



## Öffentlichkeitsgesetz: Leitfaden Gesuchsbeurteilung und Checkliste

---

Das Öffentlichkeitsgesetz bringt ein allgemeines Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten auf Bundesebene. Es trifft aber auch Vorkehren, um berechtigte Vertraulichkeitsinteressen weiterhin zu schützen. Wird gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz Zugang zu einem bestimmten Dokument verlangt, so müssen die für die Gesuchsbehandlung zuständigen Stellen eine Reihe von Punkten überprüfen. Nachstehend sind diese Prüfpunkte in Frageform formuliert.

### Inhaltsübersicht

1. Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes auf das verlangte Dokument
2. Zugänglichkeit nach BGÖ
3. Personendaten Dritter
4. Zeitpunkt des Zugangs

Anhang I: Checkliste Gesuchsbehandlung

Anhang II: Verweise auf Rechtsgrundlagen und Materialien

## 1. Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsgesetzes auf das verlangte Dokument

### 1.1 Handelt es sich um ein "amtliches Dokument" im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes?

Ein "amtliches Dokument" im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes ist jede aufgezeichnete Information, die im Besitz einer Behörde ist, welche dieses Dokument selbst erstellt oder von Dritten (nicht dem BGÖ unterstehenden Stellen oder Personen) zugestellt erhalten hat. Ein Dokument ist nur dann ein "amtliches Dokument", wenn es die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft. Ebenfalls als amtliche Dokumente gelten Dokumente, welche durch einen einfachen elektronische Vorgang aus aufgezeichneten Informationen erstellt werden können. Somit kann das Recht auf Zugang erfordern, dass einfache Datenbankabfragen durchgeführt werden.

Folgende Kategorien von Dokumenten sind keine "amtlichen" Dokumente im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes; sie sind daher nicht nach den Regeln dieses Gesetzes zugänglich:

- Dokumente (bzw. Informationen), die durch eine Behörde selbst kommerziell genutzt werden: z.B. Landkarten, meteorologische Daten, gewisse Geodaten. Unter diese Kategorie fallen auch diejenigen Informationen bzw. Daten, die unmittelbar der Herstellung von Produkten dienen. Verträge einer Behörde mit Dritten, z.B. ein Vertrag mit einer Firma über die Lieferung von Gütern oder Dienstleistungen, sind dagegen keine Dokumente, die kommerziell genutzt werden.
- Dokumente die nicht fertig gestellt sind: Als fertig gestellt gelten namentlich Dokumente, die unterzeichnet sind, die einem verwaltungsinternen Adressaten (Vorgesetzte oder Vorgesetzter) übergeben wurden oder die einer anderen Behörde oder verwaltungsexternen Stelle oder Person definitiv übergeben wurden, namentlich zur Kenntnis- oder Stellungnahme oder als Entscheidungsgrundlage.
- Dokumente, die zum persönlichen Gebrauch bestimmt sind: Es sind dies 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), andererseits Notizen, Entwürfe, Arbeitskopien von Dokumenten etc., die lediglich dem persönlichen Gebrauch oder dem Gebrauch eines eng beschränkten Personenkreises (z.B. Projektteam) dienen.

Handelt es sich nicht um ein amtliches Dokument, kann das Gesuch abgelehnt werden. Ob das Dokument trotzdem herausgegeben werden soll (ggf. unter Auflagen) liegt im Ermessen der zuständigen Stelle.

### 1.2 Wurde das Dokument vor dem Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes von einer Behörde erstellt oder empfangen?

Wenn ja, ist das Dokument nicht nach dem Öffentlichkeitsgesetz zugänglich.

Das Gesuch kann abgelehnt werden. Es empfiehlt sich jedoch, zu prüfen, ob es darüber hinaus tatsächlich auch inhaltliche Gründe gibt, das Dokument zurückzubehalten. Ist dies nicht der Fall, kann der Zugang trotzdem gewährt werden.

**1.3 Wurde das Dokument bereits in einem Publikationsorgan des Bundes oder auf Internet publiziert?**

Wenn ja, besteht kein Recht auf Zugang nach Öffentlichkeitsgesetz.

Dem Gesuchstellenden ist zumindest die Fundstelle (Internetadresse, Publikationsort) anzugeben.

**1.4 Betrifft das verlangte Dokument ein Justiz- bzw. Streitbeilegungs- oder Schiedsverfahren?**

Ist ein Dokument Teil der Verfahrensakten eines verwaltungsinternen Beschwerdeverfahrens, eines gerichtlichen Verfahrens bzw. Streitbeilegungs- oder Schiedsverfahrens, so fällt es *nicht* unter den Zugang nach BGÖ. In diesem Fall ist das Gesuch – insbesondere für die Verfahrensparteien – nach dem einschlägigen Verfahrensrecht zu beurteilen.

Dokumente, die ein erstinstanzliches Verwaltungsverfahren betreffen, sind grundsätzlich zugänglich, wobei sich die Akteneinsicht der Parteien weiterhin nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz<sup>1</sup> richten.

**1.5 Enthält das Dokument persönliche Daten der gesuchstellenden Person?**

Wenn ja, gilt das im Datenschutzgesetz<sup>2</sup> geregelte Auskunftsrecht. Das Verfahren richtet sich nach den dort vorgesehenen Regeln bzw. allfälligen Spezialregeln (z.B. das Bundesgesetz über die Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit<sup>3</sup>).

**1.6 Fällt das Dokument unter eine spezialgesetzliche Geheimnis- oder Zugangsregelung?**

Beispiele für spezialgesetzliche Geheimhaltungsbestimmungen sind etwa das Steuergeheimnis, das Sozialversicherungsgeheimnis. Beispiele für die spezialgesetzliche Zugangsregelung finden sich im Bereich der öffentlichen Register oder des Vernehmlassungsrechts (Zugänglichkeit der im Vernehmlassungsverfahren abgegebenen Stellungnahmen).

Unter eine spezialgesetzliche Zugangsregelung fallen insbesondere auch Protokolle von parlamentarischen Kommissionen sowie amtliche Dokumente, die im Auftrag von parlamentarischen Kommissionen erstellt wurden.

In diesen Fällen ist der Zugang nach den einschlägigen Spezialbestimmungen zu beurteilen.

---

<sup>1</sup> SR 172.021

<sup>2</sup> SR 235.1

<sup>3</sup> SR 120

## 2. Zugänglichkeit nach BGÖ

### 2.1 *Handelt es sich um ein Dokument des Mitberichtsverfahrens?*

Der definitive, von der Departementsvorsteherin oder vom Departementsvorsteher unterzeichnete Antrag an den Bundesrat ist nach den Regeln des Öffentlichkeitsgesetzes nicht zugänglich.

Der Antrag, den das federführende Amt dem Departement übermittelt, ist nicht Teil des Mitberichtsverfahrens, und damit grundsätzlich nach BGÖ zugänglich. Obwohl noch nicht unterzeichnet, hat ein solches Dokument aus Sicht des Amtes definitiven Charakter. Frühester Zeitpunkt für den Zugang ist dann, wenn der Bundesrat seinen Entscheid getroffen hat (vgl. Ziff. 4 unten).

Nicht zugänglich sind ebenfalls die im Mitberichtsverfahren erfolgenden Stellungnahmen, auch die Repliken und Dupliken des federführenden Departements (dies gilt auch für nicht oder noch nicht unterzeichnete Entwürfe zu solchen Dokumenten). Entsprechende Gesuche sind immer abzulehnen.

### 2.2 *Handelt es sich um ein Dokument über Positionen in laufenden oder künftigen Verhandlungen?*

Mit Verhandlungen sind alle Arten von Verhandlungen von Behörden mit verwaltungsexternen Dritten gemeint; sowohl solche, die auf Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags abzielen, wie auch internationale Verhandlungen. Damit diese Ausnahme geltend gemacht werden kann, muss das betreffende Dokument sich auf Verhandlungspositionen beziehen. Es muss für den Fortgang der Verhandlung also von Bedeutung sein. Künftige Verhandlungen müssen in einer kurzen bzw. absehbaren Frist bevorstehen.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist das betreffende Dokument nicht zugänglich. Entsprechende Gesuche sind immer abzulehnen.

### 2.3 *Handelt es sich um einen Evaluationsbericht?*

Ein Evaluationsbericht ist ein amtliches Dokument, das Leistungen von Verwaltungsstellen oder die Wirksamkeit von Massnahmen der Verwaltung bewertet. Evaluationsberichte sind immer zugänglich. Unter bestimmten Voraussetzungen ist es denkbar, dass der Zugang aufgeschoben wird, etwa wenn der Evaluationsbericht gleichzeitig als Entscheidungsgrundlage dient oder wenn er zu einem späteren Zeitpunkt ohnehin publiziert wird.

Nicht als Evaluationsberichte gelten Dokumente, welche die Leistungen einzelner Personen evaluieren.

### 2.4 *Ist eine der im Ausnahmekatalog von Artikel 7 des Öffentlichkeitsgesetzes aufgezählten Ausnahmebestimmungen anwendbar?*

Damit eine der in Artikel 7 BGÖ vorgesehenen Ausnahmeklauseln angewendet werden kann, muss die Verletzung der jeweiligen öffentlichen oder privaten Interessen aufgrund der Zugänglichmachung des betreffenden Dokuments wahrscheinlich sein: D.h., sie muss "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge" mit einer hohen Wahrscheinlichkeit eintreten, also nicht

lediglich denkbar bzw. entfernt möglich sein. Sie muss aber nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreten.

Als "Beeinträchtigung" eines Interesses, zu dessen Schutz die Behörde von Gesetzes wegen verpflichtet ist, kann aber nicht jede geringfügige oder auch bloss unangenehme Konsequenz der Zugänglichmachung des Dokuments gelten. Dies gilt umso mehr, wenn es sich dabei um eine Konsequenz handelt, die in erster Linie die entscheidende Behörde betrifft, z.B. in Form von zusätzlicher Arbeit für die Behörde oder unerwünschter öffentlicher Aufmerksamkeit.

Bei der Anwendung der Ausnahmeklauseln sind immer auch die Zwecksetzungen des Gesetzes berücksichtigen. In Grenzfällen – wenn die Wahrscheinlichkeit des tatsächlichen Eintretens der Verletzung zu schützender Interessen zwar besteht, aber bloss gering ist oder wenn nur mit einer geringfügigen negativen Konsequenz zu rechnen ist – soll für den Zugang entschieden werden.

Das Verhältnismässigkeitsgebot erfordert, dass im Falle einer Beschränkung immer die mildeste mögliche Variante gewählt wird. Statt ein Gesuch vollumfänglich abzulehnen ist es also teilweise zu bewilligen, wenn lediglich bestimmte Teile eines Dokuments unter eine Ausnahme fallen und der Rest dennoch substantielle und sinnvolle Informationen enthält. Ein Aufschub des Zugangs statt einer Ablehnung des Gesuchs ist angebracht, wenn absehbar ist, zu welchem Zeitpunkt die Gründe dahinfallen werden, die dem Zugang im Gesuchszeitpunkt noch entgegenstehen.

*Der Zugang zu amtlichen Dokumenten kann zum Schutz folgender öffentlicher Interessen zeitlich aufgeschoben, auf einen Teil des Inhalts beschränkt oder ganz verweigert werden:*

#### 2.4.1 Schutz der freien Meinungs- und Willensbildung einer Behörde

Als "wesentlich beeinträchtigt" kann die freie Meinungs- und Willensbildung einer Behörde dann gelten, wenn sie als Folge einer Veröffentlichung des zu beurteilenden Dokuments in wesentlichen Teilen nicht mehr verwirklicht werden kann. Dies dürfte im Falle der Meinungs- und Willensbildung nur bei sehr umstrittenen, grundsätzlichen Entscheidungen der Fall sein. Handelt es sich dagegen um einen wenig kontroversen Detailentscheid, so wird die Bedingung für die Anwendung der Ausnahmeklausel kaum erfüllt sein.

Geschützt wird auch die freie Meinungs- und Willensbildung von Behörden, die nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen.

Bevor der Entscheid getroffen ist, für den es als Entscheidungsgrundlage dient, ist das fragliche Dokument ohnehin nicht zugänglich und der Zugang ist entsprechend aufzuschieben (vgl. Ziff. 2.5 unten). Die vorliegende Ausnahmebestimmung wird also ausschliesslich dann zur Anwendung kommen, wenn die Veröffentlichung eines bestimmten Dokuments die freie Meinungs- und Willensbildung auch noch beeinträchtigen würde, nachdem ein Entscheid getroffen ist oder wenn dadurch die freie Meinungs- und Willensbildung weiterer Instanzen im Rahmen eines mehrstufigen Entscheidungsprozesses beeinträchtigt würde.

#### 2.4.2 Schutz der zielkonformen Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen

Zur Sicherstellung der ordnungsgemässen Durchführung von konkreten Massnahmen (z.B. Aufsichtsmassnahmen, Inspektionen, Kontrollen, Aufklärungskampagnen oder Massnahmen

im Rahmen von wirtschaftlichen Beteiligungen des Bundes) kann diese Ausnahmebestimmung angerufen werden, wenn aufgrund der Veröffentlichung der fraglichen Dokumente die betreffende Massnahme höchstwahrscheinlich ihr Ziel nicht oder nicht mehr erreichen würde.

#### 2.4.3 Schutz der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz

Diese Ausnahme betrifft in erster Linie die Tätigkeiten des Polizei-, Zoll-, Nachrichten- und Militärwesens sowie die Bereiche, die mit Risikotechnologien befasst sind. Sie ist anwendbar um den Zugang zu Dokumenten zu beschränken oder zu verweigern, die Massnahmen zum Erhalt der Handlungsfähigkeit des Staates in ausserordentlichen Lagen, zur Sicherstellung der wirtschaftlichen Landesversorgung, Informationen über technische Einzelheiten oder den Unterhalt von Rüstungsgütern usw. oder Informationen, deren Zugänglichmachung zur Beeinträchtigung der Sicherheit wichtiger Infrastrukturen oder gefährdeter Personen führen würden, enthalten.

Beispiele: Im Gesuchszeitpunkt aktuelle Sicherheitsbeurteilungen und entsprechenden Massnahmenplanungen; Informationen über die Sicherheitsmassnahmen betreffend nukleare Anlagen bzw. Materialien.

#### 2.4.4 Schutz der aussenpolitischen Interessen der Schweiz;

Diese Ausnahme betrifft die Wahrnehmung der schweizerischen Interessen in auswärtigen Angelegenheiten. Beispiele für Fälle, in denen die Vertraulichkeit bestimmter Informationen erforderlich sein kann:

- Informationsbeschaffung über Situationen, Vorgänge und Absichten ausländischer Staaten;
- Interventionen im Rahmen des konsularischen und diplomatischen Schutzes, z.B. bei Entführungen von Schweizerinnen und Schweizern im Ausland;
- Demarchen zu Gunsten der Menschenrechte, des humanitären Völkerrechts oder in Asylfragen.

Zudem kann die Schweiz auf Grund internationaler vertraglicher Verpflichtungen oder anerkannter Staatenpraxis (z.B. im Rahmen der Zusammenarbeit innerhalb internationaler Organisationen) gehalten sein, gewisse ausländische Dokumente nicht öffentlich zugänglich zu machen (Informationsschutzabkommen, vertrauliche Staatsverträge).

Die aussenpolitischen Interessen und die internationalen Beziehungen der Schweiz in einem weiteren Sinn können unter Umständen auch beeinträchtigt werden, wenn Beziehungen der Schweiz zu halbprivaten oder privaten ausländischen Ansprechpartnern betroffen sind.

#### 2.4.5 Schutz der Beziehungen zwischen Bund und Kantonen bzw. zwischen Kantonen

Die Bekanntmachung von Dokumenten, die aus einem Kanton stammen, der das Öffentlichkeitsprinzip nicht kennt oder dessen Tragweite materiell abweichend von der entsprechenden Regelung auf Bundesebene definiert, und die deswegen auf Grund kantonalen Rechts geheim sind, kann unter Umständen die Beziehungen zwischen dem Bund und diesem Kanton (oder zwischen dem Kanton, von dem das Dokument stammt, und dritten Kantonen) beeinträchtigen. Ist damit zu rechnen, so muss der Zugang zu solchen Dokumenten verweigert werden.

#### 2.4.6 Schutz der Wirtschafts-, geld- und währungspolitischen Interessen der Schweiz

Die Zugänglichmachung eines amtlichen Dokuments darf die wirtschafts-, geld- und währungspolitischen Interessen der Schweiz nicht gefährden. Die Geheimhaltung rechtfertigt sich, damit wirtschafts-, geld- und währungspolitische Strategien ohne Druck von aussen erarbeitet werden können. Die Bestimmung bleibt aber auf jene Fälle beschränkt, in denen eine Bekanntgabe eines Dokuments zu einer tatsächlichen Gefährdung (und nicht einer blossen Beeinträchtigung) der wirtschafts-, geld- und währungspolitischen Interessen führen könnte, das heisst, wenn die Veröffentlichung bestimmter Informationen beispielsweise spekulativen Geschäften Vorschub leisten würde.

*Der Zugang zu amtlichen Dokumenten kann zum Schutz folgender privater Interessen aufgeschoben, beschränkt oder verweigert werden:*

#### 2.4.7 Schutz von Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen

Grundsätzlich ist diese Ausnahmerebestimmung immer dann anwendbar, wenn die Veröffentlichung eines amtlichen Dokuments den Wettbewerb zwischen Marktteilnehmenden verzerren würde. "Marktteilnehmende" kann eine Drittperson sein, über die das fragliche Dokument Informationen beinhalten, aber ausnahmsweise auch die Verwaltung selbst.

Als Berufs- Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis gelten Informationen, denen Geheimnischarakter zukommt (d.h. es geht um Tatsachen, die weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind). Es muss ein legitimes Geheimhaltungsinteresse bestehen und der Geheimhaltungswille der privaten Drittperson (bzw. des "Geheimnisherrn") muss zumindest aus den Umständen ersichtlich sein. Berufsgeheimnisse bestehen insbesondere für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie für Personen, die in medizinischen Berufen tätig sind.

Beispiele für Fabrikationsgeheimnisse: Informationen über Herstellungs- oder Konstruktionsverfahren; technische Informationen im Rahmen von Beschaffungsprojekten im Rüstungsbereich oder anderen öffentlichen Beschaffungsprojekten; Akten laufender Patentprüfungsverfahren.

Beispiel für Geschäftsgeheimnisse: Einzelheiten über Betriebsorganisation; Preiskalkulationen.

Der Begriff "Geschäftsgeheimnis" ist dabei in einem weiten Sinn zu verstehen. Die Ausnahmeklausel erlaubt es daher beispielsweise auch, den Zugang zu Dokumenten zu verweigern, die geplante oder laufende Forschungsprojekte, bestimmten Informationen betreffend den Erwerb von Kulturgut oder bestimmte Marktstrategien enthalten. Auch Informationen, die im Falle einer Veröffentlichung den Aktienkurs von Unternehmen wesentlich beeinflussen könnten, an denen der Bund Beteiligungen hält, können im weiteren Sinne unter den Begriff des "Geschäftsgeheimnisses" fallen.

Im Zweifelsfall ist es durchaus denkbar, dass mit den betroffenen privaten Dritten Rücksprache genommen wird.

#### 2.4.8 Schutz einer zwischen Behörde und Privaten vereinbarten Vertraulichkeit, wenn Informationen freiwillig mitgeteilt wurden

Hat ein Dritter (und nicht eine dem vorliegenden Entwurf unterworfenen Behörde, da die amtlichen Dokumente in deren Besitz definitionsgemäss dem Öffentlichkeitsprinzip unterliegen) ohne Verpflichtung – das heisst, ohne gesetzliche oder vertragliche Pflicht – und unter Zusicherung der Geheimhaltung seitens der Verwaltung eine Information mitgeteilt, so muss der Zugang zu einem amtlichen Dokument, das solche Informationen enthält, verweigert werden können. Die beiden Bedingungen – Fehlen einer Verpflichtung und Zusicherung der Geheimhaltung – müssen kumulativ erfüllt sein. Die Zusicherung der Geheimhaltung muss grundsätzlich ausdrücklich verlangt und ebenso ausdrücklich zugesichert worden sein.

#### 2.4.9 Schutz der Privatsphäre Dritter

Der Zugang zu amtlichen Dokumenten ist grundsätzlich zu beschränken oder zu verweigern, wenn das Zugänglichmachen die Privatsphäre Dritter beeinträchtigen würde. Dies ist in erster Linie dann der Fall, wenn das fragliche Dokument Angaben über Drittpersonen enthält. Die Fragen, die sich im Zusammenhang mit Dokumenten stellen, die Personendaten Dritter enthalten, werden nachfolgend unter Ziff. 3.1 behandelt.

### 3. Personendaten Dritter

#### 3.1 ***Enthält das Dokument Informationen über Dritte (d.h. Angaben, die sich auf bestimmte oder bestimmbare natürliche oder juristische Personen beziehen)?***

Grundsätzlich ist ein Dokument, das Personendaten enthält zu anonymisieren (auch verwaltungsintern ist ohnehin erforderlich, dass mit anonymisierten oder aggregierten Daten gearbeitet wird, wo immer dies möglich ist). Anonymisieren bedeutet hier, das Dokument so aufzubereiten, dass sich die im Dokument enthaltenen Informationen nicht mehr mit bestimmten, erkennbaren Personen in Verbindung bringen lassen.

Von einer Anonymisierung kann in der Regel *abgesehen* werden, wenn:

- die betroffene Person bereits in die Veröffentlichung eingewilligt hat oder wenn die Einwilligung nach den Umständen eindeutig vorausgesetzt werden darf (z.B. wenn die Person einen Auftrag der Verwaltung angenommen hat oder wenn sie etwa als Mitglied einer Expertenkommission erwähnt wird, muss eine Zustimmung vorausgesetzt werden);
- die fraglichen Personendaten von der betroffenen Person bereits selbst allgemein zugänglich gemacht wurden.

Wenn eine Anonymisierung nicht möglich ist und auch die beiden soeben genannten Voraussetzungen nicht gegeben sind, muss es unter Umständen dennoch trotz einer wesentlichen Beeinträchtigung der Privatsphäre bestimmter Personen möglich sein, bestimmte Informationen zugänglich zu machen, so etwa bei Vorkommnissen innerhalb der Verwaltung (z.B. bei Korruptionsfällen). Das Öffentlichkeitsgesetz sieht für solche Fälle eine Ausnahme vor.

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. Selbstverständlich ist dabei die Voraussetzung, dass nicht eine andere Ausnahmeklausel oder eine spezialgesetzliche Geheimnisnorm dem Zugang entgegensteht.

Will die zuständige Stelle gestützt auf die Ausnahmebestimmung ein Dokument veröffentlichen, das Personendaten enthält, muss sie eine Interessenabwägung vornehmen und das Zugangsinteresse dem Schutzinteresse der betroffenen Person gegenüberstellen. Letzteres wird tendenziell überwiegen, wenn es um besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile geht oder wenn der betroffenen Person (oder weiteren Personen) aufgrund der Veröffentlichung schwerwiegende Konsequenzen (z.B. gravierende Missbräuche ihrer Personendaten; körperliche Gewalt) drohen könnten. Die Betroffenen müssen vor der Gewährung des Zugangs angehört werden.

## 4. Zeitpunkt des Zugangs

### 4.1 *Wurde der politische oder administrative Entscheid, für den das fragliche Dokument eine Grundlage darstellt, bereits getroffen?*

Das BGÖ sieht vor, dass Dokumente, welche die Grundlage für einen "politischen oder administrativen" Entscheid darstellen, erst zugänglich gemacht werden dürfen, wenn dieser Entscheid getroffen ist. Der Begriff "politischer oder administrativer Entscheid" ist breit zu verstehen. Es kann sich dabei um einen abteilungsinternen Entscheid, einen Entscheid des Amtes oder des Departements handeln. Der Inhalt spielt dabei keine Rolle: Der Entscheid kann eine rechtliche oder politische Position oder Vorgehensweise zum Inhalt haben, sich auf Fragen der Verwaltungsorganisation oder der Personalführung oder auch den Beizug Dritter für die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben beziehen.

Ein Dokument stellt eine Entscheidgrundlage dar, wenn es:

- sich unmittelbar auf einen zu treffenden Entscheid bezieht;
- dafür von wesentlicher Bedeutung ist.

Für Ämterkonsultationsverfahren kann der Bundesrat beschliessen, dass die entsprechenden Dokumente (d.h. die Stellungnahmen der Ämter) auch nach seinem Entscheid nicht zugänglich sind.

Die hier zu prüfende Frage betrifft nur den *Zeitpunkt* des Zuganges und nicht die Frage, ob das Dokument von seinem Inhalt her zugänglich ist (letzteres ist nach den Ziff. 2 und 3 zu überprüfen). Der Zugang ist daher grundsätzlich bloss aufzuschieben und nur ausnahmsweise zu verweigern. Eine Verweigerung des Zugangs ist allenfalls denkbar, wenn überhaupt noch nicht absehbar ist, wann der Entscheid getroffen werden wird.

## Anhang I: Checkliste Gesuchsbehandlung

Die Rechtsgrundlagen und Hinweise auf die Materialien zu den einzelnen Ziffern sind in Anhang II angegeben.

|                                                                                                                                                                                                        |                                                                                        |                                                       |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------|
| <b>1.1</b> <i>Handelt es sich um ein "amtliches Dokument" im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes?</i>                                                                                                    | <input type="checkbox"/> Ja<br><input type="checkbox"/> Nein → kein Zugang nach BGÖ    |                                                       |
| <b>1.2</b> <i>Wurde das Dokument vor dem Inkrafttreten des Öffentlichkeitsgesetzes von einer Behörde erstellt oder empfangen?</i>                                                                      | <input type="checkbox"/> Ja → kein Zugang nach BGÖ<br><input type="checkbox"/> Nein    |                                                       |
| <b>1.3</b> <i>Wurde das Dokument bereits in einem Publikationsorgan des Bundes oder auf Internet publiziert?</i>                                                                                       | <input type="checkbox"/> Ja → Zugangsanspruch erfüllt<br><input type="checkbox"/> Nein | Angabe der Fundstelle                                 |
| <b>1.4</b> <i>Betrifft das verlangte Dokument ein Justiz- bzw. Streitbeilegungs- oder Schiedsverfahren oder ist die gesuchstellende Person Partei in einem erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren?</i> | <input type="checkbox"/> Ja → kein Zugang nach BGÖ<br><input type="checkbox"/> Nein    | Verfahrensrecht anwendbar                             |
| <b>1.5</b> <i>Enthält das Dokument persönliche Daten der gesuchstellenden Person?</i>                                                                                                                  | <input type="checkbox"/> Ja → kein Zugang nach BGÖ<br><input type="checkbox"/> Nein    | Zugang nach DSG                                       |
| <b>1.6</b> <i>Fällt das Dokument unter eine spezialgesetzliche Geheimnis- oder Zugangsregelung?</i>                                                                                                    | <input type="checkbox"/> Ja → kein Zugang nach BGÖ<br><input type="checkbox"/> Nein    | Zugang ev. nach Spezialgesetz                         |
|                                                                                                                                                                                                        |                                                                                        |                                                       |
| <b>2.1</b> <i>Handelt es sich um ein Dokument des Mitberichtsverfahrens?</i>                                                                                                                           | <input type="checkbox"/> Ja → kein Zugang<br><input type="checkbox"/> Nein             |                                                       |
| <b>2.2</b> <i>Handelt es sich um ein Dokument über Positionen in laufenden oder künftigen Verhandlungen?</i>                                                                                           | <input type="checkbox"/> Ja → kein Zugang<br><input type="checkbox"/> Nein             |                                                       |
| <b>2.3</b> <i>Handelt es sich um einen Evaluationsbericht?</i>                                                                                                                                         | <input type="checkbox"/> Ja → Zugang gewährleistet<br><input type="checkbox"/> Nein    | Sonderfall, in dem der Zugang immer gewährleistet ist |
| <b>2.4</b> <i>Ist eine der im Ausnahmekatalog</i>                                                                                                                                                      | <input type="checkbox"/> Ja → Zugang aufschie-                                         |                                                       |

|                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                           |  |  |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|
| <b>von Artikel 7 des Öffentlichkeitsgesetzes aufgezählten Ausnahmebestimmungen anwendbar?</b>                                                                   | ben, beschränken oder verweigern<br><br><input type="checkbox"/> Nein                                                                                                                                                                                                                     |  |  |
| <u>2.4.1 Schutz der freien Meinungs- und Willensbildung einer Behörde</u>                                                                                       | <input type="checkbox"/>                                                                                                                                                                                                                                                                  |  |  |
| <u>2.4.2 Schutz der zielkonformen Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen</u>                                                                            | <input type="checkbox"/>                                                                                                                                                                                                                                                                  |  |  |
| <u>2.4.3 Schutz der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz</u>                                                                                            | <input type="checkbox"/>                                                                                                                                                                                                                                                                  |  |  |
| <u>2.4.4 Schutz der aussenpolitischen Interessen der Schweiz;</u>                                                                                               | <input type="checkbox"/>                                                                                                                                                                                                                                                                  |  |  |
| <u>2.4.5 Schutz der Beziehungen zwischen Bund und Kantonen bzw. zwischen Kantonen</u>                                                                           | <input type="checkbox"/>                                                                                                                                                                                                                                                                  |  |  |
| <u>2.4.6 Schutz der Wirtschafts-, geld- und währungspolitischen Interessen der Schweiz</u>                                                                      | <input type="checkbox"/>                                                                                                                                                                                                                                                                  |  |  |
| <u>2.4.7 Schutz von Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen</u>                                                                                       | <input type="checkbox"/>                                                                                                                                                                                                                                                                  |  |  |
| <u>2.4.8 Schutz einer zwischen Behörde und Privaten vereinbarten Vertraulichkeit, wenn Informationen freiwillig mitgeteilt wurden</u>                           | <input type="checkbox"/>                                                                                                                                                                                                                                                                  |  |  |
| <u>2.4.9 Schutz der Privatsphäre von Dritten.</u>                                                                                                               | <input type="checkbox"/>                                                                                                                                                                                                                                                                  |  |  |
|                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                           |  |  |
| <b>3.1 Enthält das Dokument Informationen über Dritte (d.h. Angaben, die sich auf bestimmte oder bestimmbar natürliche oder juristische Personen beziehen)?</b> | <input type="checkbox"/> Ja → Anonymisieren, ausser es liegt die Zustimmung der Betroffenen vor.<br><br>Wenn Anonymisierung <i>nicht</i> möglich:<br><br>Ausnahmsweise Zugang gewähren, wenn überwiegende öffentliche Interessen vorliegen; nach <u>Anhörung der betroffenen Person</u> . |  |  |

|                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                        |  |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|--|
|                                                                                                                                                                                                                                            | <input type="checkbox"/> Nein                                                          |  |
| <b>4.1</b> <i>Wurde der politische oder administrative Entscheidung, für den das fragliche Dokument eine Grundlage darstellt, getroffen?</i>                                                                                               | <input type="checkbox"/> Ja<br><br><input type="checkbox"/> Nein → Zugang aufgeschoben |  |
|                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                        |  |
| <b>Ergebnis</b><br><input type="checkbox"/> Zugang gewährt<br><br><input type="checkbox"/> Zugang aufgeschoben<br><br><input type="checkbox"/> Zugang auf Teil des Dokumentes beschränkt<br><br><input type="checkbox"/> Zugang verweigert |                                                                                        |  |

## **Anhang II: Verweise auf Rechtsgrundlagen und Materialien**

1.1: Art. 5 BGÖ; Art. 1 VBGÖ; Botschaft BGÖ, BBl 2003 1996 ff.

1.2: Art. 23 BGÖ.

1.3: Art. 6 Abs. 3 BGÖ; Art. 3 Abs. 2 VBGÖ.

1.4: Art. 3 Abs. 1 BGÖ; BBl 2003 1989.

1.5: Art. 3 Abs. 2 BGÖ.

1.6: Art. 4 BGÖ; BBl 2003 1989 f.

2.1: Art. 8 Abs. 1 BGÖ; Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> und 2 RVOV, SR 172.010.1 (Mitberichtsverfahren); BBl 2003 2014.

2.2: Art. 8 Abs. 4 BGÖ; BBl 2003 2015.

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

2.4: Art. 7 BGÖ; BBl 2003 2007 ff.

2.4.9: Art. 9 und 11 BGÖ; Art. 19 DSG; Art. 6 VBGÖ.

3.1: Art. 7 Abs. 2, Art. 9 und 11 BGÖ; Art. 19 DSG,

4.1: Art. 8 Abs. 2 und 3 BGÖ.;

Siehe auch das Dokument des BJ und des EDÖB "Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Verwaltung: Häufig gestellte Fragen" vom 2. August 2013.



## **Loi sur la transparence: guide pour l'appréciation des demandes et check-list**

---

La loi sur la transparence accorde un droit d'accès général aux documents officiels au plan fédéral. Mais elle prévoit également des mesures permettant de protéger des intérêts justifiés au maintien de la confidentialité. Si l'accès à un document déterminé est requis sur la base de la loi sur la transparence, les autorités compétentes pour traiter la demande doivent examiner une série de points. Ces points à vérifier seront formulés sous forme de questions dans le texte qui suit.

Le présent document remplace le document de l'OFJ "loi sur la transparence: guide pour l'appréciation des demandes et check-list" du 24.05. 2006.

### **Table des matières**

1. Applicabilité de la loi sur la transparence au document requis
2. Accessibilité selon la LTrans
3. Données personnelles de tiers
4. Moment de l'accès

Annexe I: Check-list pour le traitement des demandes

Annexe II: Renvoi aux bases légales et aux travaux préparatoires

## 1. Applicabilité de la loi sur la transparence au document requis

### 1.1 S'agit-il d'un "document officiel" au sens de la loi sur la transparence?

Toute information enregistrée se trouvant en possession d'une autorité qui a établi le document elle-même ou qui l'a reçu de la part de tiers (entités ou personnes non soumises à la LTrans) représente un "document officiel" au sens de la loi sur la transparence. Un document n'est un "document officiel" que s'il concerne l'accomplissement d'une tâche publique. Sont également considérés comme documents officiels des documents qui peuvent être établis par un simple procédé électronique à partir d'informations enregistrées. Ainsi, le droit d'accès peut exiger qu'on procède à une simple interrogation d'une banque de données.

Les catégories suivantes de documents ne sont pas des documents "officiels" au sens de la loi sur la transparence; ils ne sont dès lors pas accessibles selon les règles de cette loi:

- Des documents (ou informations) qui sont commercialisés par une autorité elle-même: p. ex. des cartes topographiques, des données météorologiques, certaines données de mensuration. Les informations ou données servant immédiatement à la confection de produits tombent également sous cette catégorie. Des contrats passés par une autorité avec des tiers, p. ex. des contrats conclus avec une entreprise portant sur la livraison de biens ou de service, ne représentent par contre pas des documents utilisés commercialement.
- Des documents qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration: sont censés avoir atteint leur stade définitif d'élaboration notamment les documents qui ont été signés, ainsi que les documents qui ont été transmis à un destinataire interne à l'administration (p. ex. à un supérieur) ou qui ont été définitivement transmis à une autre autorité, à une entité externe à l'administration ou à une autre personne, pour prise de connaissance, pour prise de position ou comme base de décision.
- Des documents destinés à l'usage personnel: il s'agit d'une part de documents personnels qui se trouvent à la place de travail, mais qui ne présentent aucun rapport avec les tâches de service (messages personnels du courrier électronique, tableaux, livres) et d'autre part de notes, de projets, de copies de travail etc. qui sont réservés à l'usage personnel ou à l'usage d'un cercle très restreint de personnes (p. ex. équipe de projet).

S'il ne s'agit pas d'un document officiel, la demande peut être rejetée. La question de savoir si le document doit tout de même être divulgué (le cas échéant avec des charges) relève de l'appréciation de l'entité compétente.

### 1.2 Est-ce que le document a été établi ou reçu par une autorité avant l'entrée en vigueur de la loi sur la transparence?

Dans l'affirmative, le document n'est pas accessible selon la loi sur la transparence.

La demande peut être rejetée. Il est toutefois recommandé de vérifier s'il existe, en dehors de cela, des motifs tirés du contenu justifiant la rétention du document. Si tel n'est pas le cas, l'accès peut tout de même être accordé.

**1.3 Est-ce que le document a déjà été publié dans un organe de publication de la Confédération ou sur Internet?**

Dans l'affirmative, les conditions relatives au droit d'accès sont réputées remplies, selon la loi sur la transparence.

Il y a lieu d'indiquer à l'auteur de la demande au moins le lieu précis (adresse Internet, lieu de publication).

**1.4 Est-ce que le document demandé concerne une procédure judiciaire, de conciliation ou d'arbitrage?**

Si un document fait partie du dossier de procédure d'une procédure de recours administratif, d'une procédure judiciaire ou d'une procédure de conciliation ou d'arbitrage, il *ne tombe pas* sous l'accès selon la LTrans. Dans ce cas, la demande doit être examinée – en particulier pour les parties à la procédure – selon le droit de procédure pertinent.

Les documents qui concernent une procédure administrative de première instance sont en principe accessibles, la consultation du dossier par les parties étant toujours régie par la loi sur la procédure administrative<sup>1</sup>.

**1.5 Est-ce que le document contient des données personnelles concernant le demandeur?**

Dans l'affirmative, c'est le droit d'accès réglé par la loi sur la protection des données<sup>2</sup> qui est applicable. La procédure se déroule selon les normes qui y figurent ou d'après d'éventuelles règles spéciales (p. ex. les règles prévues par la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure<sup>3</sup>).

**1.6 Est-ce que le document tombe sous une réglementation spéciale traitant du secret ou de l'accès?**

Les dispositions spéciales traitant du secret concernent par exemple le secret fiscal ou le secret des assurances sociales. Des exemples de normes légales spéciales touchant à l'accès se trouvent dans le domaine des registres publics ou du droit concernant la procédure de consultation (possibilité d'accéder aux prises de position fournies dans le cadre de la procédure de consultation).

Tombent notamment sous le coup d'une réglementation spéciale les procès-verbaux des commissions parlementaires ainsi que les documents qui ont été établis à la demande de ces dernières.

Dans ces cas, l'accès doit être apprécié sur la base des dispositions spéciales pertinentes.

---

<sup>1</sup> RS 172.021

<sup>2</sup> RS 235.1

<sup>3</sup> RS 120

## 2. Accessibilité selon la LTrans

### 2.1 *S'agit-il d'un document de la procédure de co-rapport?*

La proposition définitive signée par le chef de département à l'intention du Conseil fédéral n'est pas accessible selon les règles de la loi sur la transparence.

La proposition transmise par l'office responsable au département ne fait pas encore partie de la procédure de co-rapport, elle est donc en principe accessible selon la LTrans. Bien que non signé, un tel document revêt, du point de vue de l'office, un caractère définitif. L'accès pourra être accordé au plus tôt lorsque le Conseil fédéral a pris sa décision (voir ch. 4 ci-après).

Les prises de position déposées dans le cadre de la procédure de co-rapport ne sont pas non plus accessibles, pas plus que les répliques et dupliques du département responsable (il en va de même des projets y relatifs qui n'ont pas été signés ou qui ne le sont pas encore). Des demandes portant sur de tels documents doivent toujours être rejetées.

### 2.2 *S'agit-il d'un document relatif à des positions prises dans des négociations en cours ou futures?*

Par négociations, il faut entendre toute sorte de négociations menées par des autorités avec des tiers externes à l'administration, qu'il s'agisse de négociations portant sur la conclusion d'un contrat de droit privé ou de négociations internationales. Afin de pouvoir invoquer cette exception, le document concerné doit se référer à des *positions* de négociations. Il doit donc être important en vue de la poursuite des négociations. Des négociations futures doivent être imminentes dans un bref délai ou dans un délai déterminable.

Lorsque ces conditions sont remplies, le document en question n'est pas accessible. Des demandes y relatives doivent toujours être rejetées.

### 2.3 *S'agit-il d'un rapport d'évaluation?*

Un rapport d'évaluation est un document officiel qui évalue les prestations fournies par des unités administratives ou l'efficacité de mesures prises par l'administration. Les rapports d'évaluation sont toujours accessibles. Il est concevable que l'accès soit ajourné à certaines conditions, par exemple lorsque le rapport d'évaluation sert également de base à une décision ou s'il est de toute manière publié à une date ultérieure.

Les documents qui évaluent les prestations d'une personne déterminée ne sont pas considérés comme rapports d'évaluation.

### 2.4 *Est-ce que l'une des dispositions dérogatoires figurant sur la liste des exceptions de l'article 7 de la loi sur la transparence est applicable?*

Afin de pouvoir appliquer l'une des clauses d'exception de l'article 7 LTrans, il doit être probable que les intérêts publics ou privés en jeu seraient violés si l'accès au document concerné était accordé: cela signifie que la violation doit se produire avec une haute probabilité "selon le cours ordinaire des choses", il ne suffit pas qu'elle soit concevable ou éventuelle-

ment possible. Par contre, elle ne doit pas se produire avec une probabilité confinante à la certitude.

Une "atteinte" portée à un intérêt dont la protection relève du devoir légal des autorités ne peut pas résider dans toute conséquence mineure ou simplement désagréable découlant de l'ouverture de l'accès au document. Ceci vaut d'autant plus lorsqu'il s'agit d'une conséquence qui touche en premier lieu l'autorité qui prend la décision, p. ex. sous forme de travail supplémentaire pour l'autorité ou d'une attention publique non désirée.

Lors de l'application des clauses d'exception, il y a toujours lieu de tenir compte des objectifs inhérents à la loi. Dans des cas limites – lorsque la probabilité de la réalisation de la violation d'intérêts à protéger existe tout en étant faible, ou lorsqu'il ne faut s'attendre qu'à une conséquence négative mineure – il faut trancher en faveur de l'accès.

Le principe de la proportionnalité exige que la variante la moins incisive possible soit choisie dans le cas d'une limitation. Au lieu de rejeter entièrement une demande, il faut l'admettre partiellement si seules certaines parties d'un document tombent sous une clause d'exception alors que le reste contient tout de même des informations substantielles et sensées. L'ajournement de l'accès en lieu et place du rejet de la demande est indiqué lorsque le moment est prévisible auquel les raisons qui s'opposent encore à l'accès lors du dépôt de la demande deviendront caduques.

*L'accès à des documents officiels peut être différé dans le temps, limité à une partie du contenu ou même totalement refusé afin de protéger les intérêts publics suivants:*

#### 2.4.1 Protection de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité

La libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité peut être considérée comme "notablement atteinte" lorsqu'elle ne peut plus être réalisée, dans une large mesure, à la suite de la publication du document en question. Dans le cas de la formation de l'opinion et de la volonté, tel devrait être le cas uniquement lorsqu'il s'agit de prendre des décisions de principe très controversées. S'il s'agit par contre d'une décision peu controversée portant sur un détail, les conditions permettant l'application de la clause d'exception ne sont pas remplies.

La protection de la libre formation de l'opinion et de la volonté s'étend également à des autorités qui ne sont pas soumises à la loi sur la transparence.

Avant que la décision ne soit prise sur la base du document en question, celui-ci n'est de toute manière pas accessible et l'accès doit être différé en conséquence (voir chiffre 2.5 ci-après). La présente clause d'exception trouvera donc uniquement application lorsque la publication d'un certain document porterait encore atteinte à la libre formation de l'opinion et de la volonté alors qu'une décision a été prise, ou lorsque la libre formation de l'opinion et de la volonté d'autres instances serait touchée dans le cadre d'un processus décisionnel à plusieurs paliers.

#### 2.4.2 Protection de l'exécution de mesures concrètes prises par une autorité conformément à ses objectifs

Afin de garantir l'exécution conforme de mesures concrètes (p. ex. des mesures de surveillance, inspections, contrôles, campagnes d'information ou mesures liées à des participations

économiques de la Confédération), cette clause d'exception peut être invoquée lorsque la mesure concernée n'atteindrait très probablement pas ou plus son objectif à cause de la publication des documents en question.

#### 2.4.3 Protection de la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse

Cette exception concerne en premier lieu les activités des entités de la police, des douanes, du renseignement et de l'armée ainsi que les domaines liés à des technologies à risque. Elle s'applique dans le but de limiter ou de refuser l'accès à des documents portant sur des mesures destinées au maintien de la capacité d'agir de l'Etat face à des situations extraordinaires ou à la garantie de l'approvisionnement économique du pays, sur des informations liées à des détails techniques ou l'entretien d'objets d'armement etc. ou sur des informations dont la révélation produirait une atteinte à la sécurité d'infrastructures importantes ou de personnes en danger.

Exemples: Des évaluations de la sûreté avec des plans de mesures qui sont d'actualité au moment de la demande; des informations concernant les mesures de sécurité portant sur des installations ou matériaux nucléaires.

#### 2.4.4 Protection des intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure

Cette exception concerne la sauvegarde des intérêts suisses dans des affaires de politique extérieure. Voici des exemples de cas pouvant exiger la confidentialité de certaines informations:

- recherche d'informations portant sur des situations, événements et intentions d'Etats étrangers;
- interventions dans le cadre de la protection consulaire et diplomatique, p. ex. en cas d'enlèvements de citoyens suisses à l'étranger;
- démarches en faveur des droits de l'homme ou du droit international humanitaire, ou en matière d'asile.

Par ailleurs, la Suisse peut être tenue, sur la base d'obligations découlant de traités internationaux ou de la pratique reconnue entre Etats (p. ex. dans le cadre de la coopération entre organisations internationales), de ne pas accorder l'accès à certains documents étrangers (conventions de protection des informations, traités internationaux confidentiels).

Les intérêts liés à la politique extérieure et les relations internationales de la Suisse comprises dans un sens large peuvent également être compromis, selon les circonstances, lorsque les relations liant la Suisse à des interlocuteurs étrangers semi-privés ou privés en seraient touchées.

#### 2.4.5 Protection des relations entre la Confédération et les cantons ou des relations entre cantons

Lorsque des documents proviennent d'un canton qui ne connaît pas le principe de la transparence ou qui définit sa portée matérielle de manière divergente par rapport à la réglementation fédérale et qu'ils sont dès lors secrets en vertu du droit cantonal, leur communication peut éventuellement compromettre les relations entre la Confédération et ce canton (ou entre le canton de provenance du document et de tierces cantons). S'il faut s'y attendre, l'accès à de tels documents doit être refusé.

#### 2.4.6 Protection des intérêts de la politique économique ou monétaire de la Suisse

Le fait d'accorder l'accès à un document officiel ne doit pas compromettre les intérêts de la politique économique ou monétaire de la Suisse. Le maintien du secret se justifie dans la perspective de pouvoir élaborer des stratégies de politique économique ou monétaire sans subir des pressions extérieures. La disposition reste toutefois limitée aux cas où la révélation d'un document conduirait à une mise en danger réelle (et non seulement à une simple atteinte) des intérêts de la politique économique ou monétaire, c'est-à-dire lorsque la publication de certaines informations devait par exemple favoriser des transactions spéculatives.

*L'accès à des documents officiels peut être différé, limité ou refusé afin de protéger les intérêts privés suivants:*

#### 2.4.7 Protection de secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication

Cette clause d'exception est en principe toujours applicable lorsque la publication d'un document officiel entraînerait une distorsion de la concurrence entre les acteurs du marché. Un "acteur du marché" peut être une tierce personne sur laquelle le document en question contient des informations, mais il peut s'agir à titre exceptionnel également de l'administration.

Sont considérées comme secret professionnel, d'affaires ou de fabrication des informations qui revêtent un caractère secret (c'est-à-dire qu'il s'agit de faits qui ne sont ni publics ni généralement accessibles). Il doit exister un intérêt légitime au maintien du secret, et la volonté de la tierce personne (ou du "maître du secret") de maintenir le secret doit en tout cas découler des circonstances. Des secrets professionnels existent en particulier pour les avocats ainsi que pour les personnes exerçant une profession médicale.

Exemples de secrets de fabrication: informations relatives à des procédés de fabrication ou de construction: informations techniques fournies dans le cadre de projets d'acquisition d'armements ou d'autres projets de marchés publics; dossiers de procédure d'examen de brevets.

Exemple de secrets d'affaires: détails de l'organisation d'une entreprise; calcul de prix.

La notion du "secret d'affaires" doit être comprise dans un sens large. La clause d'exception permet dès lors de refuser par exemple l'accès à des documents qui contiennent des projets de recherche planifiés ou en cours, certaines informations concernant l'acquisition de biens culturels ou certaines stratégies de marché. Des informations susceptibles d'influencer de manière essentielle le cours des actions d'entreprises auxquelles la Confédération participe peuvent également tomber, dans un sens large, sous la notion du "secret d'affaires".

En cas de doute, il est tout à fait concevable de prendre langue avec la tierce personne concernée.

#### 2.4.8 Protection de la confidentialité convenue entre l'autorité et des tiers lorsque les informations sont fournies librement

Lorsqu'un tiers (et non pas une autorité soumise à la loi pour laquelle les documents en sa possession sont assujettis par définition au principe de la transparence) a communiqué une information librement – c'est-à-dire sans y être obligé de par la loi ou par contrat – et sous la garantie du secret de la part de l'administration, l'accès à un document officiel contenant de

telles informations doit pouvoir être refusé. Les deux conditions – absence d'une obligation et garantie du secret – doivent être remplies cumulativement. La garantie du secret doit avoir été demandée *expressément* et accordée également de manière expresse.

#### 2.4.9 Protection de la sphère privée de tiers

L'accès aux documents officiels doit en principe être restreint ou refusé lorsque le fait d'accorder l'accès porterait atteinte à la sphère privée de tiers. Ceci est avant tout le cas si le document en question contient des données concernant de tierces personnes. Les questions soulevées par des documents contenant des données relatives à des tiers sont traitées sous chiffre 3.1 ci-après.

### 3. Données personnelles de tiers

#### **3.1 Est-ce que le document contient des données relatives à des tiers (c'est-à-dire des indications qui se réfèrent à des personnes physiques ou morales déterminées ou déterminables)?**

En principe, il y a lieu de rendre anonyme le document contenant des données personnelles (même à l'interne de l'administration, il est de toute façon nécessaire de travailler avec des données rendues anonymes ou synthétisées si cela est possible). Rendre anonyme signifie ici que le document doit être préparé de telle manière que l'information figurant dans le document ne peut plus être mise en rapport avec certaines personnes reconnaissables.

On peut généralement *renoncer* à rendre anonyme le document lorsque:

- la personne concernée a déjà consenti à la publication ou lorsque le consentement peut être déduit sans équivoque des circonstances (p. ex. lorsque la personne a accepté un mandat de la part de l'administration ou lorsqu'elle est mentionnée comme membre d'une commission d'experts, on doit présupposer le consentement);
- les données personnelles en question ont déjà été rendues généralement accessibles par la personne concernée.

S'il est impossible de rendre anonyme un document et si les deux conditions qui viennent d'être évoquées ne sont pas non plus données, il doit tout de même être possible, selon les circonstances, de rendre accessibles certaines informations, par exemple lors de certains événements au sein de l'administration (p. ex. dans des cas de corruption). La loi sur la transparence prévoit une exception pour de tels cas.

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. La condition en est bien sûr qu'il n'existe aucune autre clause d'exception et aucune norme instituant un secret régi par une loi spéciale qui s'oppose à l'accès au document.

Si l'unité compétente entend publier un document contenant des données personnelles en vertu de la clause d'exception, elle doit procéder à une pondération des intérêts en jeu en opposant l'intérêt à l'accès à l'intérêt à la protection de la personne concernée. Ce dernier

tend à l'emporter lorsqu'il s'agit de données sensibles ou de profils de la personnalité, ou lorsque de graves conséquences (p. ex. abus graves de leurs données personnelles; violences physiques) pourraient menacer les personnes concernées (ou encore d'autres personnes) à la suite de la publication. Les personnes concernées doivent être entendues avant l'autorisation de l'accès.

## 4. Moment de l'accès

### 4.1 *Est-ce que la décision politique ou administrative pour laquelle le document en question constitue une base a déjà été prise?*

La LTrans prévoit que les documents constituant la base d'une décision "politique ou administrative" ne peuvent être rendus accessibles qu'après la prise de cette décision. La notion de la "décision politique ou administrative" doit être comprise dans un sens large. Il peut s'agir d'une décision interne à une division, d'une décision de l'office ou du département. Le contenu n'est pas déterminant. La décision peut porter sur une position juridique ou politique ou sur un mode de procéder, elle peut se référer à des questions relevant de l'organisation administrative ou de la direction du personnel, ou encore au recours à des tiers pour l'accomplissement de tâches administratives.

Un document constitue une base de décision lorsqu'il:

- se réfère immédiatement à une décision à prendre;
- revêt une signification essentielle pour elle.

Pour la procédure de consultation des offices, le Conseil fédéral peut décider que les documents y relatifs (c'est-à-dire les prises de position des offices) ne seront pas non plus accessibles après sa décision.

La question qui intéresse ici ne concerne que le *moment* de l'accès et non pas la question de savoir si le document est accessible quant à son contenu (ce point doit être examiné sous l'angle des chiffres 2 et 3). L'accès doit donc en principe uniquement être différé, il ne doit être refusé qu'à titre exceptionnel. Le refus de l'accès est concevable, le cas échéant, lorsqu'il n'est pas du tout prévisible quand la décision sera prise.

## Annexe I: check-list pour le traitement des demandes

Les bases légales et les renvois aux travaux préparatoires concernant les différents chiffres sont indiqués dans l'annexe II.

|                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                             |  |                                                         |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------|--|---------------------------------------------------------|
| <b>1.1</b> <i>S'agit-il d'un "document officiel" au sens de la loi sur la transparence?</i>                                                                                                                         | <input type="checkbox"/> Oui<br><input type="checkbox"/> Non → pas d'accès selon la LTrans  |  |                                                         |
| <b>1.2</b> <i>Est-ce que le document a été établi ou reçu par une autorité avant l'entrée en vigueur de la loi sur la transparence?</i>                                                                             | <input type="checkbox"/> Oui → Pas d'accès selon la LTrans.<br><input type="checkbox"/> Non |  |                                                         |
| <b>1.3</b> <i>Est-ce que le document a déjà été publié dans un organe de publication de la Confédération ou sur Internet?</i>                                                                                       | <input type="checkbox"/> Oui → droit à l'accès<br><input type="checkbox"/> Non              |  | Indication du lieu de publication                       |
| <b>1.4</b> <i>Est-ce que le document demandé concerne une procédure judiciaire ou de conciliation ou d'arbitrage, ou est-ce que le demandeur est partie dans une procédure administrative de première instance?</i> | <input type="checkbox"/> Oui → pas d'accès selon la LTrans<br><input type="checkbox"/> Non  |  | Le droit régissant la procédure est applicable          |
| <b>1.5</b> <i>Est-ce que le document contient des données personnelles concernant le demandeur?</i>                                                                                                                 | <input type="checkbox"/> Oui → pas d'accès selon la LTrans<br><input type="checkbox"/> Non  |  | Accès selon LPD                                         |
| <b>1.6</b> <i>Est-ce que le document tombe sous une réglementation du secret ou de l'accès figurant dans une loi spéciale?</i>                                                                                      | <input type="checkbox"/> Oui → pas d'accès selon la LTrans<br><input type="checkbox"/> Non  |  | Accès éventuel selon la loi spéciale                    |
|                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                             |  |                                                         |
| <b>2.1</b> <i>S'agit-il d'un document issu de la procédure de co-rapport?</i>                                                                                                                                       | <input type="checkbox"/> Oui → pas d'accès<br><input type="checkbox"/> Non                  |  |                                                         |
| <b>2.2</b> <i>S'agit-il d'un document concernant des positions dans des négociations futures ou en cours?</i>                                                                                                       | <input type="checkbox"/> Oui → pas d'accès<br><input type="checkbox"/> Non                  |  |                                                         |
| <b>2.3</b> <i>S'agit-il d'un rapport d'évaluation?</i>                                                                                                                                                              | <input type="checkbox"/> Oui → L'accès est garanti<br><input type="checkbox"/> Non          |  | Cas particulier dans lequel l'accès est toujours assuré |
| <b>2.4</b> <i>Est-ce que l'une des clauses d'ex-</i>                                                                                                                                                                | <input type="checkbox"/> Oui → différer, limiter ou                                         |  |                                                         |

|                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |  |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|
| <b>ception énumérées dans la liste des exceptions de l'article 7 de la loi sur la transparence trouve application?</b>                                                                         | refuser l'accès<br><input type="checkbox"/> Non                                                                                                                                                                                                                                                                   |  |
| <u>2.4.1 Protection de la formation libre de l'opinion et de la volonté d'une autorité</u>                                                                                                     | <input type="checkbox"/>                                                                                                                                                                                                                                                                                          |  |
| <u>2.4.2 Protection de l'exécution de mesures concrètes prises par une autorité conformément aux objectifs</u>                                                                                 | <input type="checkbox"/>                                                                                                                                                                                                                                                                                          |  |
| <u>2.4.3 Protection de la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse</u>                                                                                                                     | <input type="checkbox"/>                                                                                                                                                                                                                                                                                          |  |
| <u>2.4.4 Protection des intérêts en matière de politique extérieure de la Suisse</u>                                                                                                           | <input type="checkbox"/>                                                                                                                                                                                                                                                                                          |  |
| <u>2.4.5 Protection des relations entre la Confédération et les cantons ou des relations entre cantons</u>                                                                                     | <input type="checkbox"/>                                                                                                                                                                                                                                                                                          |  |
| <u>2.4.6 Protection des intérêts de la politique économique ou monétaire de la Suisse</u>                                                                                                      | <input type="checkbox"/>                                                                                                                                                                                                                                                                                          |  |
| <u>2.4.7 Protection de secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication</u>                                                                                                                | <input type="checkbox"/>                                                                                                                                                                                                                                                                                          |  |
| <u>2.4.8 Protection de la confidentialité convenue entre l'autorité et le particulier lorsque les informations sont fournies librement</u>                                                     | <input type="checkbox"/>                                                                                                                                                                                                                                                                                          |  |
| <u>2.4.9 Protection de la sphère privée de tiers</u>                                                                                                                                           | <input type="checkbox"/>                                                                                                                                                                                                                                                                                          |  |
|                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |  |
| <b>3.1 Est-ce que le document contient des informations concernant des tiers (c'est-à-dire des indications se référant à des personnes physiques ou morales déterminées ou déterminables)?</b> | <input type="checkbox"/> Oui → rendre anonyme, sauf s'il existe le consentement des personnes concernées<br><br>S'il est impossible de rendre anonyme le document:<br><br>Autoriser l'accès à titre exceptionnel en présence d'intérêts publics prépondérants, après avoir <u>entendu la personne concernée</u> . |  |

|                                                                                                                                                                                                                 |                                                                              |  |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------|--|
|                                                                                                                                                                                                                 | <input type="checkbox"/> Non                                                 |  |
| <b>4.1</b> <i>Est-ce que la décision politique ou administrative pour laquelle le document en question constitue la base a été prise?</i>                                                                       | <input type="checkbox"/> Oui<br><input type="checkbox"/> Non → Accès différé |  |
|                                                                                                                                                                                                                 |                                                                              |  |
| <b>Résultat</b><br><input type="checkbox"/> Accès autorisé<br><input type="checkbox"/> Accès différé<br><input type="checkbox"/> Accès limité à une partie du document<br><input type="checkbox"/> Accès refusé |                                                                              |  |

## **Annexe II: Renvoi aux bases légales et aux travaux préparatoires**

1.1: Art. 5 LTrans; art. 1 OTrans; message relatif à la LTrans, FF 2003 1996 ss.

1.2: Art. 23 LTrans

1.3: Art. 6, al. 3, LTrans; art. 3, al. 2, OTrans

1.4: Art. 3, al. 1, LTrans; FF 2003 1989.

1.5: Art. 3, al. 2, LTrans.

1.6: Art. 4 LTrans; FF 2003 1989 s.

2.1: Art. 8, al. 1, LTrans; art. 5, al. 1bis et 2, OLOGA, RS 172.010.1 (procédure de co-rapport); FF 2003 2014.

2.2: Art. 8, al. 4 LTrans; FF 2003 2015

2.3: Art. 8, al. 5 LTrans; FF 2003 2015

2.4: Art. 7 LTrans; FF 2003 2007 ss.

2.4.9: Art. 9 et 11 LTrans; art. 19 LPD; art. 2 OTrans

3.1: Art. 7, al. 2, art. 9 et 11, LTrans; art. 19 LPD

4.1: Art. 8, al. 2 et 3, LTrans.

Voir également le document de l'OFJ et du PFPDT du 2 août 2013 "mise en œuvre du principe de transparence au sein de l'administration fédérale: questions fréquemment posées".