



---

Cour I  
A-75/2009/moa/frv  
{T 0/2}

## **Arrêt du 16 avril 2009**

---

Composition

André Moser (président du collège),  
Claudia Pasqualetto Péquignot, Lorenz Kneubühler,  
Markus Metz, Christoph Bandli, juges,  
Virginie Fragnière, greffière.

---

Parties

A. \_\_\_\_\_,  
recourante,

contre

**Préposé fédéral à la protection des données et à la  
transparence (PFPDT),**  
Feldeggweg 1, 3003 Berne,  
autorité inférieure,

---

Objet

déni de justice (retard injustifié).

**Faits :****A.**

A.\_\_\_\_\_ travaille au sein de la faculté de droit de (...). Par courrier du 7 décembre 2007, elle a requis de Swissmedic, Institut suisse des produits thérapeutiques, l'accès à certains documents traitant de la mise sur le marché de médicaments et de leur surveillance. Il résulte du dossier que cette demande s'inscrivait dans le cadre d'un travail académique destiné à promouvoir la transparence de l'information médicale; les médecins avaient en effet régulièrement besoin de renseignements détaillés sur les médicaments; or, ils ne les trouvaient qu'auprès des autorités européennes et américaines « EMEA » et « FDA » ou sommairement auprès de Swissmedic.

Par lettre du 21 décembre 2007, Swissmedic a informé A.\_\_\_\_\_ que l'accès à la plupart des données qu'elle souhaitait consulter serait limité; par ailleurs, les émoluments qui seraient perçus s'élèveraient à plus de 2'000 francs. Le 4 mars 2008, l'Institut lui a indiqué quels documents pourraient être consultés et pour quels motifs certains ne pouvaient l'être; en outre, les émoluments se rapportant à la préparation desdits documents seraient fixés vraisemblablement à 10'000 francs.

Le 10 juin 2008, A.\_\_\_\_\_ a formé une nouvelle demande auprès de Swissmedic. Celle-ci ne portait plus que sur certains des documents dont elle avait déjà requis la consultation, compte tenu du courrier de Swissmedic du 21 décembre 2007. Le 26 juin 2008, l'Institut lui a répondu en substance que l'accès aux données qu'elle souhaitait consulter serait limité; par ailleurs, les émoluments s'y rapportant se monteraient probablement à 10'000 francs. Appelée à indiquer si elle maintenait sa demande, A.\_\_\_\_\_ lui a confirmé, par formulaire du 3 juillet 2008, son intention d'accéder aux documents litigieux.

Par lettre du 3 juillet 2008, A.\_\_\_\_\_ a saisi le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (ci-après le PFPDT) d'une requête de médiation portant sur la question des émoluments que Swissmedic entendait mettre à sa charge selon son courrier du 26 juin 2008. Le 10 juillet 2008, le PFPDT a accusé réception de ce courrier et a informé A.\_\_\_\_\_ qu'une procédure de médiation au sens de la législation sur la transparence serait ouverte. Il l'a toutefois avertie qu'il ne pourrait pas respecter le délai de 30 jours que lui

imposait la loi pour donner suite à sa requête.

Par courrier du 12 septembre 2008, Swissmedic a signalé à A.\_\_\_\_\_ que sa demande d'accès était de son point de vue constitutive d'un abus de droit, raison pour laquelle elle ne serait pas traitée; elle pouvait cela dit déposer une demande de médiation auprès du PFPDT, dans un délai de 20 jours à compter de la date de réception de la présente prise de position.

Le 3 octobre 2008, A.\_\_\_\_\_ a présenté une seconde demande de médiation auprès du PFPDT, en invoquant que cette dernière n'était pas abusive. Le PFPDT a accusé réception de cette requête en date du 10 octobre 2008 et informé A.\_\_\_\_\_ que ses demandes de médiation seraient examinées dans une même procédure.

Par lettre du 3 décembre 2008, A.\_\_\_\_\_ a attiré l'attention du PFPDT sur le fait qu'il ne s'était toujours pas prononcé sur les deux demandes de médiation, alors que les prescriptions applicables en la matière prévoyaient le respect d'un délai de trente jours pour y donner suite. Elle l'a enfin prié de bien vouloir convoquer les parties à brève échéance. Le PFPDT lui a répondu en date du 15 décembre 2008 qu'il espérait pouvoir s'exécuter dans les prochains mois.

## **B.**

Par mémoire du 5 janvier 2009, A.\_\_\_\_\_ (ci-après la recourante) a déposé un recours auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après le TAF) contre le fait que le PFPDT n'avait rendu aucune recommandation. Elle a conclu à ce qu'il soit constaté que le PFPDT avait fait preuve de retard injustifié dans le traitement des demandes en médiation du 3 juillet et 3 octobre 2008; à ce que le PFPDT soit invité à statuer sur ces dernières; en particulier à ce qu'un délai de 20 jours à compter du jugement du TAF lui soit imparti pour tenir la séance de médiation et de 10 jours à compter de cette séance pour rendre sa recommandation; enfin, à ce qu'il soit condamné au paiement des dépens.

Invité à prendre position uniquement sur la recevabilité du recours, le PFPDT a déposé dans le délai imparti des observations en allemand sur le fond de la cause.

Les autres faits et arguments des parties seront repris, en cas de besoin, dans les considérants en droit du présent arrêt.

## **Droit :**

### **1.**

Aux termes des articles 31 et 33 let. d de la loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (LTAF, RS 173.32), le recours auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF) est recevable contre les décisions au sens de l'article 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA, RS 172.021) rendues en particulier par les départements et les unités de l'administration fédérale qui leur sont subordonnées ou administrativement rattachées. Il l'est également lorsque ceux-ci, sans en avoir le droit, s'abstiennent de rendre une décision sujette à recours ou tardent à le faire (cf. art. 46a PA). En effet, depuis le 1er janvier 2007, le retard injustifié et le déni de justice sont soumis à la même possibilité de recours que la décision refusée ou retardée elle-même. Le recours contre le déni de justice ou le retard injustifié est adressé par conséquent à l'autorité de recours et non plus à l'autorité de surveillance (cf. message du Conseil fédéral concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001 in FF 2001 4184 et 4206; cf. également MARKUS MÜLLER in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurich et St-Gall 2008, ad art. 46a PA, n. 3).

### **2.**

Il résulte de l'article 46a PA que pour être recevable, un recours pour déni de justice ou retard injustifié doit porter sur l'absence d'une décision à laquelle le justiciable a droit; l'acte que l'autorité tarde à rendre doit donc en principe être une décision au sens de l'article 5 PA et qui plus est, susceptible de recours devant l'autorité saisie du recours pour déni de justice (cf. FF 2001 4206; voir également ATAF 2008/15 consid. 3.2; ANDRÉ MOSER / MICHAEL BEUSCH / LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Bâle 2008, n. 5.18; MÜLLER, op. cit., ad art. 46a PA, n. 8; FELIX UHLMANN / SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, ad art. 46a PA, p. 925 n. 5). Dans le cas d'espèce, il faut donc examiner si la recourante a bien droit à une décision et si une telle décision est susceptible de recours au TAF.

**3.**

Cette question doit se résoudre en regard des dispositions matérielles applicables en la matière, en l'occurrence la loi fédérale sur le principe de la transparence du 17 décembre 2004 (Loi sur la transparence, LTrans, RS 152.3).

**3.1** La LTrans est entrée en vigueur le 1er juillet 2006. En l'espèce, la recourante a demandé l'accès à différents documents en possession de Swissmedic. Elle a à ce sujet expressément relevé, dans son courrier du 3 octobre 2008 adressé au PFPDT, que la consultation souhaitée portait exclusivement sur des documents produits ou reçus par Swissmedic après l'entrée en vigueur de la LTrans, ce qui n'est au demeurant pas contesté (cf. pièce 8 du bordereau de la recourante du 5 janvier 2009). Il ressort du reste du dossier que la recourante a certes requis dans un premier temps la consultation d'un certain nombre de documents produits et reçus par l'autorité avant l'entrée en vigueur de la LTrans; elle a toutefois clairement renoncé par la suite à leur production (cf. pièces 1c et 1d du bordereau susmentionné, annexes 1 et 2 du courrier de la recourante du 10 juin 2008, documents B1/5, B1/6, B2/5, B2/6, en comparaison avec la pièce 2 dudit bordereau, courrier du 4 mars 2008 de Swissmedic).

**3.2** Lorsqu'il est question de traiter de l'application d'une norme dans le temps, le législateur édicte parfois des dispositions transitoires. Ce n'est que si le législateur n'a pas exprimé sa volonté quant à l'application d'une disposition dans le temps que l'autorité administrative est amenée à appliquer les règles et les principes généraux du droit (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-7369/2006 du 24 juillet 2007 consid. 3.1 et les réf. citées).

La LTrans contient une unique disposition transitoire. Il s'agit de l'art. 23 LTrans. Selon cette norme, la LTrans s'applique aux documents officiels qui ont été produits ou reçus par l'autorité après son entrée en vigueur. Dans le cadre de l'examen d'une demande d'accès à des listes de détenteurs d'autorisation formée le 19 juin 2006, le Tribunal de céans a toutefois retenu que de telles listes ne pouvaient être considérées comme des documents produits ou reçus par l'autorité avant l'entrée en vigueur de la LTrans; en effet, celles-ci se trouvaient en permanente évolution et devaient, par définition, être régulièrement mises à jour. Il a dès lors considéré qu'elles ne tombaient pas sous la situation visée à l'art. 23 LTrans

(cf. arrêt déjà cité du Tribunal administratif fédéral A-7369/2006 du 24 juillet 2007 consid. 3.3).

**3.3** Comme on vient de le voir, l'accès aux documents produits et reçus après le 1er juillet 2006 et à ceux qui nécessitent d'être modifiés régulièrement, même s'ils ont été produits ou reçus par l'autorité avant cette date, doit donc être envisagé sous l'angle de la LTrans. Singulièrement, leur consultation est soumise à la procédure prévue par la LTrans. On comprend dès lors que les demandes de médiation formées par la recourante et, partant, la présente procédure de recours ne portent que sur des documents dont l'accès est régi par la LTrans. Autrement dit, la question de savoir si d'éventuels documents - produits ou reçus par Swissmedic avant l'entrée en vigueur de cette loi et qui ne sont pas des listes telles que susmentionnées - peuvent être consultés est exclue de l'objet du présent litige.

Il découle de ce qui précède que la LTrans est applicable dans le cas d'espèce pour déterminer la forme de l'intervention du Préposé et, le cas échéant, quelle serait l'autorité de recours contre une éventuelle décision ou refus injustifié de celle-ci.

#### **4.**

Dans son mémoire, la recourante a relevé que le TAF était l'autorité de recours contre les décisions rendues par une autorité administrative en application de la législation sur le principe de la transparence dans l'administration, après médiation du PFPDT; or, dans la mesure où l'absence de médiation du PFPDT empêchait l'autorité administrative saisie, Swissmedic, de rendre sa décision elle-même susceptible de recours, le présent recours pour déni de justice et retard injustifié dont était saisi le TAF était recevable en l'état.

**4.1** Les articles 10 ss LTrans mettent en place une procédure précise s'agissant du droit d'accès aux documents officiels (cf. à ce sujet arrêt du Tribunal administratif fédéral déjà cité A-7369/2006 du 24 juillet 2007 consid. 4.1). La personne intéressée doit dans un premier temps introduire une demande d'accès auprès de l'autorité qui a reçu ou produit les documents officiels à titre de destinataire principal (art. 10 al. 1 LTrans; cf. sur cette question, BEAT LEUTHARDT, Öffentlichkeitsgesetz : zu hohe Erwartungen, Plädoyer 4/05, p. 27). L'autorité ainsi saisie doit prendre position sur la demande d'accès (art. 12 LTrans). Lorsque celle-ci est limitée, différée ou refusée, le

requérant peut déposer une demande en médiation auprès du Préposé (art. 13 LTrans).

Selon l'art. 14 LTrans, lorsque la médiation n'aboutit pas, le Préposé établit une recommandation, et ce dans les 30 jours à compter de la réception de la demande en médiation (cf. art. 14 LTrans). Le Tribunal de céans a déjà retenu que la médiation, suivie d'une éventuelle recommandation du Préposé, était une étape essentielle de la procédure instaurée par la LTrans (arrêt du Tribunal administratif fédéral déjà cité A-7369/2006 du 24 juillet 2007 consid. 4.3). Certains cantons, comme le canton de Genève, ont déjà introduit le principe de la transparence dans l'administration. La procédure genevoise, adoptée par la législation cantonale sur la transparence, prévoit également les étapes de la médiation et de la recommandation, ce qui rend cette procédure similaire à celle contenue dans la LTrans. Le but de la médiation dans le canton de Genève est de permettre au médiateur non pas de proposer une solution, comme le ferait le conciliateur, mais d'aplanir les divergences de vues et d'amener ainsi les parties à résoudre elles-mêmes leurs conflits dans le respect de la loi (cf. CHRISTINE SAYEGH, *Le bilan de la transparence administrative dans le canton de Genève*, in: *La mise en oeuvre du principe de la transparence dans l'administration*, Genève, Zürich, Bâle 2006, p. 62). La recommandation tend à relancer le débat entre les parties, qui peuvent finir par trouver une solution commune (SAYEGH, *op. cit.*, p. 64). Elle ne revêt pas le caractère d'une décision au sens de l'art. 5 PA et n'a dès lors aucune force obligatoire (cf. message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003 in FF 2003 1865, 1869; CHRISTINE GUY-ECABERT, *Procédure administrative et médiation*, Zurich, Bâle, Genève 2002, p. 97).

Enfin, en suivant les articles 15 et 16 LTrans, au cas où aucune solution au litige n'est trouvée, par la voie de la médiation, le demandeur peut demander que l'autorité compétente rende, dans les 10 jours suivant la réception de la recommandation, une décision au sens de l'art. 5 PA, qui sera sujette à recours conformément aux dispositions générales de la procédure fédérale.

**4.2** En l'espèce, les 7 décembre 2007 et 10 juin 2008, la recourante a requis de Swissmedic l'accès à différents documents, et ce conformément à l'art. 10 al. 1 LTrans. Swissmedic lui a signifié par courriers du 21 décembre 2007, 4 mars 2008 et 10 juin 2008, qu'elle

ne pourrait consulter qu'une partie des données souhaitées (cf. art. 12 LTrans). La recourante a cependant maintenu sa requête et saisi le PFPDT d'une demande de médiation en application de l'art. 13 LTrans. Le PFPDT n'ayant pas procédé à la médiation, la recourante a déposé un recours pour déni de justice ou retard injustifié devant le TAF.

**4.3** Le PFPDT n'a pas procédé à la médiation et n'a donc pas établi la recommandation dans le délai de 30 jours à compter de la réception de la demande en médiation, contrairement à ce que prévoit l'art. 14 LTrans. Dans ces circonstances, la recourante n'a pas pu demander à Swissmedic de rendre, dans les 10 jours suivant la réception de la recommandation, une décision au sens de l'art. 5 PA, elle-même susceptible de recours au TAF.

La procédure instaurée par la LTrans doit être envisagée dans sa globalité. Elle forme un tout, qui a pour but le prononcé d'une décision sur la question de l'accès à certains documents. Le législateur a expressément prévu à cette fin différentes étapes, comprenant l'intervention de deux autorités. Il s'agit, on l'a vu (cf. supra consid. 4.1), de l'autorité qui est en possession des documents dont la consultation est requise, en l'occurrence Swissmedic, et du PFPDT. Il est essentiel, en application de la LTrans, que le PFPDT procède à la médiation et, en cas d'échec de celle-ci, établisse sa recommandation, et ce dans le délai légal. Ce n'est qu'après cette étape que Swissmedic, saisie d'une demande de la recourante, pourra statuer sur la question de savoir si un accès aux documents litigieux est admissible. Dès lors que le PFPDT ne procède pas à la médiation et n'établit pas sa recommandation, contrairement à ce que prévoit la LTrans, Swissmedic ne peut pas rendre une telle décision. En d'autres termes, le but de la procédure mise en place par les art. 10 ss LTrans, qui est d'obtenir une décision portant sur le droit de consulter certaines données, ne peut être atteint dans les délais légaux.

Or, aux termes de l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst, RS 101), toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée et jugée dans un délai raisonnable (voir à ce sujet JÖRG PAUL MÜLLER / MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4ème édition, p. 836). Il faut donc considérer que le recours déposé au TAF contre le



fait que le PFPDT n'a pas agi en temps utile suite au dépôt de la demande de médiation est recevable. Admettre le contraire reviendrait à vider la procédure instaurée par les art. 10 ss LTrans de son but, lequel est d'aboutir au prononcé d'une décision sur le droit d'accéder à certains documents, et ce dans les délais légaux.

**4.4** Pour le surplus, il sied de relever que la recommandation prévue à l'art. 14 LTrans n'est certes pas une décision au sens de l'art. 5 PA. On peut toutefois se demander si cette recommandation peut être considérée comme un acte matériel et s'il faut admettre que le recours est ouvert contre le fait que l'autorité tarde à agir matériellement.

Les actes dits matériels (*Realakte ou Tathandlungen*) de l'autorité sont ceux qui n'ont pas pour objet de régler de façon obligatoire la situation juridique de l'administré. Ces actes forment une catégorie très hétéroclite comprenant notamment les activités matérielles qui servent directement à l'accomplissement des tâches de fait de l'administration (PIERRE MOOR, *Droit administratif*, Berne 2002, volume II, p. 26 ss; ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zurich 2006, n. 737 s.; ATF 130 I 369). Il convient de retenir que la recommandation que doit établir le PFPDT selon l'art. 14 LTrans entre dans cette définition et constitue donc un acte matériel.

Le Tribunal fédéral traite de la question de savoir si l'on peut recourir lorsqu'aucune décision au sens formel n'a été rendue. Il retient que lorsqu'une protection juridique est nécessaire, la voie du recours peut éventuellement être ouverte même en absence d'une décision au sens formel; tel peut être le cas, lorsqu'une autorité, de façon injustifiée, s'abstient de rendre une décision ou tarde à le faire ou lorsque l'Etat a violé des droits constitutionnels en accomplissant des actes matériels (ATF 128 I 167 consid. 4.5 et les réf. citées). Dans la doctrine, la possibilité de recourir pour déni de justice contre un acte matériel est également évoquée (ANDREAS KLEY-STRULLER, *Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung*, Zurich 1995, p. 10 n. 14 et les réf. citées; cf. également HANSPETER PFENNINGER, *Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns*, Fribourg 1996, p. 180 ch. 7).

La question de savoir si un recours pour retard injustifié contre l'absence d'acte matériel est possible en l'occurrence peut toutefois être laissée ouverte, dans la mesure où il convient de toute manière de déclarer le recours recevable (cf. supra consid. 4.3).

Le recours est donc recevable en regard de l'article 46a PA.

## 5.

Par ordonnance du 16 janvier 2009, le PFPDT a été invité à se prononcer uniquement sur la recevabilité du recours. Il a toutefois produit, en date du 5 février 2009, des observations portant sur le fond du recours. Dans la mesure où le Tribunal de céans entre en matière sur le recours et où l'autorité inférieure ne s'est pas uniquement prononcée sur sa recevabilité, on peut sans autre statuer sur le fond de la cause.

Par ailleurs, il sied de relever que la réponse du PFPDT a été rédigée en allemand. Par souci de célérité et vu que l'on peut partir de l'idée que la recourante a suffisamment de connaissances en allemand pour comprendre le contenu de la réponse, il est renoncé à exiger une traduction des observations de l'autorité inférieure, et ce d'autant plus que le recours doit être admis (cf. infra consid. 6).

## 6.

Comme on l'a vu plus haut (cf. supra consid. 4.2 s), le PFPDT n'a pas procédé à la médiation et par conséquent n'a pas établi la recommandation, dans le délai de 30 jours à compter de la réception de la demande en médiation de la recourante (cf. art. 14 LTrans). En ne respectant pas le délai légal qui lui était imposé pour remplir les obligations lui incombant en regard de la LTrans, on doit considérer que le PFPDT commet un retard injustifié. Dans la doctrine, on retient du reste que le fait que l'autorité concernée s'abstienne de prendre position selon l'art. 12 LTrans constitue un retard injustifié (cf. ISABELLE HÄNER, in: Stephan C. Brunner / Luzius Mader, *Öffentlichkeitsgesetz*, Berne 2008, ad art. 12 LTrans, n. 15). Le retard du PFPDT est d'autant plus difficile à justifier que la recourante l'a saisi d'une demande de médiation à deux reprises, par courriers du 3 juillet 2008 et du 3 octobre 2008. Dans sa réponse au recours, le PFPDT a invoqué en substance qu'il ne disposait pas des ressources nécessaires pour agir dans le délai légal. Cette assertion ne suffit toutefois pas à justifier son retard. En effet, le Tribunal fédéral retient en tous les cas que ni un effectif du personnel insuffisant, ni une surcharge de travail de l'autorité ne constitue un critère propre à apprécier le caractère raisonnable de la durée de la procédure (ATF 130 I 312 consid. 5.2 et les réf. citées, ATF 125 V 188 consid. 2a et les réf. citées; MOSER /

BEUSCH / KNEUBÜHLER, op. cit., n. 5.26).

Dans ces circonstances, le Tribunal de céans ne peut qu'admettre le recours déposé pour retard injustifié. Le PFPDT est invité à procéder à la médiation et à établir sa recommandation sur les demandes en médiation jusqu'au 15 mai 2009.

**7.**

Il n'est pas perçu de frais de procédure en l'espèce, étant donné qu'aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures (cf. art. 63 al. 2 PA).

Vu que la recourante n'est pas représentée par un avocat, il ne lui sera pas alloué de dépens (cf. art. 64 PA). Par ailleurs, une partie agissant dans sa propre cause ne peut en principe prétendre à des dépens pour son activité personnelle (ATF 129 V 113 consid. 4.1).

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours pour retard injustifié est admis.

**2.**

Le PFPDT est invité à procéder à la médiation et à établir sa recommandation sur les demandes en médiation jusqu'au 15 mai 2009.

**3.**

Il n'est pas perçu de frais de procédure.

**4.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**5.**

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (Acte judiciaire)
- à Swissmedic (Recommandé)

Le président du collège :

La greffière :

André Moser

Virginie Fragnière

**Indication des voies de droit :**

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (voir art. 42 LTF).

Expédition :