise, une politique de prix et de rabais, le calcul du prix, des informations sur la situation générale des affaires et sur les intentions commerciales d'une entreprise, le plan de lancement d'un produit, l'échec d'un projet, le chiffre d'affaires, les comptes annuels, les comptes de résultat, les bilans, les listes de clients, les sources d'approvisionnement, une stratégie de marché, des documents concernant la solvabilité d'une entreprise, des projets de recherches prévus ou en cours, certaines informations concernant l'acquisition de biens culturels par une autorité, ou des informations qui pourraient influencer sur le cours des actions de l'entreprise si elles étaient connues.

Conformément à la jurisprudence évoquée plus haut, des informations relatives à une entreprise sont des secrets d'affaires ou de fabrication lorsque les quatre conditions ci-dessous sont réunies :

- a) Il existe un lien entre l'information et l'entreprise. Il s'agit de l'intérêt d'une entreprise donnée à maintenir le secret. Si ce lien fait défaut ou est si lâche que le fait concerné se réfère à la situation du marché en général ou à d'autres entreprises, la protection de l'information ne s'applique pas.
- b) Le fait en question est relativement inconnu. Tel est le cas lorsque seul un petit cercle de personnes le connaît. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un fait perd son caractère secret s'il est notoire ou facilement accessible. Dans un cas d'espèce, ce qui est décisif est de savoir si le détenteur du secret contrôle le cercle des personnes informées ou non.
- c) Le détenteur du secret veut garder le secret. La volonté du détenteur du secret doit être clairement exprimée ou pouvoir être déduite des circonstances. Elle doit s'appliquer exclusivement à des faits qui ne sont ni notoires ni facilement accessibles.

- d) L'autorité doit reconnaître qu'il existe un intérêt objectif et fondé au maintien du secret. Elle ne doit le faire que si les informations à garder secrètes peuvent influencer sur le résultat de processus économiques. Seules les données importantes dont la divulgation à la concurrence causerait une distorsion du marché (en faisant subir un désavantage concurrentiel à l'entreprise concernée) peuvent être secrètes. *La pertinence de l'information en matière de concurrence est décisive.*

L'autorité qui traite la demande d'accès doit *vérifier si les informations sur l'entreprise représentent en l'occurrence des secrets d'affaires ou de fabrication.* L'affirmation générale d'une entreprise que tel est le cas ne saurait suffire. Il est recommandable, de fait, que l'autorité prenne contact avec l'entreprise et lui demande de décrire les données secrètes dans le document demandé, même si la LTrans ne l'oblige pas à le faire. Cette description permet d'une part d'attester la volonté de l'entreprise concernée de garder le secret, d'autre part d'offrir à celle-ci la possibilité de donner son point de vue. Certes, l'autorité peut en règle générale partir du principe que les informations décrites sont des secrets d'affaires ou de fabrication. Mais elle ne peut pas se fonder simplement sur les indications de l'entreprise. Elle doit constater par elle-même si celle-ci a un intérêt fondé à la protection de ces informations. Comme dans sa prise de position au sens de l'art. 11, al. 2, LTrans, elle doit exposer à l'entreprise entendue sa propre estimation des secrets d'affaires décrits par cette dernière. Il peut tout à fait arriver que leurs positions divergent. L'autorité ne peut donc pas se contenter de se référer à l'avis de l'entreprise entendue dans sa prise de position au demandeur et aux personnes consultées, ni dans sa prise de position au PFPDT.

Concernant les données personnelles, l'art. 9 LTrans est applicable.

Renvois: FF 2003 1853; ATF 80 IV 22 consid. 2.a; 103 IV 283 consid. 2.b; 109 Ib 47 consid. 5.c; 118 Ib 547 consid. 5; BSK-StGB II – Amstutz/Reinert, art. 162 ch. 11 s.; Baudenbacher/Glückner, in: Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bâle 2001, art. 6 ch. 6 ss, 16 ss, 32, 24 ss; BSK-StGB II - Amstutz/Reinert, art. 162 ch. 12; ATF 80 IV 22; 88 II 319; détails dans BSK-StGB II; Mabillard, in: Jung / Spitz (éd.), Stämpfli Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Berne 2010, art. 6 ch. 9 ss, 12, 15, 16; Ritz, Die Geheimhaltung im Schiedsverfahren nach schweizerischem Recht, 2007, p. 45 s.; ATF 109 Ib 47 consid. 5.c; Handkommentar BGÖ, art. 7, ch. 4; Klöpfer, Informationsfreiheitsgesetz und Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Berlin 2011, p. 14 ss.

Recommandation du PFPDT du 6.7.2011 (SECO/Vollzugskostenbeiträge PLK); recommandation du PFPDT du 5.8.2011 (BLW/Controlling-Formulare Milchmengen); recommandation du PFPDT du 16.5.2011 (OFEV/Rapports d'analyse des carburants); recommandation du PFPDT du 19.6.2012 (BAG/Liste Acrylamidmessungen); recommandation du PFPDT du 25.6.2012 (BAG/Protokoll-Beilagen Eidgenössische Arzneimittelkommission (sog. Résumés); recommandation du PFPDT du 16.7.2012 (ETH/Vertragsdokumente); recommandation du PFPDT du 9.8.2012 (BWO/Verkauf SWAG); recommandation du PFPDT du 4.12.2012 (Swissmedic/Überprüfung der Rechtmässigkeit von Medizinalprodukten).

5.2.2. Convention de confidentialité bilatérale

Question: Comment procéder si un partenaire à un contrat en puissance n'est prêt à le conclure qu'à la condition de rester anonyme ?

Réponse: On se demande pour quelle raison un particulier ne voudrait conclure un contrat avec l'Etat que sous couvert d'anonymat. Pour que la clause d'exception de l'art. 7, al. 1, let. h, LTrans permettant de garder des données confidentielles déploie ses effets, *trois conditions doivent être réunies* :

- a) L'information doit avoir été donnée à l'autorité par un particulier et non par une autre autorité.
- b) Elle doit avoir été fournie librement, et non sur la base d'une obligation légale ou contractuelle.
- c) L'administration doit s'être engagée à en préserver la confidentialité.

Pour ce dernier point, la garantie du secret doit avoir été expressément demandée, et expressément accordée par l'autorité. Cette promesse de confidentialité ne doit d'ailleurs pas être donnée trop facilement, même si l'autorité doit parfois renoncer à l'information offerte. Une pratique trop souple irait à l'encontre du principe de transparence.

Dans le cas d'un contrat entre l'Etat et un particulier, il manque une des conditions posées par l'art. 7, al. 1, let. h, LTrans : l'information librement fournie.

Les dispositions d'exception de la LTrans s'appliquent cependant à ces contrats. S'il n'y a pas de motif pour faire une exception au sens des art. 7 et 8, l'art. 9 LTrans s'applique (voir ch. 3.1.3 : Documents contenant des données personnelles).

Renvois: Handkommentar BGÖ, art. 7 ch. 47; FF **2003** 1853; guide pour l'appréciation des demandes, ch. 2.4.8.

5.2.3. Protection des données personnelles des employés de l'autorité

Question: Est-ce que les données personnelles de l'employé qui a établi un document officiel doivent-elles être rendues anonymes, avant que le document officiel ne soit rendu public?

Réponse: Lorsqu'il s'agit de rendre public le nom de l'employé qui a agi, sa fonction, la position qu'il représente dans sa fonction officielle ou le nom d'une autre personne qui agit dans le cadre d'une fonction officielle, les données personnelles de ces personnes sont accessibles (notamment leur nom et la désignation de leur fonction). Ces personnes ne doivent, dans ce cas, pas être traitées comme des « tiers privés ». Leur droit à une protection de leur sphère privée passe après le droit à la transparence.

Toutefois, il y a lieu de renoncer à toute publication si elle a ou peut avoir selon une grande probabilité des conséquences négatives concrètes pour l'employé de l'autorité. En principe, la primauté de la protection des données personnelles vaut cependant également pour les données personnelles des employés des autorités soumises au principe de transparence. Il va de soi par exemple que les dossiers personnels des employés de la Confédération ne sont pas en règle générale accessibles.

Enfin, le législateur a voulu honorer la confiance des fonctionnaires qui ont établi les documents avant l'entrée en vigueur de la loi sur la transparence en partant légitimement du principe que ces derniers étaient et resteraient confidentiels. A cette fin, il a adopté une norme transitoire (art. 23 LTrans). A partir du moment où la loi sur transparence est entrée en vigueur, les employés savent que les documents établis par eux sont accessibles en vertu de cette loi, sous réserve d'exceptions. Ils ne bénéficient donc plus de la protection accordée par la norme transitoire.

Renvois: arrêt du TAF (A-4962/2012) du 22.04.2013; recommandation du PFPDT du 16.08.2012 (BSV/AHV/IV Sitzungsprotokolle; recommandation du PFPDT du 19.09.2012 (ESTV/Cockpits und Amtsreportings; arrêt du TAF (A-2165/2009) du 19.10.2009; Handkommentar BGÖ art. 23 ch. 3; recommandation du PFPDT du 22.02.2012: (Bundesanwaltschaft / Arbeitsvertrag als Bundesanwalt).

6. Traitement des demandes d'accès

6.1. Questions 2006-2011

6.1.1. Demande

Question: Dans quels cas une requête doit être considérée comme une demande d'accès au sens de la LTrans?

Réponse: Une requête doit être considérée comme une demande d'accès au sens de la LTrans, lorsqu'elle porte sur un ou plusieurs documents officiels au sens de la loi précitée. Ne sont pas considérées comme des demandes d'accès, les requêtes concernant:

- des renseignements généraux (p. ex. l'état d'un projet, l'autorité compétente dans un certain domaine).
- la consultation ou la remise d'informations régies par des dispositions spéciales (p. ex. extraits de registres, droit des parties de consulter le dossier dans le cadre d'une procédure, droit du demandeur d'accéder à ses propres données personnelles).
- Des renseignements de nature juridique.

Renvois: art. 3, 4 et 5 LTrans; FF **2003** 1832 ss.

6.1.2. Forme et contenu de la demande

Question: Sous quelle forme la demande doit-elle être présentée et quelles indications doit-elle contenir?

La demande doit être formulée de manière suffisamment précise, c'est-à-dire qu'elle doit contenir suffisamment d'indications permettant l'identification du ou des documents demandés. L'autorité ne peut par contre pas exiger que le demandeur motive sa demande ou qu'il indique les intentions poursuivies au moyen de sa demande.

Le demandeur doit permettre à l'autorité d'identifier le document demandé en lui indiquant des données généralement accessibles afférentes au document (par exemple la date de l'établissement, le titre ou la référence), le domaine exact, l'autorité ayant éventuellement publié des documents à ce sujet, la date de la publication, l'espace de temps concerné, etc.

Le degré de précision qui peut être exigé dépend dès lors notamment des moyens dont dispose le demandeur pour formuler sa demande, p. ex. des informations sur les domaines de tâches, des dossiers et des affaires publiés sur Internet par l'autorité.

L'autorité doit, quant à elle, aider le demandeur à formuler sa demande de manière plus précise, si elle en a sans autres la possibilité et si on peut l'exiger d'elle. Cela vaut notamment pour le cas où elle n'a rendu généralement accessibles que peu d'indications relatives à des documents officiels disponibles.

Renvois: art. 10, al. 3, LTrans; art. 7 et 17 s OTrans; FF **2003** 1860 ss; recommandation du PFPDT du 3.04.2009 (ESTV/Cockpits und Amtreportings).

6.1.3. Demandes abusives

Question: Quels sont les mécanismes prévus pour empêcher que le droit d'accès à des documents officiels ne soit utilisé dans le but de perturber le bon fonctionnement d'une autorité?

Réponse: La loi ne prévoit aucune réglementation au sujet des demandes abusives; un principe général du droit veut que l'abus de droit ne trouve aucune protection. Puisque toute personne peut déposer une demande d'accès sans remplir des conditions particulières, il est de toute façon quasiment impossible – et également peu sensé – de définir quand on se trouve en présence d'un abus.

La loi prévoit néanmoins des mécanismes susceptibles d'empêcher que des demandes soient déposées dans l'unique but de perturber le travail de l'autorité. Ainsi, il est possible de prélever des émoluments pour des demandes dont le traitement cause un travail substantiel. L'ordonnance prévoit par ailleurs que le demandeur doit expressément confirmer sa demande lorsque les émoluments dépasseront vraisemblablement CHF 100.-.

Lorsque le traitement d'une demande entraîne un effort qui ne peut pas être fourni avec les ressources existantes sans que l'accomplissement d'autres tâches soit largement compromis, le délai peut être prolongé. Le terme des "ressources disponibles" couvre en premier lieu le personnel compétent dans le domaine concerné et disposant des connaissances spécifiques nécessaires pour le traitement de la demande.

Renvois: art. 10, al. 4, let. c, LTrans; art. 10 OTrans; FF **2003** 1858, 1862.

6.1.4. Demandes en grand nombre

Question: De quelle manière l'autorité peut-elle procéder lorsqu'elle reçoit un grand nombre de demandes concernant les mêmes documents, p. ex. dans le cadre d'une action concertée?

Réponse: S'il s'agit dans un tel cas de documents qui peuvent être rendus accessibles, l'autorité peut tout simplement placer les documents concernés sur le site Internet ou les publier dans un organe officiel. Les droits découlant de la loi sur la transparence sont ainsi satisfaits.

Si la publication d'office de la documentation en question n'est pas possible ou ne l'est qu'en partie, le droit de la procédure administrative prévoit des instruments qui pourraient s'appliquer dans un cas de procédures impliquant un grand nombre de personnes. En premier lieu, il y a lieu de relever ici la jonction des procédures. Lorsque plus de 20 personnes participent à une procédure, il existe la possibilité de demander ou d'imposer une représentation. En plus, des règles particulières s'appliquent à la notification des décisions.

Renvois: art. 10, al. 4, let. b, LTrans; art. 11a et 36 de la loi sur la procédure administrative (PA; RS 172.021); FF **2003** 1858, 1862.

6.1.5. Accès partiel

Question: Quand et dans quelle mesure faut-il autoriser, le cas échéant, un accès partiel?

Réponse: Lorsque seules certaines parties d'un document officiel tombent sous le coup d'une clause d'exception prévue par la loi, l'accès ne saurait être interdit totalement. Toute restriction du droit d'accès doit être proportionnelle, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas aller plus

loin qu'un intérêt public ou privé qui serait réellement mis en danger (ou pourrait l'être) si les informations en question étaient publiées.

L'accès ne peut en principe pas être limité à un certain cercle de destinataires, il peut uniquement être restreint à des parties d'un document.

L'accès peut être totalement refusé lorsque la partie restante d'un document n'a plus aucun sens après l'élimination des passages ou parties sensibles (voir ci-après ch. 6.2.3: Caviardage total).

Renvois: art. 7, al. 1, LTrans; FF **2003** 1846 ss.

6.1.6. Consultation

Question: Est-ce que les demandeurs peuvent choisir librement le mode et le lieu de la consultation?

Réponse: Les demandeurs ont le choix entre la consultation sur place des documents officiels souhaités et l'obtention de copies de ces documents, sauf si le document devait subir des détériorations ou dommages suite à leur reproduction.

La consultation des documents a lieu auprès de l'autorité compétente pour le traitement de la demande d'accès.

Les demandeurs peuvent en principe choisir entre une copie papier et une copie électronique d'un document, ou encore une copie sous une autre forme (si le document demandé est par exemple une bande sonore). Les demandeurs peuvent également copier eux-mêmes des documents lors d'une consultation sur place (p. ex. la prise de photographies digitales au moyen de leur propre caméra est également admissible).

Renvois: art. 6, al. 2, LTrans; art. 4 et 5 OTrans; FF **2003** 1844 ss.

6.2. Questions 2012

6.2.1. Traitement des demandes d'accès volumineuses

Question: Comment convient-il de traiter les demandes d'accès volumineuses?

Réponse: Lorsque l'autorité est saisie d'une demande portant sur un grand nombre de documents, il lui est recommandé de se mettre en rapport avec le demandeur. Une demande qui, de par son caractère général, contraint l'administration à faire de longues recherches n'est en soi pas abusive a priori. Le contact direct entre l'autorité et le demandeur permet le cas échéant de préciser l'ampleur de la demande et de restreindre le nombre des documents à produire. D'une part, l'autorité peut inviter le demandeur à préciser sa demande (art. 7, al. 3, OTrans). D'autre part, elle est tenue de renseigner le demandeur sur les documents officiels accessibles et d'assister celui-ci dans ses démarches (art. 3, al. 1, OTrans). L'autorité est par exemple tenue de remettre au demandeur un extrait de son gestionnaire électronique de documents ou – à défaut d'un tel outil – une liste des documents disponibles. Cette manière de procéder permet au demandeur de préciser sa demande et d'en mieux apprécier l'ampleur.

Si le demandeur ne fournit pas, dans un délai de dix jours, les indications complémentaires requises pour l'identification du document officiel, sa demande est considérée comme retirée (art. 7, al. 4, OTrans).

Lorsque l'établissement d'une liste de documents occasionne un surcroît important de travail, il peut donner lieu à une prolongation du délai de traitement de la demande

conformément à l'art. 12, al. 2, LTrans ou à l'art. 10, al. 4, let. c, LTrans en liaison avec l'art. 10 OTrans.

Renvois: recommandation du PFPDT du 3.04.2009 (EStV/Cockpits und Amtsreportings); arrêt du TAF (A-3631/2009) du 15.09.2009; Handkommentar BGÖ, art. 10 ch. 30 ss; FF **2003** 1862.

6.2.2. Directives concernant le caviardage des documents

Question: Existe-t-il des directives concrètes concernant le caviardage de documents?

Réponse: Ni la LTrans ni le message à l'appui de cette loi contiennent des indications claires sur la manière de rendre anonymes ou de recouvrir (caviardage noir ou blanc) des passages de textes. Il est conforme à l'esprit de la LTrans que le demandeur puisse se rendre compte par lui-même des passages précis d'un document qui ont été soit rendus anonymes soit caviardés par l'autorité. Aussi, l'anonymisation ou le caviardage de passages bien déterminés doivent-ils être pratiqués de telle manière que le demandeur puisse constater de visu que des passages déterminés du document ont été masqués. A cette fin, l'autorité peut enduire de noir les passages en question ou les signaler d'une autre façon (par exemple, en introduisant des crochets assortis de points de suspension ([...])). Le fait d'enduire le texte d'une couche de blanc ne permet pas toujours d'indiquer à coup sûr les parties du texte et les passages précis qui ont été caviardés. Aussi convient-il, par principe, de renoncer à recouvrir de blanc les textes, à moins que l'autorité ne marque, en outre, expressément les passages qui ont été caviardés.

Renvois: Handkommentar BGÖ, art. 6 ch. 31 ss, art. 9 ch. 30 ss; recommandation du PFPDT du 28.07.2008 (EDA/Projektunterlagen DEZA).

6.2.3. Caviardage total

Question: Dans quelle mesure faut-il octroyer l'accès à des procès-verbaux de séance qui ont trait à un objet sur lequel l'autorité n'a pas encore statué ou qui recèlent des secrets d'affaire ? Convient-il de refuser l'accès ou de caviarder la majeure partie du procès-verbal ?

Réponse: La LTrans prévoit trois façons de restreindre le droit d'accès. L'autorité peut non seulement refuser l'accès mais aussi le limiter ou le différer. La restriction appliquée au cas d'espèce doit respecter le principe de proportionnalité. L'accès ne doit pas être refusé pour le simple motif que le document contient quelques informations secrètes. Dans ce cas, un accès limité sera octroyé (voir ci-dessus ch. 6.1.5: Accès partiel).

En vertu de l'art. 8, al. 2, LTrans, l'accès aux documents officiels qui constituent la base d'une décision politique ou administrative, est différé jusqu'à ce que la décision soit prise. Toutefois, comme presque chaque document constitue la base d'une telle décision, l'autorité pourrait être encline à interpréter de manière large l'art. 8, al. 2, LTrans. Aussi faut-il que, dans le cas d'espèce, il existe un rapport direct entre le document et la décision à prendre concrètement et que ce document ait, quant au fond, une importance non négligeable au regard de cette décision.

Le processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité est aussi protégé en vertu de l'art. 7, al. 1, let. a, LTrans. Toutefois, en l'occurrence et à la différence de ce qui vaut pour les autres exceptions prévues à l'art. 7, al. 1, l'autorité doit établir qu'il existe un risque non négligeable que cette liberté soit entravée.

Des documents ne peuvent qu'à titre exceptionnel être déclarés secrets d'affaires dans leur intégralité. En règle générale, les passages des documents qui sont révélateurs de tels secrets seront caviardés (voir ci-dessus ch. 5.2.1: secrets d'affaires et de fabrication).

Renvois: Handkommentar BGÖ, art. 8 ch. 30; Handkommentar BGÖ, art. 7 ch. 15 et ch. 43 ss; recommandation du PFPDT du 6.07.2011 (SECO/Vollzugskostenbeiträge PLK).

6.2.4. Statistiques en matière de transparence

Question: Comment l'autorité doit-elle procéder pour établir correctement une statistique des demandes d'accès au sens de la LTrans, d'une part, et des pures demandes de renseignement émanant de journalistes, d'autre part?

Réponse: La LTrans confère à toute personne un droit d'accès subjectif. Aussi, lorsqu'un journaliste demande l'accès à un document officiel, y a-t-il lieu de respecter la procédure prévue par la LTrans de même que les prescriptions sur la saisie des informations exigées par l'art. 21 OTrans. Il appartient à l'autorité d'organiser aussi rationnellement que possible la tenue des statistiques découlant de la LTrans. A noter que les simples demandes de renseignement émanant de journalistes (autrement dit des demandes qui ne visent pas à obtenir l'accès à des documents officiels) ne sont pas soumises à la LTrans.

Renvois: commentaire OTrans, ch. 8.

7. Procédure

7.1. Questions 2006-2011

7.1.1. Nature juridique de la prise de position de l'autorité

Question: Quelle est la nature juridique de la prise de position de l'autorité et quelles sont les dispositions formelles applicables?

Réponse: La prise de position de l'autorité peut consister en l'octroi de l'accès (au moyen de l'envoi d'une copie ou de la consultation sur place). Lorsque l'accès est limité, différé ou refusé, le demandeur doit en être informé par écrit.

La prise de position sous forme de la communication d'une restriction d'accès ne représente pas une décision, celle-ci n'est rendue qu'au cours de la procédure ultérieure. Une simple lettre ou une formule standardisée suffit pour la communication.

Renvois: art. 12 LTrans; FF **2003** 1863.

7.1.2. Accès aux documents dans le cadre des procédures de médiation et de recours

Question: Est-ce que dans le cadre des procédures de médiation et de recours le demandeur peut demander l'accès aux documents dont la consultation est litigieuse, en vertu de son droit de consulter les pièces du dossier dans une procédure administrative ?

Réponse: Le droit des parties de consulter les pièces du dossier dans une procédure administrative ne saurait porter sur les documents dont la consultation est litigieuse, puisqu'il s'agit de l'objet du litige. Le PFPDT ainsi que les autorités de recours doivent donc prendre toutes les mesures nécessaires afin de garantir que le demandeur ou son représentant légal

ne puissent pas avoir accès aux documents litigieux dans le cadre de la procédure de médiation ou de recours.

S'il s'agit d'informations particulièrement sensibles (p.ex. des documents classifiés), il est possible d'envisager que le médiateur ou les autorités de recours consultent les documents sur place, afin d'éviter qu'ils ne fassent partie des pièces de procédure. Une consultation sur place de l'autorité n'est toutefois pas toujours nécessaire. En effet, la question de savoir si ces informations particulièrement sensibles sont accessibles, peut en règle générale déjà être tranchée au vu la nature des informations ou selon la catégorie des documents concernés.

7.1.3. Recours de l'autorité

Question: Est-ce qu'une autorité peut recourir auprès du Tribunal fédéral, lorsque le Tribunal administratif fédéral ne confirme pas sa décision de refuser ou de restreindre le droit d'accès ?

Réponse: La loi sur la transparence et son ordonnance ne prévoient pas de droit de recours pour les autorités. Un office ou une unité administrative qui lui est subordonnée ne peut donc pas recourir auprès du Tribunal fédéral contre une décision du Tribunal administratif fédéral. Il peut uniquement faire valoir l'intérêt d'une correcte interprétation du droit fédéral, ce qui ne constitue pas, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une légitimation suffisante pour recourir. Le département compétent dans le domaine concerné a en revanche la qualité pour recourir.

Renvois: art. 89, al. 2, let. a, de la loi sur Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110).

7.2. Questions 2012

7.2.1. Droits des tiers concernés dans une procédure d'accès

Question: Dans le cadre de la procédure d'accès, quels sont les droits des tiers concernés (par exemple, les destinataires de la décision ou les auteurs d'écrits adressés à l'administration)?

Réponse: Jusqu'à l'ouverture d'une procédure de décision (art. 15, al. 1 et 2, LTrans), les droits procéduraux des tiers sont régis notamment par les art. 11 et 13, al. 1, let c, LTrans. La suite de la procédure est régie par la loi sur la procédure administrative (art. 1, al. 1, PA et art. 16, al. 1, LTrans). Eu égard au libellé de l'art. 48, al. 1, let a, PA et au principe de l'unité de la procédure, la définition de partie telle que prévue par la PA doit être respectée, dès qu'il y a application des art. 10 à 14 LTrans.

Renvois: Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021); arrêt du TAF (A-4356/2010) du 25.01.2011 et arrêt du TF (2C_234/2011) du 23.08.2011.

7.2.2. Qualité de partie des tiers concernés

Question: Qu'en est-il de la qualité de partie des différentes personnes impliquées lorsque l'autorité est amenée à rendre une décision et dans le cadre de la procédure de recours (notamment quel est le statut du demandeur lorsque seul le tiers qui a été entendu conformément à l'art. 11 LTrans, demande à l'autorité de rendre une décision) ?

Réponse: Si l'on en arrive à une procédure de médiation (art. 13 LTrans) et éventuellement à une procédure tendant à ce que l'autorité rende une décision (art. 15 LTrans), le

demandeur et les tiers devant être entendus conformément à l'art. 11 LTrans, y ont qualité de partie. Dans la procédure de médiation, l'autorité a également qualité de partie (art. 10, al. 1, LTrans). Les tiers ont la faculté de déclarer qu'ils renoncent à participer à la procédure. Ce faisant, ils perdent, toutefois, leur droit de recours (art. 48, al. 1, let. a, PA). Si, de son côté, le demandeur ne maintient pas sa requête, la procédure est classée comme étant sans objet. Si plus de 20 personnes participent à la procédure pour défendre les mêmes intérêts, l'autorité peut exiger d'elles qu'elles choisissent un ou plusieurs représentants (art. 11a PA).

Dans le cadre de la procédure tendant au prononcé d'une décision, il y a lieu d'entendre toutes les parties, y compris celles qui n'ont pas demandé un tel prononcé. Font exception les parties qui, dans le cadre de la médiation, ont déclaré renoncer à participer à la procédure.

La qualité de partie dans la procédure de recours est régie par les dispositions usuelles (art. 6 et 48 PA, art. 89 LTF).

Renvois: arrêt du TAF (A-4356/2010), du 25.01.2011, cons. 5.1; MARINO LEBER, Parteistellung im Verwaltungsverfahren, in: Isabelle Häner / Bernhard Waldmann [éd.], Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zurich 2008, p. 17 ss.

7.2.3. Droits des tiers concernés dans la procédure de médiation et dans la procédure de recours

Question: Dans ces deux procédures, comment peut-on garantir les droits de participation des tiers concernés, de telle sorte que, d'une part, ceux-ci ne perdent pas leurs droits parce qu'ils ont été associés trop tard à la procédure et que, d'autre part, la procédure ne traîne pas en longueur ?

Réponse: L'autorité qui assure la direction de la procédure au stade en question doit veiller à ce que les droits des parties, notamment le droit d'être entendu (art 31 et 57, al. 1, PA) soient sauvegardés. Lorsque l'autorité qui statue entend faire pleinement droit à la demande des parties, elle peut se dispenser de les entendre (art. 30, al. 2, let. c, PA). Compte tenu du délai imparti par la loi à l'autorité pour rendre sa décision, celle-ci est contrainte de fixer aux parties de courtes échéances. Lors de procédures impliquant plusieurs participants, il n'est, toutefois, pas toujours possible de respecter le délai dans lequel l'autorité doit rendre sa décision, selon l'art. 15, al. 3, LTrans. D'où la possibilité de prolongation prévue à l'art. 12, al. 2, LTrans.

7.2.4. Consultation des tiers concernés

Question: Est-il correct que l'autorité renonce à entendre le tiers concerné lorsqu'une décision comporte une donnée personnelle qu'il est impossible de rendre anonyme ?

Réponse: L'autorité peut renoncer à l'audition des personnes dont les données personnelles figurent dans les documents officiels en cause, lorsqu'il ressort d'un examen sommaire de la situation juridique qu'il est exclu d'accorder l'accès auxdites données, même compte tenu de l'art. 9, al. 2, LTrans (conclusion inverse de celle qui découle de l'art. 11, al. 1, LTrans). En revanche, même s'il est manifeste que des données personnelles peuvent être communiquées à un tiers avec ou sans le consentement de la personne concernée (art. 9, al. 2, LTrans en liaison avec l'art. 19 LPD), l'autorité ne saurait être déliée de son obligation d'entendre cette personne. Il convient, au contraire, de lui laisser la possibilité de contester l'appréciation provisoire de la situation à laquelle l'autorité s'est livrée.

Si, à la lumière d'une demande de médiation émanant du demandeur, il appert que l'accès peut être accordé, le PFPDT est en droit d'exiger de l'autorité qu'elle procède conformément à l'art. 11, al 1, LTrans, à l'audition qu'elle avait jusque-là négligée. Cette compétence est fondée d'une part sur l'art. 12b, al. 1, OTrans et, d'autre part, sur l'idée qu'il ne saurait être conforme à l'esprit qui sous-tend le déroulement de la procédure que le tiers concerné ne puisse s'exprimer qu'au stade de la procédure de médiation.

7.2.5. Droit de consulter

Question: Comment les parties à la procédure exercent-elles le droit de consulter les pièces du dossier de l'instance inférieure dans le cadre de la procédure devant l'autorité de recours ?

Réponse: Sous réserve des exceptions prévues par la loi, les parties ont le droit de consulter les pièces (art. 26 à 28 et 57, al. 1, PA). Ce droit de consultation vaut également pour le dossier de l'instance inférieure. S'agissant de la consultation des pièces à laquelle se rapporte la demande d'accès litigieuse, voir ch. 7.1.2.

7.2.6. Commissions extraparlémentaires et pouvoir décisionnel

Question: Quelles sont les autorités compétentes (commissions, offices, etc.) pour traiter les demandes concrètes d'accès aux documents des commissions extraparlémentaires ?

Réponse: Les commissions consultatives sont des commissions extraparlémentaires qui donnent leur avis et préparent des projets. Elles sont rattachées administrativement à un département. Elles font partie de l'administration décentralisée et sont soumises au champ d'application de la LTrans (voir ch. 2.1.4: Application aux commissions extraparlémentaires).

Une commission extra-parlementaire ne peut pas se voir reconnaître un pouvoir de décision sans base légale formelle. Comme la LTrans n'attribue pas elle-même un pouvoir de décision à des organes spécifiques, il appartient à une autre autorité de statuer. La seule autorité entrant en ligne de compte est l'autorité de surveillance. S'il est vrai que le département auquel la commission est rattachée doit respecter l'indépendance de celle-ci dans l'exécution de ses tâches, il n'en demeure pas moins que ledit département est compétent pour exercer une surveillance administrative sur celle-ci. L'autorité exerçant la surveillance administrative est, dès lors, également compétente à titre subsidiaire pour rendre une décision lorsque l'organe qu'elle surveille n'a pas de compétence décisionnelle.

Par conséquent, il incombera au département, respectivement à l'office auquel une commission consultative est rattachée, de rendre une décision selon l'art. 15 LTrans.

Renvois: art. 57a, al. 2, de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010) et art. 8a de l'ordonnance y relative (OLOGA; RS 172.010.1) ; arrêts du TAF (A-1135/2011) du 7.12.2011 et (A-3192/2010) du 17.6.2011.

7.3. Questions 2013

7.3.1. Autorité compétente pour prendre position

Question: Est-ce qu'une autorité A. peut renvoyer une personne qui demande un document qu'elle n'a pas rédigé mais qui lui a été remis en tant que destinataire principale à l'autorité B. dont émane le document, si cette dernière est aussi soumise à la LTrans ? Comment procéder si l'autorité A. a retravaillé le document de l'autorité B. et est devenue pour une petite part coautrice ?

Réponse: Selon l'art. 10 LTrans, la demande d'accès à des documents officiels est adressée à l'autorité:

- qui les a produits; ou
- qui les a reçus en tant que destinataire principal de la part de tiers qui ne sont pas soumis à la LTrans.

Cette disposition pose donc comme principe que lorsqu'un document a été établi par une autorité soumise à la LTrans et transmis à une autre autorité également assujettie au principe de transparence, la demande doit être adressée à l'autorité qui est l'auteur du document.

Toutefois, dans certains cas, des documents peuvent concerner plusieurs autorités. L'art. 11 OTrans prévoit dès lors certaines règles de coordination:

- a. Lorsque le document sollicité a été élaboré par différentes autorités, l'autorité en charge de l'affaire est compétente pour prendre position conformément à l'al. 1 (critère de la « Federführung »). L'autorité compétente a la faculté de consulter les autres autorités concernées même si elle n'y est pas tenue.
- b. Lorsque 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 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. Celle-ci a faculté de consulter les autres autorités intéressées.
- c. Si le dossier ne relève pas de la responsabilité d'une seule autorité, toutes les autorités intéressées devront se mettre d'accord pour désigner l'autorité compétente (al. 3). 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. 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.
- d. 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. Dans ce cas, l'autorité « mandante » doit être entendue par l'autorité qui a établi le document, avant que cette dernière ne prenne position.

On demande également comment il faut procéder lorsque l'autorité A a retravaillé le document de l'autorité B devenant ainsi co-auteur du document. Il s'agit ici d'un document élaboré par deux autorités. Il y a dès lors lieu de déterminer l'autorité qui est en charge de l'affaire conformément à l'art. 11, al. 1, OTrans. Si l'affaire ne relève pas de la responsabilité d'une seule autorité, les autorités A et B devront se mettre d'accord conformément à l'art. 11, al. 3, OTrans.

Si une demande d'accès est adressée à tort à une autorité qui n'est ni l'auteur ni le destinataire du document sollicité, il incombe à cette autorité de transmettre, d'office et dans les meilleurs délais, la demande à l'autorité compétente.

Renvois: commentaire OTrans ch. 4; Handkommentar BGÖ art. 10 ch. 17 et art. 12 ch. 5 ss.

7.3.2. Identité du demandeur

Question: Sur le plan de la protection des données, le nom du demandeur peut-il être communiqué aux tiers concernés sans son consentement ? Comment procéder face à de telles demandes ? Le nom du demandeur peut-il être transmis à d'autres services de l'administration ?

Réponse: L'art. 1 OLPD prévoit que toute personne qui demande si des données la concernant sont traitées doit justifier de son identité. Mais la loi sur la transparence part de prémisses fondamentalement différentes. Selon l'art. 6, al. 1, LTrans, toute personne a le droit de consulter des documents officiels, si bien qu'il n'y a en principe pas lieu de vérifier l'identité de ceux qui font une demande en ce sens. De fait, le droit d'accès au sens de la loi sur la transparence se rapporte à des données de tiers, et non à ses propres données. Lorsque la procédure prévue par la LTrans est applicable, les dispositions formelles sur le dépôt de la demande (art. 10, al. 3, LTrans et art. 7 OTrans) ne prévoient pas de contrôle d'identité. Sur le plan pratique, il existe cependant quelques restrictions. Un contrôle d'identité peut être imposé, pour des raisons de sécurité, lorsque le demandeur pénètre dans les locaux de l'autorité pour une consultation sur place. Il est aussi évident que le demandeur devra donner son nom et son adresse si le traitement de la demande est susceptible de faire l'objet d'un émolument. Enfin, le nom et l'adresse seront aussi nécessaires si le document demandé doit être envoyé par la poste.

L'identité du demandeur ne doit pas être transmise aux tiers entendus si une consultation a lieu, à moins qu'il n'y consente.

A l'intérieur de l'administration, le nom du demandeur peut être communiqué s'il y consent ou sur la base de l'art. 19, al. 1, let. a, LPD. Il existe des cas dans lesquels le traitement de la demande d'accès requiert le concours de plusieurs autorités (art. 11 OTrans). Ces dernières devront alors connaître l'identité du demandeur.

Dans la procédure de médiation, l'identité du demandeur ne peut être divulguée que s'il y consent. Il faut toutefois noter que dans le cadre d'une médiation orale (art.12b, al. 2, let. c, OTrans) ou dans la procédure administrative qui suit éventuellement cette médiation, les parties sont en principe connues les unes des autres.

Renvois: FF **2003** 1843 ss; Handkommentar BGÖ, art. 6 ch. 23 et art. 10 ch. 31.

7.3.3. Notification d'une décision selon l'art. 15 LTrans

Question: A quelles parties l'autorité doit-elle notifier une décision au sens de l'art. 15 LTrans ?

Réponse: Si l'autorité est appelée à rendre une décision, le demandeur et les tiers concernés doivent être entendus, même ceux qui n'ont pas demandé qu'une décision soit rendue. Cependant, les parties qui ont déjà renoncé à participer à la médiation sont exclues. Toute décision au sens de l'art. 15 LTrans doit être notifiée par écrit à toutes les parties (art. 34, al. 1, PA en relation avec l'art. 15, al. 1, LTrans).

Quant à savoir qui a qualité de partie : tant dans la médiation (art. 13 LTrans) que lorsque l'autorité doit rendre une décision (art. 15 LTrans), les parties sont le demandeur et les tiers qui doivent être consultés en vertu de l'art. 11 LTrans. Dans la procédure de médiation, l'autorité est aussi partie (art. 10, al. 1, LTrans). Les tiers peuvent déclarer qu'ils renoncent à

participer à la procédure, mais ils perdent alors leur droit de recours (art. 48, al. 1, let. a, PA). Si le demandeur ne maintient pas sa requête, celle-ci est déclarée sans objet et la procédure est classée.

La qualité de partie dans le cadre d'une procédure de recours est régie par les dispositions générales de procédure fédérale (art. 6 et 48 PA; Art. 89 LTF).

8. Emoluments

8.1. Questions 2006-2011

8.1.1. Remise ou réduction des émoluments pour les personnes indigentes

Question: De quelle manière l'autorité peut-elle constater que le demandeur est indigent?

Réponse: Il appartient au demandeur de prouver qu'il vit dans le besoin. A cet effet, il peut produire des pièces fiscales ou d'autres documents prouvant son indigence.

Renvois: art. 15 OTrans; art. 13 de l'ordonnance générale sur les émoluments (OGEml; RS 172.041.1); FF **2003** 1867 ss.

8.1.2. Perception d'émoluments en cas de limitation ou de refus de l'accès

Question: Est-il exact que des émoluments sont également dus lorsque l'accès n'est pas accordé ou qu'en partie ?

Réponse: La LTrans prévoit le principe de la perception d'un émolument pour l'accès à des documents officiels. Toutefois, l'ordonnance atténue ce principe en prévoyant que l'autorité peut remettre ou réduire l'émolument lorsqu'elle refuse l'accès ou lorsqu'elle ne l'accorde que partiellement.

Renvois: art. 17 LTrans; art. 15, al. 3, OTrans; FF **2003** 1867 ss.

8.1.3. Avance et paiement anticipé des émoluments

Question: A quelles conditions peut-on demander une avance ou le paiement anticipé des émoluments?

Réponse: Dans des cas fondés, notamment lorsque le demandeur est domicilié à l'étranger ou s'il y a des arrérages dans les paiements, il est possible d'exiger une avance. Si les coûts attendus sont connus d'emblée, le paiement anticipé entre également en ligne de compte. En l'absence de circonstances particulières, il y a lieu de facturer les émoluments.

Renvois: art. 14 OTrans; art. 10 de l'ordonnance générale sur les émoluments (OGEml; RS 172.041.1).

8.2. Questions 2012

8.2.1. Cas de perception

Question: Dans quels cas, l'autorité est-elle fondée à exiger un émolument? Peut-on partir du principe qu'un émolument de base est exigible pour toute demande d'accès compte tenu de la charge de travail qu'occasionne ne serait-ce que son examen?

Réponse: L'accès aux documents officiels est en principe onéreux (art. 17, al. 1, LTrans). La notion « en principe » est traduite en allemand par « in der Regel ». En revanche, elle ne figure pas dans la version italienne, ce qui est une lacune. La version allemande correspond à la volonté du législateur.

Si la LTrans prévoit le principe de l'accès onéreux, il n'en demeure pas moins que l'autorité ne saurait exiger un émolument de base pour toute demande d'accès, sans examiner si les exceptions prévues dans la LTrans s'appliquent au cas d'espèce (art. 14 OTrans). De plus, comme cela ressort du terme « in der Regel », elle dispose d'une certaine marge de manœuvre pour décider de la perception d'un émolument. Elle peut donc tenir compte d'autres circonstances, par exemple les cas de réduction ou de remise prévus aux art. 3 et 13 de l'ordonnance générale sur les émoluments (OGEmol; RS 172.041.1), sous réserve des dispositions spéciales prévues dans l'ordonnance sur la transparence (art. 14 OTrans).

L'autorité ne perçoit pas d'émolument dans les cas suivants (art. 17 LTrans et art. 15 OTrans):

- pour le règlement de demandes occasionnant peu de frais : tel est le cas lorsque la perception de l'émolument occasionne des frais d'un montant supérieur à celui des prestations fournies;
- pour des frais inférieurs à CHF 100.-;
- pour des frais liés aux besoins particuliers des personnes handicapées;
- pour la procédure de médiation;
- pour la procédure de première instance.

L'autorité compétente peut facturer un émolument lorsqu'il s'agit d'une demande nécessitant beaucoup de travail, d'une demande abusive ou d'une demande manifestement adressée à une autorité afin de rendre l'accomplissement de ses tâches légales plus difficiles.

L'autorité peut également remettre ou réduire l'émolument lorsqu'elle refuse l'accès ou qu'elle ne l'accorde que partiellement (art. 15, al. 3, OTrans).

Voir également le ch. 8.2.6, Emolument pour la demande d'accès d'un journaliste.

Renvois: FF **2003** 1867; commentaire OTrans ch. 6.

8.2.2. Emolument pour des demandes d'accès successives

Question: Est-ce que l'émolument exigé pour une demande d'accès doit être d'un montant identique pour les demandes successives ?

Réponse: Si les frais encourus pour le traitement des demandes successives sont inférieurs aux coûts supportés lorsque les documents ont été publiés pour la première fois, l'émolument sera adapté en conséquence. Le principe de la couverture des frais l'emporte par conséquent sur le principe d'égalité d'accès.

8.2.3. Facturation

Question: Comment convient-il de facturer les coûts engendrés par le règlement de la demande d'accès?

Réponse: Selon l'ordonnance générale sur les émoluments, les émoluments sont calculés de manière à ce que leur produit total ne dépasse pas le montant total des coûts de l'unité administrative, conformément au principe de la couverture des frais.

Lorsque l'autorité reçoit une demande d'accès, elle doit tout d'abord estimer les coûts prévisibles et, si ceux-ci dépassent 100.-, en informer le demandeur (art. 16, al. 2, OTrans). Ce dernier doit confirmer sa demande dans un délai de 10 jours; à défaut elle est considérée comme retirée.

Lors du calcul de l'émolument, l'autorité doit comptabiliser les frais occasionnés par le règlement de la demande d'accès conformément au descriptif du tarif de l'ordonnance sur la transparence, à savoir:

- le temps consacré à l'examen des documents (prise de connaissance des documents, analyse juridique et consultation d'experts tels que conseillers à la transparence, juristes ou spécialistes du domaine concerné, consultation des tiers concernés);
- le temps consacré à la préparation des documents, par exemple l'occultation de certaines parties;
- le temps consacré à la reproduction des documents;
- le nombre et la forme des copies demandées.

En revanche, à défaut de base légale prévue dans le tarif, l'autorité ne comptabilisera pas:

- le temps consacré à la recherche des documents dans son système de gestion;
- les entretiens avec le demandeur;
- le temps consacré à la préparation de la prise de position;
- le temps consacré à la préparation de l'audience de médiation;
- la durée des audiences de médiation devant le PFPDT;
- le temps consacré à l'examen de la recommandation du PFPDT afin de décider de la suite à donner à la demande d'accès;
- le temps consacré à la préparation de la décision de première instance;
- les frais d'expédition.

Lors du calcul de l'émolument, l'autorité doit également tenir compte des circonstances particulières du cas d'espèce (demandeur dans le besoin, intérêt public, accès partiellement refusé).

Renvois: Commentaire OTrans, ch. 6.

8.2.4. Emolument en cours de procédure

Question: Est-il admissible que l'autorité perçoive aussi un émolument à un stade avancé de la procédure (par exemple, après réception de la recommandation du PFPDT), si l'administration doit faire face à des coûts plus élevés que prévu ?

Réponse: Lorsque l'autorité reçoit une demande d'accès, elle doit estimer les coûts prévisibles et, si ceux-ci dépassent CHF 100.-, en informer le demandeur (art. 16, al. 2, OTrans). En principe, elle ne facture donc que les frais encourus dans les limites des coûts prévisibles qui ont été communiqués au demandeur.

Toutefois, si l'autorité décide, après une recommandation du PFPDT, d'accorder l'accès à tout ou partie des documents, elle peut estimer une nouvelle fois les coûts prévisibles et doit, le cas échéant, en informer le demandeur comme mentionné ci-dessus.

8.2.5. Emolument pour un document qui sera publié

Question: L'autorité peut-elle (doit-elle) percevoir un émolument lorsqu'un document traité en prévision de sa publication sur Internet est remis, à sa demande, à un journaliste quelques jours avant la date prévue pour cette publication ?

Réponse: En pareil cas, il n'y a pas lieu de percevoir d'émolument. Lors du traitement de la demande, il y a lieu de veiller au respect des points suivants: délai de 20 jours pour prendre position sur la demande (art. 12, al. 1, LTrans), ajournement de l'accès au sens de l'art. 8, al. 2, LTrans et documents n'ayant pas atteint leur stade définitif d'élaboration selon l'art. 5, al. 3, let. b, LTrans.

Lorsqu'il existe des dispositions spéciales d'autres lois fédérales qui déclarent certaines informations accessibles, la LTrans n'est pas applicable (art. 4, al. 1, let. b, LTrans).

8.2.6. Emolument pour une demande d'accès d'un journaliste

Question: Dans quelle mesure une autorité peut-elle percevoir un émolument pour une demande d'accès d'un journaliste?

Réponse: La LTrans ne prévoit pas d'accès gratuit aux documents officiels. L'accès peut donc être accordé à un journaliste moyennant paiement d'un émolument. En outre, les exceptions au principe de l'accès onéreux s'appliquent également aux journalistes (voir ch. 8.2.1: Cas de perception).

Toutefois, la perception d'un émolument ne doit pas constituer un obstacle à la transparence dans l'administration fédérale. Les autorités disposent de plus d'une certaine marge de manœuvre, puisque l'art. 17, al. 1, LTrans prescrit qu'un émolument est perçu « en règle générale ». Il convient également de tenir compte du devoir d'informer du Conseil fédéral ou des départements qui peut justifier une prise en compte particulière des intérêts des médias (art. 10 et 40 de la loi sur l'organisation de l'administration et le gouvernement (LOGA; RS 172.010). Le Tribunal fédéral a donné de l'art. 3, al. 2, let. a, OGEmol l'interprétation suivante : on peut partir du principe qu'il existe un intérêt public dans le cas des journalistes, ce qui peut justifier la réduction ou la non-perception d'un émolument dans les cas d'espèce. Dans le cas qu'il examinait, le tribunal a conclu qu'il fallait fixer un montant particulier (inférieur) de l'émolument, à moins que l'autorité ne renonce à le percevoir en vertu de son pouvoir d'appréciation.]

Renvois: FF **2003** 1861 ss; ATF (1C_64/2013) du 26.04.2013, consid. 4.3 et 4.4.

8.2.7. Litiges concernant les émoluments

Question: Après de quelle autorité faut-il recourir en cas de contestation du montant de l'émolument ?

Réponse: L'autorité doit informer le demandeur sur les coûts prévisibles si ceux-ci dépassent CHF 100.- (art. 16, al. 2, OTrans). Même si le demandeur confirme sa demande, il conserve la faculté de contester le montant de l'émolument perçu par l'autorité à l'issue de la procédure d'accès. En effet, l'art. 16 OTrans prévoit comme seule conséquence juridique le retrait de la demande d'accès si le demandeur ne la confirme pas. Par contre, faute de base légale, sa confirmation de maintenir sa demande d'accès ne saurait être interprétée en ce sens qu'il renonce d'entrée de cause à contester, le cas échéant, le montant de l'émolument qui sera facturé à l'issue de la procédure d'accès.

A ce stade du traitement de la demande d'accès, c'est-à-dire lorsque le demandeur est informé sur les coûts prévisibles, celui-ci ne peut pas saisir le PFPDT d'une demande en médiation. Toutefois, une procédure de médiation peut exceptionnellement être ouverte lorsque les coûts communiqués sont à ce point excessifs qu'ils équivalent à une restriction du droit d'accès.

Dans le cas où le demandeur entend contester l'accès qui lui a été accordé et le montant de l'émolument facturé, il peut déposer une demande en médiation. Les deux objets du litige sont étroitement liés et doivent donc faire l'objet d'une seule et même procédure.

Lorsque le demandeur a obtenu tout ou partie des documents sollicités mais entend contester uniquement le montant de l'émolument facturé, la procédure de médiation ne lui est pas ouverte car la question principale du droit d'accès n'est pas contestée. Le demandeur a la faculté d'exiger de l'autorité compétente qu'elle rende une décision susceptible de recours.

Renvois: art. 13, al. 1 et 16 LTrans; art. 14 OTrans; art. 11, al. 2, de l'ordonnance générale sur les émoluments (OGEmol; RS 172.041.1).

9. Mise en œuvre et autres questions

9.1. Questions 2012

9.1.1. Rapport de confiance entre autorités

Question: Pour pouvoir exercer leurs activités, certaines autorités fédérales ont besoin de nouer avec d'autres des rapports de confiance réciproques. Or, en adoptant une pratique trop libérale en matière de consultation des documents, elles peuvent saper cette confiance et entraver ainsi l'exercice de leurs activités. Comment faut-il aborder cette problématique?

Réponse: Cette problématique touche en particulier les domaines dans lesquels les autorités fédérales exercent des tâches de surveillance sur d'autres autorités (par exemple le Contrôle fédéral des finances ou la Surveillance des services de renseignements).

La LTrans ne prévoit pas comme motif de restriction la protection des rapports de confiance entre deux autorités. Un tel motif serait en effet contraire à l'objectif de la loi, qui vise à promouvoir la transparence quant à l'activité de l'administration et à renforcer la confiance des citoyens dans leurs institutions.

Il n'en demeure pas moins que cette loi offre un arsenal d'exceptions (art. 7 et 8 LTrans) qui permettent de protéger certains intérêts et, dans certains cas, de tenir compte de cette problématique, par exemple lorsque la publication des données, qui ont été obtenues dans le cadre d'un rapport de confiance, risque de porter atteinte à la sûreté de la Suisse (art. 7, al. 1, let. c, LTrans). De plus, une autorité de surveillance peut envisager de restreindre le droit d'accès lorsque l'accès à un document officiel est susceptible de porter notablement atteinte au processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité (art. 7, al. 1, let. a, LTrans) ou entrave l'exécution de mesures concrètes prises par une autorité conformément à ses objectifs (art. 7, al. 1, let. b, LTrans).

Renvois: Recommandation du PFPDT du 18.11.2010 (VBS/Inspektionsberichte ND-Aufsicht); arrêt du TAF (A-3443/2010) du 18.10. 2010; Urteil des Oberverwaltungsgerichtes für das Land Nordrhein-Westfalen vom 26. Oktober 2011 (8A 2593/10), Urteil des deutschen Bundesverwaltungsgerichtes vom 15. November 2012 (BVerwG 7 C 1.12).

9.1.2. Création d'une banque de données des demandeurs

Question: Comment peut-on mettre sur pied une banque informatisée recensant les demandes d'accès pendantes (y compris celles qui émanent de journalistes) et les décisions qu'elles appellent?

Réponse: La première question à se poser est de savoir si une telle banque de données traite des données personnelles au sens de la LPD, par exemple des données concernant le demandeur ou des tiers concernés. La définition de données personnelles doit être interprétée de manière large, puisqu'elle comprend toute information se rapportant à une personne identifiée, mais également à une personne identifiable. Si toutes les données personnelles contenues dans la banque de données sont caviardées (comme c'est le cas par exemple dans la banque de jurisprudence du Tribunal fédéral), les exigences de la loi sur la protection des données ne sont pas applicables. Cette loi vise en effet à protéger la personnalité des personnes physiques et morales et non les données comme telles.

Si en revanche la banque de données contient des données personnelles, il y a lieu de tenir compte des exigences de la LPD, notamment la base légale et les principes de proportionnalité et de finalité (art. 19, al. 3, LPD).

Conformément au principe de proportionnalité, il y a lieu de déterminer si l'octroi d'un accès en ligne est indispensable aux autorités pour l'accomplissement de leurs tâches en matière de transparence. Un accès en ligne pour des raisons de commodité ne suffit pas. La finalité de la banque de données devra également être définie conformément aux objectifs de la LTrans. En particulier, la banque de données ne devrait pas avoir pour finalité détournée de restreindre le droit d'accès de certaines personnes ou de certains groupes de personnes contrairement au principe d'égalité en matière d'accès (« access to one access to all »).

Renvois: Guide de l'OFJ pour l'élaboration des bases légales nécessaires pour exploiter un système de traitement automatisé de données personnelles (version du 16.12.2010; http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/legistik/leitf-rechtsgrundlagen-f.pdf).

9.1.3. Pratique en matière d'émoluments

Question: Les pratiques en matière de perception des émoluments ne sont-elles pas disparates?

Réponse: L'OFJ et le PFPDT rappellent que l'accès est en règle générale onéreux, sous réserve d'exceptions. Les explications du ch. 8 devraient permettre d'instaurer une pratique uniforme. Toutefois en raison de la marge de manœuvre accordée aux autorités (art. 17, al. 1, LTrans: « in der Regel »), des différences peuvent subsister.

Renvois: arrêt du TAF (A 3363/2013) du 22. 04.2013; ATF (1C_64/2013) du 26.4.2013,

9.2. Questions 2013

9.2.1. Coordination pour les demandes multiples

Question: Comment la coordination des demandes multiples est-elle assurée?

Réponse: Aujourd'hui, le service d'information de la Chancellerie fédérale assure la coordination du traitement des demandes d'accès des médias. Lorsqu'une demande d'un journaliste est adressée à plusieurs départements, le service d'information prépare une réponse coordonnée de tous les départements concernés après avoir consulté lesdits départements ainsi que la section Droit de la Chancellerie fédérale. Le groupe interdépartemental « Datenschutz » assure également la coordination du traitement des demandes d'accès adressées simultanément par un ou des citoyens à plusieurs autorités fédérales, par l'intermédiaire des conseillers à la transparence des départements représentés dans ledit groupe.

9.2.2. Droits des tiers concernés dans le cadre de l'information active

Question: Quels sont les droits des personnes concernées lorsque l'autorité envisage de publier d'office un document contenant leurs données personnelles? Est-ce que les règles de procédure de la LTrans s'appliquent?

Réponse: L'art. 19 LPD détermine à quelles conditions les organes fédéraux peuvent communiquer des données personnelles à des tiers. L'al. 1 prévoit que ceux-ci ne sont en droit de communiquer des données personnelles que si une base légale le prévoit. Avant de communiquer des données personnelles à un tiers, l'autorité doit donc déterminer si la législation applicable au cas d'espèce prévoit une base légale suffisante pour communiquer ces données et, le cas échéant, les conditions applicables. S'il n'existe pas de base légale au sens de l'art. 17 LPD, l'art. 19, al. 1, LPD prévoit que les organes fédéraux sont en droit de communiquer des données personnelles dans un certain nombre de cas, par exemple lorsque la personne y a consenti ou lorsqu'elle a rendu ses données accessibles à tout un chacun.

L'art. 19, al. 1^{bis}, LPD prescrit en outre que les organes fédéraux peuvent communiquer des données personnelles dans le cadre de l'information officielle du public, d'office ou en vertu de la loi sur la transparence aux conditions suivantes: les données concernées sont en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques et la communication répond à un intérêt public prépondérant.

Contrairement aux règles de procédure prévue par la LTrans, l'autorité qui envisage de publier d'office un document contenant des données personnelles n'est pas tenue d'entendre

la personne concernée. Elle doit uniquement respecter les exigences de l'art. 19 LPD. Cependant, la personne concernée a certains droits. La publication d'un document contenant des données personnelles est en effet un acte matériel au sens de l'art 25a de la loi sur la procédure administrative. Selon cette disposition, toute personne qui a un intérêt digne de protection peut exiger une décision de l'autorité compétente pour un acte matériel. De plus, en vertu de l'art. 20 LPD, la personne concernée qui rend vraisemblable un intérêt légitime, peut s'opposer à la communication de ses données personnelles. Elle peut, en vertu de l'art. 25 LPD, s'opposer à tout traitement illicite de la part de l'organe fédéral responsable, le cas échéant en faisant valoir ses droits en justice.

Renvois: Handkommentar BGÖ, Einleitung ch. 87 ss et art. 6 ch. 66, Stephan Brunner, Persönlichkeitsschutz bei der behördlichen Information der Öffentlichkeit von Amtes wegen: Ein Leitfaden, in: ZBl 2010 595 ss.