



Berne, le 13 décembre 2016

**Recommandation
selon l'art. 14 de la loi sur la transparence
concernant la procédure de médiation entre**

**X
(demandeur)**

et

**l'Office fédéral des transports
(OFT)**

I. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence constate :

1. Le 13 avril 2016, le demandeur (privé) a adressé un courrier à l'Office fédéral des transports (OFT) à propos du projet Genève Route et Rail.
2. Par courrier du 27 avril 2016, l'OFT a répondu au demandeur en lui indiquant notamment avoir « déjà effectué des études avec les CFF [Chemins de fer fédéraux] qui estiment à quelque 600 millions de francs la simple création de deux voies en tiroir de 500 m au-delà de l'aéroport, sous Palexpo ».
3. Par courrier du 2 juin 2016, conformément à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans, RS 152.3), le demandeur a requis auprès de l'OFT de pouvoir « consulter les documents établis dans le cadre de l'étude mentionnée ».
4. Sa demande d'accès étant restée sans réponse à l'échéance des délais fixés à l'autorité pour prendre position, le demandeur a déposé, le 27 juin 2016, une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé).
5. Par courrier du 28 juin 2016, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation et, le même jour, a informé l'OFT par courriel du dépôt de la demande en médiation et lui a imparti un délai de 10 jours pour lui transmettre les documents concernés ainsi qu'une prise de position détaillée.
6. Par courrier du 5 juillet 2016 adressé au demandeur, l'OFT a indiqué qu'il envisageait d'accorder l'accès à l'étude en question mais qu'il devait au préalable consulter les CFF et leur donner la possibilité de se prononcer sur la demande d'accès étant donné que l'étude demandée contient des données personnelles. Par courrier du même jour, l'OFT s'est adressé aux CFF en leur demandant si, et dans quelle mesure, ils entendaient accorder l'accès à « l'étude CFF Plan cadre Genève ». L'OFT a par ailleurs communiqué aux CFF qu'il avait « l'intention d'autoriser la consultation de cette étude, à moins qu'il y ait un motif d'exception ».



conformément à l'art. 7 de la loi du 17 décembre 2004 sur la transparence (LTrans). Un motif d'exception n'entraîne pas le refus de la consultation de l'étude, mais uniquement le noircissement des passages donnant lieu à l'exception ».

7. Le 8 juillet 2016, l'OFT a communiqué au Préposé qu'il n'était pas en mesure d'accorder l'accès au document demandé car celui-ci, par mégarde, n'avait pas été enregistré dans son système de gestion des dossiers (« *weil das Dokument versehentlich nicht im Geschäftsverwaltungssystem registriert worden war* »). Le même jour, le Préposé a accusé réception des informations transmises par l'OFT et lui a demandé de lui faire parvenir une prise de position motivée et, le cas échéant, celle des CFF.
8. Par courriel du 2 août 2016, l'OFT a indiqué au Préposé que le délai imparti aux CFF pour prendre position s'écoulera au 16 août 2016 seulement ; l'information avait au préalable été transmise au demandeur par courriel du 21 juillet 2016.
9. Par courriel du 25 août 2016, l'OFT a transmis une clarification provisoire au Préposé. L'autorité a indiqué qu'elle ne disposait pas d'une étude confirmant les informations qui ont été transmises au demandeur concernant l'estimation des CFF à quelques 600 millions de francs pour la création de deux voies de 500m sous Palexpo. Le chiffre leur a probablement été communiqué par oral en rapport avec les travaux des CFF relatifs au plan cadre Genève. L'autorité a également indiqué qu'elle tiendra le demandeur informé aussitôt qu'elle aura définitivement clarifié si elle possède un projet du plan cadre Genève ou une étude confirmant les informations transmises au demandeur.
10. Le Préposé a sollicité l'OFT par courriel du 29 août 2016 et lui a indiqué que le délai pour la prise de position des CFF était déjà écoulé depuis plusieurs jours. Il a demandé de lui transmettre sans tarder l'étude en question et de motiver juridiquement si, et dans quelle mesure, l'OFT entend accorder l'accès audit document
11. Au cours d'un entretien téléphonique du 31 août 2016, l'OFT a indiqué au Préposé qu'une réunion aura lieu le 6 septembre avec les personnes en charge du dossier au sein de l'Office afin de déterminer si ledit document existe réellement. Le Préposé a expliqué à l'autorité que les documents demandés peuvent également consister en un projet, une annotation ou toute autre sorte de document, et par conséquent être fournis sous cette forme au demandeur. Au cours du même entretien, le Préposé a demandé à l'OFT de vérifier s'il n'était pas en possession de l'information demandée. Par courriel du même jour, l'autorité a informé le demandeur qu'elle n'avait malheureusement pu trouver aucun document attestant des informations qu'elle lui a transmises.
12. Le 6 septembre 2016, une réunion a eu lieu au sein de l'OFT. Le même jour, par courriel adressé au demandeur et au Préposé, l'OFT a expliqué que « *le Plan-cadre Genève est un document en cours d'élaboration par les CFF. Les informations extraites de celui-ci qui vous ont été communiquées ne sont ni validées, ni définitives. De ce fait, nous ne sommes pas en possession d'un document attestant de cette estimation de 600 MCHF. Notre courrier de ce printemps a été envoyé d'entente avec le canton de Genève, qui a le lead du dossier et qui nous a communiqué ces estimations* ».
13. Les allégations du demandeur et de l'OFT sont prises en compte, dans la mesure où cela s'avère nécessaire, dans les considérants ci-après.



II. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence considère ce qui suit :

A. Considérants formels : Médiation et recommandation selon l'art. 14 LTrans

14. Le demandeur a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès de l'OFT et n'a pas reçu de réponse de l'autorité. Etant partie à la procédure préliminaire de demande d'accès, il est légitimé à déposer une demande en médiation (art. 13 al. 1 let. a LTrans). Celle-ci a été remise selon la forme prescrite (forme écrite simple) et dans le délai légal (20 jours à compter de l'échéance des délais fixés à l'autorité pour prendre position) au Préposé (art. 13 al. 2 LTrans).
15. La procédure de médiation peut se dérouler par écrit ou par oral (en présence de tous les intéressés ou de certains d'entre eux), sous l'égide du Préposé. C'est à lui qu'il incombe de fixer les modalités.¹ Si la médiation n'aboutit pas ou si aucune solution consensuelle n'est envisageable, le Préposé est tenu par l'art. 14 LTrans de formuler une recommandation fondée sur son appréciation du cas d'espèce.

B. Considérants matériels

16. Selon l'art. 12 al. 1 de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (Ordonnance sur la transparence, OTrans, RS 152.31), le Préposé examine la licéité et l'adéquation de l'appréciation de la demande d'accès par l'autorité. Il peut ainsi vérifier dans le cadre de la procédure de médiation si la demande d'accès a été traitée conformément à la loi par l'autorité. Ainsi, le Préposé vérifie notamment si l'autorité compétente dans le cadre d'une demande d'accès a correctement appliqué les dispositions relatives à la notion de document officiel (art. 5 LTrans) ainsi que la clause d'exception (art. 7 s. LTrans), ou les dispositions relatives à la protection des données personnelles (art. 9 LTrans). Par ailleurs, il peut examiner, pour tous les domaines dans lesquels la loi sur la transparence confère un certain pouvoir d'appréciation à l'autorité (p.ex. les modalités d'accès à des documents officiels) si la solution retenue par l'autorité est adéquate et proportionnée au vu des circonstances du cas d'espèce. Le Préposé peut faire des propositions dans le cadre de la procédure de médiation (art. 12 al. 2 OTrans) ou le cas échéant émettre une recommandation (art. 14 LTrans).²
17. Selon l'art. 6 al. 1 LTrans, toute personne a le droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu. La notion de document officiel est définie à l'art. 5 LTrans. Le Tribunal administratif fédéral en a déduit la définition suivante : « *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)* ». ³
18. Il découle explicitement de l'art. 5 al.1 let b LTrans que l'information doit être détenue par l'autorité, qu'elle émane de celle-ci ou qu'elle lui ait été communiquée. Le document demandé dans lequel l'information est contenue doit se trouver en possession effective de l'autorité sollicitée. Cette règle signifie que l'autorité doit elle-même être en mesure d'accéder à

¹ Message relatif à la loi fédérale sur la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans) du 12 février 2003, FF 2003 1807 (cité : FF 2003), FF 2003 1865.

² GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (éd.), Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008, n° 8 ad art. 13.

³ Arrêt du TAF A-4500/2013 du 27 février 2014, consid. 3.3.



l'information pour qu'elle puisse ensuite en accorder l'accès au public⁴, indépendamment de savoir si l'information a été enregistrée ou non dans son système de gestion des dossiers.

19. Dans un premier temps, l'autorité a affirmé dans son courrier du 27 avril 2016 avoir effectué des études avec les CFF concernant des travaux estimés à 600 millions de francs. A la lecture de ce dernier, il porte à croire que l'OFT est en possession desdites études : il serait en effet difficilement concevable de mener conjointement de telles études avec les CFF sans les avoir à sa disposition. De plus, dans ses deux courriers du 5 juillet 2016 adressés au demandeur et aux CFF, l'OFT a laissé entendre qu'il envisageait d'accorder l'accès aux documents demandés. Dans un deuxième temps, l'autorité a en revanche indiqué que l'étude CFF plan cadre Genève n'avait pas été enregistrée dans son système de gestion des affaires et que, par conséquent, elle n'était pas en sa possession. Finalement, dans son courriel du 6 septembre, l'autorité a indiqué que l'étude était en fait un document en cours d'élaboration par les CFF et que les informations extraites de celle-ci n'étaient ni validées ni définitives et, de ce fait, qu'elle n'était pas en possession d'un document attestant des informations transmises au demandeur.
20. Dans le cadre de la procédure de médiation, l'autorité est obligée de collaborer avec le Préposé (art. 12b OTrans). Cela implique que cette dernière est tenue de lui transmettre les documents requis dans le délai imparti, peu importe leur stade d'élaboration (art. 12b al. 1 let. b OTrans). Le but de cette disposition est que le Préposé puisse recevoir tous les documents utiles afin d'estimer en pleine connaissance de cause si ces derniers remplissent les conditions requises par l'art. 5 LTrans pour la qualification d'un document officiel. De la sorte, le Préposé peut se prononcer sur l'existence ou non d'un document au sens de la loi sur la transparence, respectivement sur son stade définitif d'élaboration et ainsi examiner la limitation ou le refus d'accès de l'autorité. Selon le message de la loi sur la transparence – récemment repris par la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral – lorsque le demandeur met en doute la véracité de la constatation d'inexistence établie par l'administration, le Préposé fédéral ne peut pas se limiter à prendre acte de la déclaration de l'administration. Il doit prendre des mesures d'instruction afin d'être en mesure de mettre en balance la vraisemblance et le sérieux des allégations du demandeur et de l'administration.⁵ Dans ce sens, l'art. 20 LTrans confère au Préposé le droit d'obtenir des renseignements et de consulter les documents dans le cadre de la procédure de médiation. Cependant, ce dernier ne dispose d'aucun moyen de contraindre l'autorité de les lui transmettre.
21. Dans le cas d'espèce, le Préposé a, à plusieurs reprises, enjoint l'autorité de lui transmettre les documents concernés ou les informations requises par le demandeur et ce, peu importe leur forme ou stade d'élaboration. Au final, il lui a été communiqué que les informations requises ne sont pas à disposition de l'autorité. De ce fait, le Préposé n'est pas en mesure de se prononcer quant à l'existence ou le stade définitif d'élaboration des documents. Au vu des explications données par l'OFT dans le cadre de la demande d'accès, les doutes que le demandeur a émis quant à l'existence respectivement à la non-existence de l'étude en question ou de documents élaborés dans ce cadre sont aisément compréhensibles. Cependant, ceci est contrebalancé par le fait que le Préposé doit, au cours de la procédure de médiation, pouvoir se fier aux déclarations de l'administration.
22. *Au vu de l'exposition par l'OFT des faits déterminants pour le Préposé, l'inexistence de documents établis dans le cadre de l'étude CFF plan cadre Genève au sein de l'autorité doit être présumée, raison pour laquelle aucun accès ne peut être accordé.*

⁴ FF 2003 1835 ; arrêt du TAF A-4049/2009 du 3 mai 2010 consid. 10.1.

⁵ FF 2003 1835 ; arrêt du TAF A-7235/2015 du 30 juin 2015 consid. 5.4.



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

23. Selon les déclarations de l'OFT, ce dernier n'est pas en possession de l'étude CFF plan cadre Genève ou de tout autre document établi dans le cadre de cette dernière. En conséquence, l'OFT ne peut y accorder l'accès.
24. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, le demandeur peut requérir que l'OFT rende une décision selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) s'il n'est pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).
25. L'Office fédéral des transports rend la décision dans les 20 jours à compter de la réception de la requête de décision (art. 15 al. 3 LTrans).
26. Par analogie à l'art. 22a PA, les délais fixés en jours par la loi ou par l'autorité ne courent pas :
a. du 7^e jour avant Pâques au 7^e jour après Pâques inclusivement ; b. du 15 juillet au 15 août inclusivement ; c. du 18 décembre au 2 janvier inclusivement.
27. La présente recommandation est publiée (art. 13 al. 3 OTrans). Afin de protéger les données relatives aux parties de la procédure de médiation, le nom du demandeur est anonymisé.
28. La recommandation est notifiée à :
 - Recommandé (R) avec avis de réception
X
 - Recommandé (R) avec avis de réception
Office fédéral des transports
3003 Berne

Adrian Lobsiger