24

Extrait de l'arrêt de la Cour I
dans la cause Denis Masmejan contre Département fédéral des finances
A–4500/2013 du 27 février 2014

Principe de la transparence. Actes du Conseil fédéral. Procédure de co-rapport. Documents classifiés. Délibérations des commissions parlementaires. Droit d'accès au dossier. Objet du litige.

Art. 2 al. 1, art. 8 al. 1 et al. 5 LTrans. Art. 47 LParl. Art. 11 al. 5 OTrans. Art. 1, art. 15 et art. 37 LOGA. Art. 27 al. 1 let. a et art. 28 PA. Art. 13 al. 3 OPrI.

1. **L'objet du litige ne peut outrepasser l'objet de la contestation. Si des motifs d'économie de procédure justifient parfois une exception à ce principe, cela vaut essentiellement lorsque l'état de fait évolue en cours d'instance (consid. 1.4).**
2. **Le principe de la transparence s'applique à l'administration fédérale, mais non au Conseil fédéral. Les actes des conseillers fédéraux en tant que chefs de département constituent des actes de l'administration (consid. 3.2 et 4.2.1).**
3. **Les actes de la procédure de co-rapport sont soustraits au principe de la transparence. Toutefois, les documents sur lesquels se fonde une proposition soumise au Conseil fédéral ne font pas partie de cette procédure (consid. 3.5.2 et 4.2.2).**
4. **Le classement d'un document (« CONFIDENTIEL ») n'empêche pas l'application de la loi sur la transparence (consid. 3.6 et 4.3).**
5. **Le secret des délibérations des commissions parlementaires permet de déroger au principe de la transparence lorsqu'un document fait référence à ces délibérations (consid. 3.7 et 4.4).**
6. **Le recourant qui obtient gain de cause ne peut exiger de consulter des éléments du dossier dont l'autorité inférieure a demandé qu'ils ne lui soient pas transmis (consid. 4.7).**

Öffentlichkeitsprinzip. Akten des Bundesrates. Mitberichtsverfahren. Klassifizierte Dokumente. Beratungen der parlamentarischen Kommissionen. Akteneinsichtsrecht. Streitgegenstand.

Art. 2 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1 und Abs. 5 BGÖ. Art. 47 ParlG. Art. 11 Abs. 5 VBGÖ. Art. 1, Art. 15 und Art. 37 RVOG. Art. 27 Abs. 1 Bst. a und Art. 28 VwVG. Art. 13 Abs. 3 ISchV.

1. **Der Streitgegenstand darf nicht über das Anfechtungsobjekt hinausgehen. Ausnahmen von diesem Grundsatz können sich aus prozessökonomischen Gründen namentlich dann rechtfertigen, wenn sich der Sachverhalt im Laufe des Rechtsmittelzuges verändert (E. 1.4).**
2. **Der Öffentlichkeitsgrundsatz gilt für die Bundesverwaltung, aber nicht für den Bundesrat. Die Akten der Bundesrätinnen und Bundesräte als Vorsteherinnen und Vorsteher ihrer Departemente gelten als Akten der Verwaltung (E. 3.2 und 4.2.1).**
3. **Das Öffentlichkeitsprinzip gilt nicht für die Dokumente des Mitberichtsverfahrens. Dokumente, auf die sich ein Antrag an den Bundesrat abstützt, gehören jedoch nicht zu diesem Verfahren (E. 3.5.2 und 4.2.2).**
4. **Die Klassifizierung eines Dokuments (« VERTRAULICH ») steht der Anwendung des Öffentlichkeitsgesetzes nicht entgegen (E. 3.6 und 4.3).**
5. **Das Beratungsgeheimnis der parlamentarischen Kommissionen begründet eine Ausnahme vom Öffentlichkeitsprinzip, wenn ein Dokument auf diese Beratungen Bezug nimmt (E. 3.7 und 4.4).**
6. **Der obsiegende Beschwerdeführer hat keinen Anspruch auf Einsicht in die Aktenstücke, bezüglich derer die Vorinstanz den Antrag gestellt hat, dass sie ihm nicht übermittelt werden (E. 4.7).**

Principio della trasparenza. Atti del Consiglio federale. Procedura di corapporto. Documenti classificati. Delibere delle commissioni parlamentari. Diritto di accesso agli atti. Oggetto della lite.

Art. 2 cpv. 1, art. 8 cpv. 1 e cpv. 5 LTras. Art. 47 LParl. Art. 11 cpv. 5 OTras. Art. 1, art. 15 e art. 37 LOGA. Art. 27 cpv. 1 lett. a e art. 28 PA. Art. 13 cpv. 3 OPrI.

1. **L'oggetto della lite non può travalicare l'oggetto del ricorso. Motivi di economia processuale possono talvolta giustificare una deroga a tale principio, ma occorre in sostanza che la fattispecie sia mutata in corso di giudizio (consid. 1.4).**

2. **Il principio della trasparenza si applica all'Amministrazione federale ma non al Consiglio federale. Gli atti dei consiglieri federali in quanto capi di dipartimento costituiscono atti dell'amministrazione (consid. 3.2 e 4.2.1).**
3. **Il principio della trasparenza non è applicabile agli atti relativi alla procedura di corapporto. I documenti su cui si fonda una proposta presentata al Consiglio federale non fanno tuttavia parte di tale procedura (consid. 3.5.2 e 4.2.2).**
4. **La classificazione di un documento (« CONFIDENZIALE ») non esclude l'applicazione della legge sulla trasparenza (consid. 3.6 e 4.3).**
5. **In virtù del segreto delle deliberazioni commissionali, è possibile derogare al principio della trasparenza se un documento fa riferimento a tali deliberazioni (consid. 3.7 e 4.4).**
6. **Il ricorrente che ottiene ragione non ha il diritto di consultare gli atti dell'incarto che la giurisdizione inferiore ha chiesto di non trasmettergli (consid. 4.7).**

Le 18 mai 2011, le Conseil fédéral et le Département fédéral des finances (ci-après: le DFF ou l'autorité inférieure) ont publié un communiqué de presse sur le rôle de l'Administration fédérale des contributions (AFC) dans le conflit fiscal qui a opposé la Suisse à l'OCDE. Ce communiqué était fondé sur les conclusions d'un rapport d'enquête interne à l'existence duquel il était explicitement fait allusion.

Le sieur Denis Masmejan (ci-après: le recourant) est journaliste au quotidien genevois *Le Temps*. Par courriel du 18 mai 2011, il a demandé au porte-parole du DFF de pouvoir consulter le rapport mentionné dans le communiqué de presse. Le porte-parole du DFF lui a répondu qu'il s'agissait d'un rapport interne, non destiné au public. Par retour de courrier électronique, le recourant a déposé une demande formelle d'accès à ce document au sens de la législation sur la transparence. Le 25 mai 2011, le DFF a pris position négativement sur la demande. On relèvera que le rapport porte la mention « CONFIDENTIEL ».

Le 10 juin 2011, le recourant a déposé une demande de médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT). Par courrier du 27 juin 2011, le DFF a confirmé sa position au PFPDT. Le 27 mai 2013, ce dernier a recommandé au DFF de communi-

quer le rapport, y compris ses annexes, au recourant, après l'avoir déclassifié.

Par décision du 17 juin 2013, le DFF a rejeté la demande d'accès du recourant. Celui-ci a porté l'affaire devant le Tribunal administratif fédéral par acte du 9 août 2013. Il conclut à ce que la décision du DFF soit annulée; à ce qu'il soit ordonné à cette autorité de lui remettre le rapport litigieux, après l'avoir, le cas échéant, déclassifié; à ce qu'il soit ordonné au DFF de lui transmettre la liste des documents annexés audit rapport et de lui impartir un délai de 15 jours pour préciser sa demande d'accès par rapport aux documents annexés; à ce qu'il soit ordonné au DFF de lui indiquer la référence des documents officiels déjà publiés; et à ce qu'il soit dit que le DFF devra s'exécuter à réception de la décision du Tribunal administratif fédéral; le tout sous suite de frais et dépens. Par réponse du 25 octobre 2013, le DFF a conclu au rejet du recours et produit le dossier complet de la cause, tout en indiquant que certains documents, outre le rapport litigieux et ses annexes, devaient rester confidentiels et ne pas être transmis au recourant. Par ordonnance du 10 décembre 2013, le juge instructeur a adressé au recourant une copie des documents dont la consultation n'était pas litigieuse et a dit qu'il serait statué sur le sort des autres documents dans le cadre du jugement au fond.

Par courrier du 28 janvier 2014, le recourant a répliqué, maintenu les conclusions de son recours et les a amplifiées en concluant, en plus, à ce qu'il soit ordonné au DFF de lui transmettre un écrit de l'ancien directeur de l'AFC, Urs Ursprung, du 12 mai 2011, produit par le DFF à l'appui de sa réponse. Par duplique du 21 février 2014, l'autorité inférieure a maintenu ses conclusions précédentes et demandé le rejet des conclusions amplifiées du recourant.

Le Tribunal administratif fédéral a partiellement admis le recours.

Droit:

1.

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal administratif fédéral connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. La procédure est régie par la PA, pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF). Le DFF – dont émane la décision attaquée – étant une autorité au sens de l'art. 33 LTAF, et aucune des exceptions de

l'art. 32 LTAF n'étant réalisée, le Tribunal administratif fédéral est compétent ratione materiae pour juger de la présente affaire.

1.2 Selon la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (loi sur la transparence, LTrans, RS 152.3), la demande d'accès à des documents officiels est d'abord adressée à l'autorité qui les a produits (art. 10 al. 1 LTrans). Lorsque celle-ci entend refuser ou limiter l'accès aux documents requis, elle doit prendre position par écrit à ce sujet (art. 12 al. 1 et 4 LTrans). La personne dont la demande d'accès est ainsi refusée ou limitée peut déposer une demande de médiation auprès du PFPDT (art. 13 al. 1 let. a et al. 2 LTrans). Lorsque la médiation n'aboutit pas, le PFPDT établit une recommandation écrite à l'attention des participants à la procédure (art. 14 LTrans). Si, en dérogation à la recommandation, l'autorité requise entend toujours limiter ou refuser le droit d'accès, elle doit rendre une décision au sens de l'art. 5 PA (art. 15 al. 1 et al. 2 let. a LTrans). Cette décision est alors susceptible de recours selon les règles générales de la procédure fédérale (art. 16 al. 1 LTrans).

En l'occurrence, le recourant a requis l'accès aux documents litigieux par courriel adressé au DFF le 18 mai 2011. Par courrier du 25 mai 2011, le DFF a pris position négativement sur cette requête. Le recourant a alors demandé la médiation du PFPDT par pli du 10 juin 2011. Le 27 mai 2013, celui-ci a recommandé au DFF de transmettre le document requis au recourant, de lui fournir la liste des documents annexes pour que celui-ci puisse, le cas échéant, préciser sa demande et de lui indiquer la référence des documents annexes ayant déjà été publiés. Par décision du 17 juin 2013, le DFF a décidé de rejeter la demande d'accès du recourant. Le recours ici pendant porte contre cette décision, laquelle fait suite à l'échec de la médiation. La compétence fonctionnelle du Tribunal administratif fédéral est ainsi respectée.

1.3 Enfin, posté le 9 août 2013, alors que la décision attaquée, datée du 17 juin 2013, a été notifiée le lendemain au plus tôt, le mémoire de recours a été déposé dans le délai légal compte tenu des féries d'été (art. 22*a* al. 1 let. b et art. 50 al. 1 PA). Signé par un avocat au bénéfice d'une procuration, muni de conclusions valables et motivées et accompagné d'une expédition de la décision attaquée, il répond aux exigences de forme de la procédure administrative (art. 52 al. 1 PA). Le recourant étant directement touché par la décision attaquée et ayant participé à la procédure devant l'autorité inférieure, il a manifestement qualité pour recourir (cf. art. 48 al. 1 PA).

Il y a dès lors lieu d'entrer en matière, sous réserve de ce qui résulte du consid. 1.4.

1.4

1.4.1 Ne peut faire l'objet d'une procédure de recours que ce qui constituait déjà l'objet de la procédure devant l'instance inférieure ou ce qui, selon une interprétation correcte de la loi, aurait dû l'être (objet de la contestation: Streitgegenstand). Les points sur lesquels l'autorité inférieure ne s'est pas prononcée et sur lesquels elle n'était pas non plus tenue de le faire ne peuvent être examinés par l'autorité supérieure. Celle-ci outrepasserait sinon ses compétences fonctionnelles. L'objet de la contestation résulte lui-même du dispositif de la décision attaquée et non de sa motivation. A cet égard, si des doutes demeurent quant à la portée du dispositif, il convient de l'interpréter, stade auquel la motivation de la décision peut servir d'aide. Par ailleurs, si le dispositif renvoie expressément aux considérants, ceux-ci font partie du dispositif dans la mesure du renvoi (arrêts du TF 2C_642/2007 du 3 mars 2008 consid. 2.2; 2A.121/2004 du 16 mars 2005 consid. 2.1; ATAF 2010/12 consid. 1.2.1; arrêt du TAF A–1924/2012 du 31 mai 2013 consid. 2.4.1).

C'est en revanche le recourant qui est appelé à définir l'objet du litige (Anfechtungsobjekt) par le biais des conclusions de son recours, les points non contestés de la décision attaquée acquérant force exécutoire formelle. Le recourant ne peut que réduire l'objet du litige par rapport à l'objet de la contestation; il ne peut l'élargir ou le modifier, puisque cela amènerait à une violation de la compétence fonctionnelle de l'autorité supérieure (cf. JÉRÔME CANDRIAN, Introduction à la procédure administrative fédérale, 2013, ch. 182, 184 et réf. cit.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2e éd. 2013, ch. 2.8; ATF 136 II 457 consid. 4.2; 131 II 200 consid. 3.2; arrêts du TAF A–545/2012 du 14 février 2013 consid. 2.5; A–1626/2010 du 28 janvier 2011 consid. 1.2.1).

1.4.2 Ici, le recourant demande dans sa réplique à ce que l'objet du litige soit élargi à un document sur lequel ni l'autorité inférieure ni le PFPDT n'ont été appelés à se prononcer. Jusqu'alors, le recourant n'avait encore pas exprimé son souhait d'obtenir ce document. Certes, il n'en connaissait vraisemblablement pas l'existence. Toutefois, cette simple circonstance ne saurait suffire à écarter le principe fondamental de la procédure de recours qui vient d'être rappelé (cf. consid. 1.4.1). L'objet du litige ne peut outrepasser l'objet de la contestation, à défaut de quoi la compétence fonctionnelle du Tribunal administratif fédéral serait violée.

Dès lors, les conclusions augmentées du recourant ne sont pas recevables. Cette solution ne prive pas celui-ci de ses droits, puisqu'il peut parfaitement déposer une demande d'accès audit document selon les règles ordinaires de la LTrans.

1.4.3 Le recourant relève que, pour des motifs d'économie de procédure, de nouvelles conclusions, ou des modifications des conclusions initiales, peuvent parfois être admises devant l'instance de recours, pour autant qu'elles soient en rapport très étroit avec l'objet du litige traité et que l'administration ait eu l'occasion de se prononcer à leur sujet au cours de la procédure (cf. ATF 130 V 138 consid. 2.1; 130 V 501 consid. 1.2; 125 V 413 consid. 1b).

En l'occurrence, cette règle ne peut trouver à s'appliquer. La possibilité d'étendre l'objet du litige est surtout destinée à tenir compte de l'évolution de la situation, en particulier le déroulement du temps, dans les procédures qui concernent des problèmes en cours. Ainsi, la jurisprudence citée ci-dessus concerne particulièrement le droit des assurances sociales, où l'état du recourant peut évoluer pendant la durée de la procédure. Tel n'est pas le cas ici, les faits à examiner étant, pour ainsi dire, entièrement révolus. Les documents litigieux existaient déjà avant l'introduction de la procédure et il n'y a pas eu de changement de l'état de fait. En outre, l'extension de l'objet du litige réclamée par le recourant ne se trouve pas étroitement en rapport avec la procédure en cours. La situation de chaque document doit être examinée séparément pour dire dans quelle mesure le recourant peut y avoir accès. Ainsi, une conclusion valant pour l'un ne vaudrait pas forcément pour l'autre. Dès lors, les conclusions augmentées du recourant ne peuvent, définitivement, pas être reçues.

2.

2.1 Le recourant peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (art. 49 let. a PA), la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 49 let. b PA) ou l'inopportunité (art. 49 let. c PA; cf. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., ch. 2.149; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6e éd. 2010, ch. 1758 ss).

2.2 Le Tribunal administratif fédéral constate les faits et applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (cf. art. 62 al. 4 PA) ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. MOOR/POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3e éd. 2011, p. 300 s.). Toutefois, l'autorité saisie se limite en principe aux griefs soulevés et

n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 122 V 157 consid. 1a; 121 V 204 consid. 6c; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3e éd. 2013, ch. 1135).

2.3 Le recourant requiert en substance que le rapport du DFF sur l'assistance administrative en matière fiscale lui soit remis après avoir été, le cas échéant, déclassifié et que le DFF lui fournisse la liste des annexes à ce rapport afin qu'il puisse éventuellement demander à y accéder. Avant d'examiner la légitimité de ces demandes (cf. consid. 4), il y a lieu de présenter les règles applicables en matière de transparence dans l'administration fédérale (cf. consid. 3).

3.

3.1 La LTrans vise à promouvoir la transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité de l'administration. A cette fin, elle contribue à l'information du public en garantissant l'accès aux documents officiels (art. 1 LTrans). Ainsi, toute personne a le droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités (art. 6 al. 1 LTrans). Ce droit d'accès général concrétise le but essentiel de la loi, qui est de renverser le principe du secret de l'activité de l'administration au profit de celui de transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité du secteur public. Il s'agit en effet de rendre le processus décisionnel de l'administration plus transparent dans le but de renforcer le caractère démocratique des institutions publiques et la confiance des citoyens dans les autorités, tout en améliorant le contrôle de l'administration (ATF 136 II 399 consid. 2.1; 133 II 209 consid. 2.3.1; arrêts du TAF A–1156/2011 du 22 décembre 2011 consid. 6; A–1135/2011 du 7 décembre 2011 consid. 3; Message du 12 février 2003 relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration […], FF 2003 1807, 1819 et 1827 [ci-après: Message LTrans]). Il n'est plus possible pour l'autorité de décider, sans égard à un quelconque cadre légal, si elle entend ou non donner accès aux informations ou aux documents. Si elle décide de refuser l'accès à des documents officiels, elle supporte alors le fardeau de la preuve destinée à renverser la présomption du libre accès aux documents officiels, instituée par la LTrans. En d'autres termes, elle doit alors prouver que les conditions des art. 7 et 8 LTrans – instituant des exceptions au principe de la transparence – sont réalisées (cf. Message LTrans, FF 2003 1807, 1844; MAHON/GONIN, in: Öffentlichkeitsgesetz, 2008, ch. 11 ad art. 6 [ci-après: Öffentlichkeitsgesetz]).

La loi s'applique en première ligne à *l'administration fédérale* (art. 2 al. 1 let. a LTrans). La notion d'administration fédérale est définie aux art. 178 Cst. et art. 2 de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010). Il s'agit de l'ensemble de l'administration subordonnée au Conseil fédéral, soit les départements et les offices, ainsi que la Chancellerie fédérale. En revanche, le Conseil fédéral, en tant qu'autorité politique *indépendante de l'administration*, dont les délibérations ont lieu à huis-clos, ne s'y trouve point soumis (art. 2 al. 1 LTrans a contrario; art. 12 et 21 LOGA; Message LTrans, FF 2003 1807, 1828; THOMAS SÄGESSER, in: Öffentlichkeitsgesetz, ch. 1 ss et 12 ss ad art. 2, ch. 4 et 12 s. ad art. 4; MAHON/GONIN, in: Öffentlichkeitsgesetz, ch. 13 ad art. 8). Il convient donc de préciser ce qui différencie ces deux entités.

3.2

3.2.1 La LOGA distingue de manière claire le gouvernement en tant qu'autorité collégiale, d'une part, et l'administration avec ses sept départements, d'autre part (cf. art. 1 et 2 LOGA). Elle rappelle que les départements ont à leur tête un chef de département et que ce rôle est dévolu à chacun des conseillers fédéraux (art. 35 et 37 LOGA). Les dispositions relatives au chef de département se trouvent dans le Titre consacré à l'administration et non dans celui qui concerne le gouvernement (cf. les Titres 2 et 3 de la LOGA). Autrement dit, les conseillers fédéraux sont à la fois chefs d'une entité administrative et membres du gouvernement. Selon les circonstances, leurs actes sont donc soumis à la LTrans ou non (cf. SÄGESSER, in: Öffentlichkeitsgesetz, ch. 12 ad art. 2). La lecture de la Constitution fédérale confirme ce point de vue. L'art. 178 Cst. distingue en effet le rôle du Conseil fédéral, qui dirige l'administration, s'assure de l'organisation rationnelle de celle-ci et veille à la bonne exécution des tâches qui lui sont confiées (cf. art. 178 al. 1 Cst.), de celui de ses membres individuellement, qui sont chacun à la tête d'un département (cf. art. 178 al. 2 Cst.). Le PFPDT rappelle également cette distinction dans sa pratique (cf. document de l'Office fédéral de la justice et du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence « Mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration fédérale: questions fréquemment posées », du 7 août 2013 [ci-après: document OFJ/PFPDT], < http://www.edoeb.admin.ch > Accueil > Principe de la transparence > Documentation / outil de travail > FAQ, ch. 2.2 et réf. cit.).

3.2.2 Le Conseil fédéral étant défini comme une autorité collégiale, les actes des conseillers fédéraux qui relèvent de leur activité gouvernementale sont ceux qu'ils effectuent dans le cadre des activités dudit collège (cf. art. 4 LOGA; PASCAL MAHON, in: Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, 2003, ch. 3 ss ad art. 177). Tel est le cas lorsqu'ils soumettent, par exemple, une proposition, une note d'information ou une note de discussion au Conseil fédéral (cf. document OFJ/PFPDT, ch. 2.2). C'est également ainsi que la procédure de co-rapport est soustraite à la LTrans, les opinions émises par les membres du gouvernement sur une proposition d'un de leurs collègues constituant une part intrinsèque de l'activité du collège (cf. consid. 3.5.2). Dans le même ordre d'idée, certains actes de l'administration provenant de la procédure de consultation des offices peuvent être tenus secrets, certes à titre exceptionnel uniquement, puisqu'ils se rapportent directement à une décision que doit prendre le Conseil fédéral dans son ensemble (cf. consid. 3.5.3). En revanche, il ne suffit pas qu'un conseiller fédéral s'occupe d'un dossier pour que celui-ci devienne *ipso facto* une affaire gouvernementale. Bien au contraire, tout ce qu'un conseiller fédéral fait à titre de chef de département constitue un acte de l'administration (cf., implicitement, ATF 136 II 399, en particulier consid. 2.2, à propos de conventions de départ de hauts fonctionnaires après leur renvoi par le chef de département; arrêt A–1156/2011, à propos d'une interview d'un conseiller fédéral).

3.3 Selon l'art. 5 al. 1 LTrans, on entend par *document officiel* toute information qui a été enregistrée sur un quelconque support (let. a), qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a été communiquée (let. b) et qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique (let. c). En revanche, selon l'art 5 al. 3 LTrans, ne sont pas considérés comme des documents officiels les documents qui sont commercialisés par une autorité (let. a), qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration (let. b) ou qui sont destinés à l'usage personnel (let. c; voir également sur cette notion, arrêt A–1156/2011 consid. 8.3.2).

L'art. 1 al. 2 de l'ordonnance du 24 mai 2006 sur le principe de la transparence dans l'administration (ordonnance sur la transparence, OTrans, RS 152.31) indique quand un document atteint son *stade définitif d'élaboration*. Il en est ainsi (let. a) lorsque l'autorité dont il émane l'a signé, ou (let. b) lorsque son auteur l'a définitivement remis au destinataire notamment à titre d'information ou pour que celui-ci prenne position ou une décision. Il ressort également du message du Conseil fédéral

relatif à la LTrans que la signature ou l'approbation d'un document constituent des indices importants selon lesquels ledit document a atteint son stade définitif d'élaboration. Est toutefois déterminant le fait qu'il existe des éléments accréditant son caractère définitif (cf. Message LTrans, FF 2003 1807, 1840), tels que le fait que le document se présente sous la forme d'une version achevée. La raison d'être de cette condition tient en effet au souci de préserver la liberté d'action de l'administration et de lui permettre de développer ses projets avec la liberté requise. En outre, l'on tend ainsi à éviter les malentendus, problèmes de clarté et autres risques qui peuvent résulter de la publication d'un document qui a un caractère encore provisoire (cf. Message LTrans, FF 2003 1807, 1840; arrêt A–1156/2011 consid. 8.3.2; arrêt A–1135/2011 consid. 5.1.3).

3.4 L'accès aux documents officiels est *restreint, différé ou refusé* dans les cas spécifiés à l'art. 7 LTrans. Les intérêts privés ou publics qui peuvent justifier le maintien du secret doivent alors revêtir un caractère prépondérant par rapport à l'intérêt (public) à l'accès auxdits documents, respectivement à la transparence. La loi procède par avance à la pesée des intérêts en cause, dans la mesure où elle énumère de manière exhaustive les différents cas où les intérêts publics ou privés apparaissent prépondérants (COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Öffentlichkeitsgesetz, ch. 3 ad art. 7). Le mécanisme prévu par la loi est dual: un certain document est soit accessible soit non accessible en vertu de la LTrans (Message LTrans, FF 2003 1807, 1847; arrêt A–1156/2011 consid. 6).

Ainsi, selon l'art. 7 LTrans, le droit d'accès est limité, différé ou refusé 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 soumise à la LTrans, d'un autre organe législatif ou administratif ou d'une instance judiciaire (let. a), entrave l'exécution de mesures concrètes prises par une autorité conformément à ses objectifs (let. b), risque de compromettre la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse (let. c), risque de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales (let. d), risque de compromettre les relations entre la Confédération et les cantons ou les relations entre cantons (let. e), risque de compromettre les intérêts de la politique économique ou monétaire de la Suisse (let. f), peut révéler des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication (let. g) ou enfin peut avoir pour effet de divulguer des informations fournies librement par un tiers à une autorité qui en a garanti le secret (let. h). Le droit d'accès peut également être limité, différé ou refusé si l'accès à un document officiel

peut porter atteinte à la sphère privée de tiers, à moins qu'un intérêt public à la transparence ne soit exceptionnellement jugé prépondérant (art. 7 al. 2 LTrans).

3.5

3.5.1 L'art. 8 LTrans traite enfin de quelques cas particuliers. Ainsi, le droit d'accès n'est pas reconnu pour les documents officiels de l'administration afférents à la procédure de co-rapport (Mitberichtsverfahren) (al. 1). L'accès aux documents officiels n'est autorisé qu'après la décision politique ou administrative dont ils constituent la base (al. 2). Le Conseil fédéral peut exceptionnellement déclarer que les documents officiels de la procédure de consultation des offices restent non accessibles après la prise de décision (al. 3). L'accès à des documents officiels exprimant une prise de position dans le cadre de négociations en cours ou futures est exclu dans tous les cas (al. 4). Enfin, l'accès aux rapports d'évaluation des prestations fournies par l'administration fédérale et de l'efficacité des mesures prises par cette dernière est garanti (al. 5).

3.5.2

3.5.2.1 Comme indiqué ci-avant, le droit d'accès n'est pas reconnu pour les documents officiels afférents à la *procédure de co-rapport* (cf. consid. 3.2.2, 3.5.1). La procédure de co-rapport est instituée par l'art. 15 LOGA. Cependant, cette disposition indique uniquement que les affaires que le Conseil fédéral doit trancher sont soumises aux membres du Conseil fédéral pour co-rapport (al. 1) et que la Chancellerie fédérale règle la procédure (al. 2). L'art. 5 de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA, RS 172.010.1) définit un peu plus précisément l'objet de la procédure de co-rapport. Celle-ci sert à préparer la décision du Conseil fédéral. Elle doit lui permettre de concentrer ses délibérations sur les aspects essentiels de l'affaire (al. 1). La procédure de co-rapport commence le jour où le département compétent signe sa proposition adressée au Conseil fédéral (al. 1^{bis}). Le département responsable remet en temps utile à la Chancellerie fédérale la proposition définitive en vue de l'ouverture de la procédure de co-rapport proprement dite (al. 2). La proposition est alors transmise aux autres départements, pour prise de position. Les offices concernés donnent leur avis dans un délai approprié et les divergences doivent être éliminées dans la mesure du possible au cours de cette consultation (art. 4 OLOGA). Il peut s'ensuivre d'autres échanges d'écritures. L'affaire n'est traitée par le Conseil fédéral qu'après élimination – ou confirmation – des divergences. Ce processus a pour but de per-

mettre l'expression des différents intérêts et points de vue, dans le cadre d'une procédure relativement formalisée, en vue de la délibération du Conseil fédéral (MAHON/GONIN, in: Öffentlichkeitsgesetz, ch. 17 ad art. 8). De nombreuses affaires peuvent ainsi être liquidées sans discussion supplémentaire (THOMAS SÄGESSER, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz, 2007, ch. 10 ad art. 15). La procédure de co-rapport prend fin avec la décision formelle du Conseil fédéral (ATF 136 II 399 consid. 2.3.1; MAHON/GONIN, in: Öffentlichkeitsgesetz, ch. 18 ad art. 8).

3.5.2.2 L'exclusion de l'accès aux documents relatifs à la procédure de co-rapport a pour but de préserver le principe de collégialité régissant le gouvernement fédéral (art. 12 LOGA) et de protéger la libre formation de son opinion et de sa volonté (Message LTrans, FF 2003 1807, 1855). Le législateur a estimé que le fait de donner accès à ces documents compromettrait le bon fonctionnement du gouvernement en tant qu'organe collégial. La révélation du processus décisionnel pourrait mettre au jour des divergences d'opinion, alors que le principe de collégialité exige que les membres du Conseil fédéral défendent les décisions prises par le collège (cf. LUZIUS MADER, Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, Einführung in die Grundlagen, in: Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, 2006, p. 28). Pour cette raison, le secret qui protège ces documents est maintenu, même après la décision du Conseil fédéral (Message LTrans, FF 2003 1807, 1855), et indépendamment de l'existence d'un intérêt particulier au maintien du secret. En ce sens, l'art. 8 al. 1 LTrans constitue une lex specialis par rapport à l'art. 8 al. 2 LTrans (ATF 136 II 399 consid. 2.3.2).

3.5.2.3 Dès lors que le moment de l'ouverture de la procédure de co-rapport correspond à la signature de la proposition du département, le secret instauré à l'art. 8 al. 1 LTrans couvre ladite proposition, les co-rapports des autres départements et les échanges ultérieurs d'écritures, y compris les propositions formalisées émanant des offices consultés, ainsi que les notes personnelles des conseillers fédéraux, de leurs conseillers personnels ou d'autres collaborateurs (Message LTrans, FF 2003 1807, 1855; ATF 136 II 399 consid. 2.3.3; MAHON/GONIN, in: Öffentlichkeitsgesetz, ch. 20 ad art. 8).

En revanche, les documents qui accompagnent la proposition faite au Conseil fédéral ne sont pas, en tant que tels, soumis au secret instauré à l'art. 8 al. 1 LTrans. Ainsi, le projet de proposition élaboré par un office fédéral à l'attention du département ne fait l'objet que de la restriction *provisoire* instaurée à l'art. 8 al. 2 LTrans (cf. consid. 3.5.1; ATF 136 II

399 consid. 2.3.3; MAHON/GONIN, in: Öffentlichkeitsgesetz, ch. 19 ad art. 8). Il en va de même des documents officiels de la consultation des offices. Ceci résulte *a contrario* de l'art. 8 al. 3 LTrans, selon lequel le Conseil fédéral peut exceptionnellement décider que de tels documents restent non accessibles après la prise de décision (cf. ATF 136 II 399 consid. 2.3.3).

3.5.3 L'art. 8 al. 5 LTrans cité plus haut constitue quant à lui une *exception positive*: les rapports d'évaluation des prestations fournies par l'administration fédérale et de l'efficacité des mesures prises par cette dernière sont expressément soumis au principe de la transparence. La notion d'efficacité doit être comprise de manière large, indépendamment de la forme des mesures examinées: normes, politiques ou actes matériels de l'administration, par exemple. Elle comprend les effets voulus comme ceux qui ne le sont pas, ou pas directement. L'art. 8 al. 5 LTrans recouvre donc un large éventail de situations. En particulier, les études relatives à la légalité et à l'opportunité de l'action de l'administration en font partie. En revanche, les évaluations de personnes prises individuellement y échappent (cf. MAHON/GONIN, in: Öffentlichkeitsgesetz, ch. 57 s. ad art. 8).

3.6

3.6.1 Le *classement* de certains documents sensibles est régi par l'ordonnance du 4 juillet 2007 concernant la protection des informations de la Confédération (ordonnance concernant la protection des informations, OPrI, RS 510.411). Cette ordonnance règle la protection des informations de la Confédération et de l'armée, dans la mesure où elle est nécessaire dans l'intérêt du pays. Elle fixe notamment la classification et le traitement des informations (art. 1 al. 1 OPrI). L'ordonnance s'applique en particulier à l'administration fédérale (art. 2 let. a OPrI). Elle prévoit une échelle de classification. Ainsi, selon l'art. 4 al. 1 OPrI, quiconque rédige ou publie des informations dignes de protection doit leur attribuer les échelons de classification suivants en fonction du degré de protection requis: SECRET (let. a), CONFIDENTIEL (let. b) ou INTERNE (let. c).

3.6.2 Sont classifiées « SECRET » les informations dont la prise de connaissance par des personnes non autorisées peut porter un *grave* préjudice aux intérêts du pays (art. 5 al. 1 OPrI).

Sont classifiées « CONFIDENTIEL » les informations dont la prise de connaissance par des personnes non autorisées *peut* porter préjudice aux intérêts du pays (art. 6 al. 1 OPrI).

Sont classifiées « INTERNE » les informations dont la prise de connaissance par des personnes non autorisées peut porter atteinte aux intérêts du pays (let a) et qui ne doivent être classifiées ni « SECRET » ni « CONFIDENTIEL ».

3.6.3 L'art. 13 al. 3 OPrI précise que, en cas de demande d'accès à des documents officiels, 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.

3.6.4 Il s'ensuit que l'éventuelle classification « SECRET », « CONFIDENTIEL » ou « INTERNE » d'un document selon l'OPrI n'a pas d'effet préjudiciel: dans la mesure où elle est applicable, la LTrans détermine *seule* si et à quelles conditions l'accès à un document officiel peut être octroyé, sous réserve des dispositions spéciales d'autres lois fédérales qui déclarent certaines informations secrètes (art. 4 let. a LTrans) ou qui déclarent certaines informations accessibles à des conditions dérogeant à la loi (art. 4 let. b LTrans). Ceci est d'autant plus clair si l'on considère que – hormis en ce qui concerne le secret militaire (voir à cet égard l'art. 150 al. 3 de la loi fédérale du 3 février 1995 sur l'armée et l'administration militaire [LAAM, RS 510.10]) – l'ordonnance en question est exclusivement fondée sur la LOGA, plus particulièrement sur les art. 8 al. 1 et art. 43 al. 2 LOGA, lesquels ne concernent en rien l'accès à des documents officiels. L'art. 8 al. 1 LOGA a en effet une toute autre teneur, puisqu'il dispose que:

> Le Conseil fédéral établit une organisation rationnelle de l'administration fédérale et la modifie lorsque les circonstances l'exigent. Il peut, pour ce faire, déroger à des dispositions légales en matière d'organisation, à moins que l'Assemblée fédérale ne restreigne expressément sa compétence en matière d'organisation.

Quant à l'art. 43 al. 2 LOGA, il est rédigé comme suit:

> Le Conseil fédéral fixe, par voie d'ordonnance, la subdivision de l'administration fédérale en offices. Dans la mesure du possible, il attribue à chaque office des domaines connexes et détermine les tâches qui lui incombent.

En somme, l'OPrI a été adoptée par le gouvernement dans le cadre de sa compétence d'organiser le travail de l'administration (cf. art. 178 al. 1 Cst.; art. 8 al. 1 LOGA). Dès lors, elle ne saurait restreindre les droits des particuliers qui découlent directement de la loi, tel que le droit d'accès

aux documents officiels. Cette situation explique pourquoi l'art. 13 al. 3 OPrI réserve expressément les règles de la LTrans. Enfin, il apparaît clair que cette ordonnance n'est pas couverte par la réserve de l'art. 4 LTrans, déjà citée, qui concerne uniquement les dispositions spéciales d'autres *lois* fédérales.

3.6.5 Selon l'art. 11 al. 5 OTrans, lorsqu'une demande d'accès porte sur un document classifié, la compétence et la procédure sont régies par les dispositions applicables en matière de protection des informations et de classification; l'autorité compétente examine si le document peut être déclassifié.

Il ne faut pas se méprendre sur la portée de cette disposition. Comme cela a déjà été exposé, la LTrans s'applique *indépendamment* d'une éventuelle classification (cf. consid. 3.6.3). L'art. 11 al. 5 OTrans ne saurait remettre en cause ce fait, aucune base légale ne prévoyant d'exception au principe de la transparence en faveur de documents classés (cf. consid. 3.6.4). En réalité, l'art. 11 al. 5 OTrans constitue, tout comme l'OPrI, une disposition d'organisation interne de l'administration; elle doit s'interpréter comme une sorte de complément de l'OPrI. Ainsi, lorsqu'un document est classé, il est normal que l'autorité qui est à l'origine du classement puisse se déterminer sur une éventuelle demande d'accès. En effet, le caractère secret ou confidentiel d'un acte peut signifier que sa publication comporte un risque de compromettre les intérêts de la Suisse, par exemple en matière de politique extérieure, et ses relations internationales. Dans un tel cas, l'accès pourrait être supprimé ou restreint, en vertu des exceptions de l'art. 7 LTrans. Cette limitation reposerait cependant sur la loi elle-même, et non sur l'OPrI. L'art. 11 al. 5 OTrans garantit ainsi une bonne application de la LTrans elle-même, en permettant aux autorités les mieux placées de faire valoir les éventuelles exceptions qui doivent être prises en compte. En revanche, l'art. 11 al. 5 OTrans n'autorise nullement l'administration à limiter un accès qui devrait être garanti en vertu de la LTrans. Le PFPDT défend le même point de vue, comme la doctrine (cf. recommandation du PFPDT du 27 mai 2013 émise au titre de l'art. 14 de la LTrans concernant la demande en médiation introduite par X contre le DFF [présente affaire; ci-après: recommandation PFPDT], < www.edoeb.admin.ch > Recommandations > 2013, ch. 29; BERTIL COTTIER, in: Öffentlichkeitsgesetz, ch. 30 ad art. 4).

3.7

3.7.1 Selon l'art. 47 de la loi sur le Parlement du 13 décembre 2002 (LParl, RS 171.10), *les délibérations* des commissions parlementaires

sont confidentielles et, en particulier, il est interdit de divulguer les positions défendues par les différentes personnes ayant participé aux séances ainsi que la manière dont elles ont voté. Toutefois, selon l'art. 48 LParl, les commissions informent le public *des résultats* de leurs délibérations.

3.7.2 Le législateur accorde un poids important à la confidentialité des opinions émises lors des délibérations des commissions parlementaires. Cette confidentialité trouve désormais son fondement dans la loi, depuis l'entrée en vigueur de la LParl le 1er décembre 2003, et plus seulement dans les règlements des deux chambres (cf. art. 20 al. 4 du règlement du Conseil national [RCN, RS 171.13]; art. 15 al. 4 du règlement du Conseil des Etats [RCE, RS 171.14]). La confidentialité des délibérations repose ainsi sur une base légale formelle. Celle-ci fait suite au projet de LParl élaboré par la Commission des institutions politiques du Conseil national. Selon le rapport qui l'accompagne, la confidentialité des séances de commission constitue un élément essentiel de l'activité de ces dernières et permet que chacun puisse se former un avis dans les commissions d'une manière aussi libre que possible et à l'abri de l'influence de médias (Initiative parlementaire: Loi sur le Parlement [LParl]: Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national, FF 2001 3298, 3307 et 3385). A cet égard, le but n'est pas que les *délibérations* restent secrètes. La LParl prévoit explicitement que les commissions informent le public des *résultats* de leurs délibérations (art. 48 LParl). Les règlements des deux conseils précisent que, sauf exception, les principales décisions prises, les résultats des votes et les arguments majeurs présentés au cours des délibérations sont communiqués aux médias (art. 20 al. 2 RCN; art. 15 al. 2 RCE). Ce ne sont ainsi pas *les arguments* en tant que tels ni *le résultat* des votations qui doivent rester secrets, mais bien *la façon* dont les différents participants ont argumenté et voté (cf. arrêt du TF 6B_186/2012 du 11 janvier 2013 consid. 3.1.1).

3.7.3 En résumé, l'art. 47 LParl vise à permettre aux opinions de se former librement au sein des commissions parlementaires et aux décisions d'être prises à l'abri des contraintes extérieures. La confidentialité des délibérations permet aux participants d'une part d'exprimer clairement leurs opinions, et d'autre part facilite les changements d'avis et favorise les compromis (cf. ATF 108 Ia 275 consid. 1c; arrêt 6B_186/2012 du 11 janvier 2013 consid. 3.1.3).

3.7.4 Ancré dans une loi fédérale, l'art. 47 LParl doit être compris comme une disposition spéciale préservant le secret des informations spécifiques qu'elle recouvre, au sens de l'art. 4 let. a LTrans.

4.

4.1 En l'espèce, l'objet du litige porte sur la remise du rapport du DFF intitulé « Amtshilfe in Steuersachen gemäss Art. 26 OECD Musterabkommen, Bericht über die Rolle der Verwaltung zwischen März 2009 und Februar 2011 », daté du 2 mai 2011, au recourant. Il convient donc de savoir si les conditions d'accès déterminées par la LTrans sont réunies (cf. consid. 4.2). L'autorité inférieure ayant également invoqué le fait que le rapport était classé « CONFIDENTIEL », il faudra ensuite examiner cette problématique (cf. consid. 4.3). De plus, le rapport contenant quelques éléments tirés des débats de commissions parlementaires, il s'imposera de déceler si la confidentialité des délibérations pourrait être violée par sa publication (cf. consid. 4.4). Il s'agira enfin de traiter des annexes audit rapport et de déterminer le sort qui doit leur être réservé (cf. consid. 4.5). Accessoirement, le Tribunal devra encore se prononcer sur la conclusion du recourant tendant à ce que l'autorité inférieure soit enjointe d'agir immédiatement à réception du présent arrêt (cf. consid. 4.6) et il devra dire si les pièces qui ont été produites à titre de preuve par le DFF et dont la consultation par le recourant a été restreinte doivent être communiquées à celui-ci ou non (cf. consid. 4.7).

4.2

4.2.1 Comme l'a relevé avec pertinence le PFPDT, il s'impose tout d'abord de déterminer *l'autorité* dont provient le rapport litigieux. La LTrans limite en effet le principe de transparence aux actes qui émanent de l'administration fédérale, alors que l'autorité inférieure considère que le rapport litigieux constitue un acte du Conseil fédéral, de sorte que la LTrans ne lui serait pas applicable.

4.2.1.1 Selon le communiqué de presse mentionné au début de cet arrêt, il apparaît que « en rapport avec l'adaptation des exigences concernant l'assistance administrative, la cheffe du DFF a demandé un examen visant à déterminer comment et pourquoi on en est arrivé à cette situation ». Le rapport lui-même ne dit pas autre chose. Le papier de discussion préparé à l'intention du Conseil fédéral confirme explicitement cet état de fait. Les éléments du dossier concordent donc sur ce point. Contrairement à ce que prétend l'autorité inférieure, la décision du Conseil fédéral du 13 février 2011 témoigne également de cette situation.

4.2.1.2 Tout indique donc que le rapport litigieux a été établi à la suite d'une demande de la cheffe du DFF *agissant en tant que telle*. Il ne saurait donc être question d'un acte qu'elle aurait effectué dans le cadre des activités du collège gouvernemental (cf. consid. 3.2.1 s.). Qui plus

est, ce rapport n'a pas été rédigé par la cheffe du DFF elle-même, ni même en son nom. Comme cela a déjà été indiqué, il ne suffit pas qu'un acte *concerne* une décision du Conseil fédéral pour qu'il devienne ipso facto un acte du Conseil fédéral (cf. consid. 3.2.2). A fortiori, tel n'est pas le cas lorsqu'un document est destiné à un membre du Conseil fédéral agissant comme simple chef de département, même si celui-ci en a éventuellement discuté avec ses collègues ou compte le faire. Que l'on se fonde sur l'autorité qui a commandité le rapport (la cheffe du DFF) ou, ce qui est plus pertinent, sur celle qui l'a rédigé (des collaborateurs ou d'anciens collaborateurs du service juridique du DFF) pour dire de quelle entité il relève, la réponse est la même dans le deux cas: le rapport provient de l'administration et non du gouvernement. Il tombe donc fondamentalement dans le champ d'application de la LTrans.

4.2.2 Au vu de ce qui précède, il apparaît également que le rapport litigieux ne constitue pas un élément de la procédure de co-rapport (cf. consid. 3.5.2). La réserve insérée à l'art. 8 al. 1 LTrans au sujet de cette procédure vise en effet uniquement à préserver la liberté d'action du Conseil fédéral et la collégialité qui doit régner entre ses membres (Message LTrans, FF 2003 1807, 1855). Elle vise dès lors les actes qui concernent *directement* la procédure décisionnelle et non tout ce qui sert de base pour ce faire (cf. consid. 3.5.2.3). Saisi d'un cas similaire, le Tribunal fédéral a également constaté qu'un document qui était *annexé* à une proposition adressée au Conseil fédéral n'en constituait pas pour autant un élément de la procédure de co-rapport (cf. ATF 136 II 399 consid. 2.3 s.). Comme dans l'affaire en question, le rapport litigieux ne permet aucune déduction au sujet du processus décisionnel qui a eu lieu au sein du Conseil fédéral. On relèvera par ailleurs qu'il n'a pas été établi dans le cadre d'une procédure de consultation des offices, ce qui exclut aussi l'application de l'exception y relative, ancrée à l'art. 8 al. 3 LTrans (cf. consid. 3.5.2.3).

4.2.3 Au surplus, l'art. 8 al. 5 LTrans garantit expressément l'accès aux rapports d'évaluation des prestations fournies par l'administration fédérale et de l'efficacité des mesures prises par cette dernière. En l'occurrence, le rapport litigieux vise précisément à analyser le comportement de l'AFC dans le cadre de la problématique de l'assistance internationale en matière fiscale et à déterminer si ce comportement prête le flanc à la critique ou aurait pu être amélioré. Dans ce sens, il s'agit bien d'un rapport d'évaluation des prestations fournies par l'administration fédérale, d'autant que cette notion doit s'interpréter de manière large (cf.

consid. 3.5.3). Il est donc soumis à la LTrans de ce point de vue également.

4.2.4 Le principe de la transparence s'applique aux documents officiels (cf. consid. 3.3). Toutefois, selon l'art. 5 al. 3 LTrans, ne sont pas considérés comme des documents officiels les documents qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration (let. b). En l'occurrence, le rapport litigieux a été remis à la cheffe du DFF, puis au Conseil fédéral. Il s'agit donc clairement d'un document qui a atteint son stade définitif d'élaboration, quand bien même il ne porte pas de signature. Intrinsèquement, il se présente sous la forme d'une version achevée et répond ainsi aux conditions d'application de la LTrans.

4.2.5 Il ne suffit pas qu'un acte soit couvert par la LTrans pour qu'il doive être remis au public. Encore faut-il qu'il échappe aux restrictions de l'art. 7 LTrans. A cet égard, il convient en particulier d'examiner les cas de l'art. 7 al. 1 let. d et f LTrans, ceux-ci étant invoqués par l'autorité inférieure.

4.2.5.1 L'art. 7 al. 1 let. d LTrans permet de limiter, différer ou refuser l'accès à un document officiel qui risque de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales. A la lecture du rapport litigieux, le Tribunal administratif fédéral voit mal de quelle façon ce risque serait susceptible de se réaliser en l'occurrence. Les informations qui s'y trouvent sont essentiellement de nature générale et déjà publiques. Elles concernent des faits passés et ne révèlent l'existence d'aucune tactique ni subterfuge qui pût nuire à l'image de la Suisse. Les intérêts des Etats étrangers ou d'autres entités de rang international ne paraissent pas non plus touchés. Le contenu du rapport ressort déjà du communiqué de presse publié par le DFF et le Conseil fédéral. L'autorité inférieure n'argumente d'ailleurs pas précisément sur cette problématique, se contentant d'une assertion générale selon laquelle la publication du rapport violerait l'art. 7 al. 1 let. d LTrans. Au surplus, l'autorité inférieure n'a pas invoqué ce motif devant le PFPDT (cf. recommandation PFPDT, ch. 30), ce qui est révélateur de l'importance qu'elle lui attribue. Si le risque en question avait véritablement existé, nul doute qu'il aurait été le premier argument soulevé par l'autorité inférieure, puisque les intérêts de la Suisse au niveau international eussent été menacés.

4.2.5.2 L'art. 7 al. 1 let. f LTrans restreint le droit d'accès aux documents qui risquent de compromettre les intérêts de la politique économique ou

monétaire de la Suisse. Il est donc assez proche de l'art. 7 al. 1 let. d LTrans qui vient d'être examiné. Là aussi, et pour les mêmes raisons, le Tribunal ne voit guère en quoi ce rapport pourrait avoir une influence sur les intérêts économiques ou monétaires de la Confédération. L'autorité inférieure ne l'explique pas non plus.

4.2.5.3 S'agissant des autres restrictions énoncées à l'art. 7 LTrans (telles que le risque de compromettre les relations entre la Confédération et les cantons, de révéler des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication, etc.), elles n'apparaissent pas entrer en ligne de compte. L'autorité inférieure elle-même ne les invoque pas.

4.3

4.3.1 Le rapport qui donne lieu au présent arrêt est classé « CONFIDENTIEL ». Il convient donc d'examiner les effets de ce classement. Celui-ci découle de l'application de l'OPrI. Or, comme cela a déjà été indiqué, cette ordonnance – à son art. 13 al. 3 – réserve expressément la LTrans, qui détermine seule si et à quelles conditions l'accès à ce document peut être octroyé (cf. consid. 3.6.3 et 2.6.4). Il en résulte que, si les conditions de la LTrans sont remplies, l'accès doit être accordé. Les considérants qui précèdent montrent que tel est le cas en l'occurrence.

4.3.2 En conséquence, le fait que le rapport litigieux ait été classé « CONFIDENTIEL » sur la base de l'OPrI ne fait point obstacle à ce qu'il soit remis au recourant. Légalement, il n'est même pas nécessaire qu'il soit déclassifié, puisque ce classement n'est pas reconnu par la LTrans et que l'OPrI elle-même prévoit que l'accès aux actes de l'administration fédérale doit être examiné indépendamment de cette problématique. Toutefois, la question n'a pas à être tranchée définitivement par le Tribunal administratif fédéral. En effet, il appartient en première ligne à l'administration de définir la manière dont elle entend mettre en œuvre concrètement la loi sur la transparence et, par suite, le présent arrêt. Ainsi, l'autorité inférieure décidera elle-même s'il convient de déclassifier ce rapport, et si oui de quelle façon, avant de le remettre au recourant. L'OPrI, comme l'art. 11 al. 5 OTrans (cf. consid. 3.6.5), apparaît ici comme une norme d'organisation interne (cf. consid. 3.6.4) et l'autorité judiciaire n'a pas à s'immiscer dans son application, tant que les exigences légales en matière de transparence sont respectées. A cet égard, il apparaît surtout essentiel en l'espèce que le recourant ait accès au rapport litigieux (sous réserve des passages cités au consid. 4.4), puisque les restrictions de l'art. 7 LTrans – pas plus que le cas particulier de l'art. 8 LTrans – ne justifient de faire exception au principe de la transparence.

4.4

4.4.1 Le rapport litigieux contient quelques allusions à des déclarations de membres de l'administration devant une commission parlementaire. Or l'art. 47 LParl prévoit que les délibérations des commissions (parlementaires) sont confidentielles et que, en particulier, il est interdit de divulguer les positions défendues par les différentes personnes ayant participé aux séances ainsi que la manière dont elles ont voté (cf. consid. 3.7). Il importe donc de vérifier que les quelques références en question ne font point obstacle à la remise du rapport au recourant.

4.4.2 Les passages concernés sont constitués de *trois allusions* relativement brèves si l'on considère l'ampleur du rapport, lequel totalise vingt et une pages. Certes, il n'y est pas fait référence aux positions individuelles défendues par les membres des commissions eux-mêmes. En revanche, il est fait allusion aux questions qu'ils ont posées et aux informations qui leur ont été données par l'administration. Compte tenu du fait que, non seulement les membres des commissions, mais également les intervenants doivent pouvoir s'exprimer librement dans le cadre des séances desdites commissions (cf. arrêt 6B_186/2012 consid. 2.2.3), l'art. 47 LParl – réservé par l'art. 4 let. a LTrans – trouve ici vocation à s'appliquer. Peu importe si, à la lecture des passages en cause, il est possible ou non de reconstituer les délibérations qui s'en sont suivies. Lesdits passages vont au-delà de la simple référence au sujet qui a été traité par l'une ou l'autre commission parlementaire et de la simple information sur le résultat des délibérations des commissions (art. 48 LParl). Or, il s'agit précisément d'éviter que les opinions émises par une personne dans le cadre d'une séance de commission ne soient divulguées par les autres participants. Ceci vaut indépendamment de leur contenu ou de leur importance (cf. arrêt 6B_186/2012 consid. 2.2.2). Certes encore, l'autorité inférieure et le PFPDT n'ont pas eux-mêmes avancé cet argument. Il n'en demeure pas moins que le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office et se doit de tenir compte des restrictions qu'implique cette disposition légale ancrée dans une loi fédérale (art. 190 Cst.). Ainsi, dans le cas présent, la confidentialité des délibérations des commissions justifie de caviarder le rapport litigieux, en ce sens que l'intégralité de la let. c du ch. 4.4.3 (p. 14 et 15) ainsi que la dernière phrase du premier paragraphe du ch. 5.2.2, p. 17, doivent en être retranchées avant sa communication au recourant.

4.5

4.5.1 Le rapport litigieux devant, dans la mesure décrite ci-dessus, être transmis au recourant, le sort de ses *annexes* doit encore être élucidé. Celles-ci se composent de trois parties, la troisième partie étant divisée en une série de documents numérotés jusqu'à 64, de divers types. Ainsi, certains sont des actes liés à l'activité du Conseil fédéral, d'autres sont des rapports provenant de rencontres internationales, d'autres encore sont des correspondances internes, d'autres enfin sont des documents publiés officiellement.

4.5.2 En vertu de l'art. 3 OTrans, l'autorité renseigne le demandeur sur les documents officiels accessibles et l'assiste dans ses démarches (al. 1). Lorsque les documents officiels sont accessibles sur internet ou qu'ils font l'objet d'une publication officielle de la Confédération, l'autorité peut se limiter à communiquer les références nécessaires pour leur consultation (al. 2).

Par ailleurs, selon l'art. 7 al. 3 OTrans, l'autorité peut inviter le demandeur à préciser sa demande. L'art. 7 al. 4 OTrans prévoit quant à lui que, 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. L'autorité doit rendre le demandeur attentif aux conséquences du non-respect du délai.

4.5.3 Comme cela a été mentionné, les annexes au rapport sont de type très varié. Il n'est pas possible d'en traiter globalement en ce qui concerne l'applicabilité de la LTrans. Chaque document doit être considéré individuellement. Le Tribunal administratif fédéral ne saurait effectuer cet examen lui-même, alors qu'aucune des instances inférieures n'y a procédé, au risque de violer sa compétence fonctionnelle (cf. consid. 1.2). Le recourant se verrait privé de ses possibilités de contester la décision. Il s'impose donc de renvoyer le dossier à l'administration sur ce point pour que celle-ci transmette au recourant une liste des annexes au rapport. Le recourant pourra ainsi préciser sa demande au sens de l'art. 7 al. 3 et 4 OTrans – lequel prévoit un délai de dix jours à impartir au recourant (et non de quinze jours, comme ce dernier le requiert dans ses conclusions) – et les deux parties pourront exercer leurs droits et attributions réciproques dans le cadre d'une procédure complète au sens des art. 10 ss LTrans. La conclusion du recourant tendant à ce qu'il soit ordonné au DFF de lui transmettre une liste des documents annexés au rapport et de lui impartir un délai pour préciser sa demande d'accès par

rapport à ceux-ci doit ainsi être admise, sous réserve du délai en question qui est fixé à dix jours.

4.5.4 Certains des documents joints au rapport ont déjà fait l'objet d'une publication. Le recourant demande que l'autorité inférieure soit enjointe de lui fournir les références de ces documents. Par essence, ceux-ci sont accessibles. Il manque donc uniquement au recourant les références idoines. En réalité, la demande du recourant se confond avec celle par laquelle il réclame la liste des documents joints au rapport. Puisque l'autorité inférieure devra, conformément à ce qui précède, lui fournir la liste des annexes, elle devra par là même lui donner les références des publications officielles. Sa requête sera ainsi, de fait, exaucée.

4.6 En ce qui concerne la conclusion du recourant tendant à ce qu'il soit ordonné à l'autorité inférieure de s'exécuter « *à réception de la présente décision* », il va de soi que le DFF devra agir promptement, conformément au principe de la bonne foi et à la garantie de la célérité des procédures (art. 5 al. 3, art. 9, art. 29 al. 1 Cst.). Il sied également de relever que la LTrans est particulièrement exigeante quant à la rapidité avec laquelle l'administration doit agir (cf. les délais des art. 12 ss LTrans). Rien n'indique toutefois que le DFF ait l'intention de tarder indûment à s'exécuter. Au vu de ces éléments, il n'y a pas lieu d'ordonner au DFF de s'exécuter « à réception de la présente décision », comme le sollicite le recourant, d'autant qu'un recours au Tribunal fédéral contre le présent arrêt, doublé d'une requête d'effet suspensif auprès de cette instance, demeure toujours possible (art. 103 al. 3 LTF).

4.7

4.7.1 Dans le cadre de la procédure de recours, l'autorité inférieure a produit certaines pièces dont elle a demandé qu'elles ne soient pas transmises au recourant. Le juge instructeur a accueilli cette demande favorablement et n'a fait suivre au recourant que les pièces dont la consultation n'était pas litigieuse, tout en indiquant qu'il serait statué sur le sort des autres pièces dans le cadre de l'arrêt au fond. A cet égard, on précisera que la LTrans ne s'applique pas aux documents officiels qui concernent des procédures juridictionnelles de droit public, y compris administratives (art. 3 al. 1 let. a ch. 5 LTrans). La consultation du dossier dans le cadre d'une procédure judiciaire est réglée par les dispositions topiques du droit de procédure (art. 27 ss PA) et par les dispositions constitutionnelles sur le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.). L'art. 27 al. 1 let. a PA prévoit en particulier que l'autorité peut refuser la consultation d'une pièce si des intérêts publics importants de la Confédération

ou des cantons, en particulier la sécurité intérieure ou extérieure de la Confédération, exigent que le secret soit gardé. Aux termes de l'art. 28 PA, une pièce dont la consultation a été refusée à la partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves.

4.7.2 En l'occurrence, les pièces dont l'autorité inférieure souhaite qu'elles restent secrètes sont, outre le rapport litigieux lui-même et ses annexes, essentiellement des documents relatifs aux propositions soumises au Conseil fédéral et aux décisions de celui-ci au sujet du rapport litigieux. Elles ont été produites à l'appui de la réponse de l'autorité inférieure principalement afin de démontrer que ce rapport constituait un document du gouvernement et non de l'administration. Or la preuve de ce fait a échoué (cf. consid. 4.2.1.1). Le recourant ayant obtenu gain de cause sur ce point comme de manière générale, il n'a plus d'intérêt à consulter les pièces en question. Le considérant ci-dessus relatif au caviardage des références aux débats des commissions, qui demeure très circonscrit par rapport au reste du rapport auquel le recourant se voit reconnaître l'accès, ne change rien à ce qui précède. Les pièces produites par le DFF – hormis le rapport litigieux lui-même et ses annexes, à la consultation desquelles le recourant ne saurait prétendre par un autre biais que celui de la procédure prévue par la LTrans – n'ont d'ailleurs aucun rapport avec ce caviardage. Le recourant ne saurait donc invoquer l'art. 28 PA pour en prendre connaissance, ces pièces n'ayant pas été utilisées à son désavantage. Le DFF a encore joint au dossier une prise de position du directeur de l'AFC au sujet du rapport litigieux. Celle-ci ne joue cependant pas plus de rôle dans le cadre de la présente procédure (art. 28 PA a contrario), de sorte que le recourant ne saurait prétendre à sa consultation.

5.

5.1 Conformément aux considérants qui précèdent, le recours doit être partiellement admis au sens des considérants et la décision attaquée annulée. La cause est renvoyée au DFF pour complément de procédure au sens des consid. 4.5.3 et 4.5.4.

5.2 Selon l'art. 63 al. 1 PA, les frais de procédure, comprenant l'émolument d'arrêté, les émoluments de chancellerie et les débours, sont, en règle générale, mis à la charge de la partie qui succombe. En l'espèce, il ne saurait être mis de frais de procédure à charge du recourant, puisque le recours est admis pour l'essentiel, même s'il existe des aspects – secon-

daires – sur lesquels il n'obtient pas gain de cause. L'avance de frais de 2 500 francs qu'il a déjà versée lui sera restituée, une fois le présent arrêt définitif et exécutoire. En application de l'art. 63 al. 2 PA, les frais de procédure ne peuvent être mis à la charge des autorités inférieures déboutées, de sorte que le DFF n'a pas de frais de procédure à payer.

5.3 L'art. 64 al. 1 PA prévoit que l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement obtenu gain de cause, une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés par le litige (cf. également art. 7 ss du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'art. 14 al. 2 FITAF indique que le Tribunal fixe les dépens sur la base de l'éventuel décompte remis par la partie concernée. A défaut, il fixe l'indemnité sur la base du dossier. En l'occurrence, le recourant, qui obtient pour l'essentiel gain de cause et est représenté par un avocat, a droit à des dépens, lesquels – en l'absence de note d'honoraires – seront fixés à 3 800 francs, compte tenu de la nature de la cause et de son degré de complexité.