

CH_VB 2002-2542 1807 vom 11. März 2003

Bundesverwaltung, 2003-03-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_2002-2542_1807

FR: CH_VB 2002-2542 1807 du 11 mars 2003

IT: CH_VB 2002-2542 1807 del 11 marzo 2003

Erwägungen

E. 12

RS 784.40

E. 13

RS 721.80

E. 14

RS 784.10

E. 15

RS 172.021

E. 16

RS 172.056.1

E. 17

RS 101

E. 18

RS 172.021

E. 19

Mahon, P., L'information par les autorités, RDS II, 1999, p. 283 ss; Barrelet, D., Droit de la communication, 1998, n° 97, p. 29; Schweizer, R., Entwicklungen im Recht auf Zugang zu Verwaltungsinformationen, Medialex, 1995, p. 81; Walter, J.-P., La protection de la personnalité lors du traitement de données à des fins statistiques: en particulier, la statistique officielle fédérale et la protection des données personnelles, 1988, p. 22.

E. 20

RS 0.101

E. 21

RS 235.1

1811 trative; au droit de consulter le registre foncier dans la mesure où un intérêt peut être rendu vraisemblable (art. 970, al. 2, CC22), etc. L'absence de droit subjectif général à l'information ne signifie cependant pas que l'Etat peut se contenter de demeurer passif. En vertu de la Constitution, le Conseil fédéral doit en effet renseigner le public sur son activité en temps utile et de manière détaillée dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 180, al. 2, Cst.23). L'art. 10 de la loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisa- tion du gouvernement et de l'administration (LOGA)²⁴, notamment,

concrétise cette obligation en exigeant du Conseil fédéral qu'il informe de manière active l'Assemblée fédérale, les cantons ainsi que le public (voir également les art. 34 et 40 LOGA). On trouve des dispositions semblables dans d'autres domaines, par exemple à l'art. 6 de la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE)²⁵. Ces normes ne confèrent cependant aux particuliers aucun droit individuel à l'information.

1.1.1.2 Au niveau cantonal Seuls les cantons de Berne, Soleure et Genève connaissent aujourd'hui un droit d'accès général garantissant à toute personne – sans que celle-ci ne doive faire valoir un intérêt légitime – un droit illimité à la consultation des documents officiels pour autant qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant n'y fasse obstacle. L'art. 17, al. 3, de la Constitution du Canton de Berne a ainsi fondé pour la première fois en Suisse le principe de transparence de l'administration sous réserve du secret. Cette disposition est concrétisée par la loi du 2 novembre 1993 sur l'information du public²⁶ et l'ordonnance du 26 octobre 1994 y relative. Dans le canton de Genève, la loi sur l'information du public et l'accès aux documents du 5 octobre 2001²⁷ est entrée en vigueur le 1er mars 2002. Dans le canton de Soleure, la loi du 21 février 2001 sur l'information et la protection des données a été acceptée en votation populaire le 2 décembre 2001. Le Parlement vaudois a adopté le 24 septembre 2002 une loi sur l'information²⁸, celui du canton du Jura une loi du 4 décembre 2002 sur l'information et l'accès aux documents officiels²⁹. Ces actes normatifs créent un droit d'accès général aux documents officiels. Dans le canton du Tessin, un avant-projet de loi sur l'accès aux documents officiels et sur l'information du public (avamprogetto di Legge sulla pubblicità dei documenti amministrativi e sull'informazione del pubblico) a été présenté le 18 juin 2001. La procédure de consultation a eu lieu à la fin de l'année 2001.

E. 22

RS 210

E. 23

RS 101

E. 24

RS 172.010

E. 25

RS 814. 01

E. 26

RSB 107.1

E. 27

RSA 2 08

E. 28

Feuille des Avis Officiels n° 80, p. 3 ss.

E. 29

Journal officiel n° 44 p. 737 ss.

1812 Dans le canton de Neuchâtel, le principe de la transparence de l'administration est inscrit dans la nouvelle constitution cantonale, en vigueur depuis le 1er janvier 2002. Quant

aux nouvelles constitutions des cantons de Schaffhouse et de Saint-Gall, elles ont elles aussi introduit le principe de la transparence³⁰. D'autres cantons ont certes élargi la notion de liberté de l'information pour en faire un droit à l'information, mais exigent toujours des personnes intéressées qu'elles justifient d'un intérêt digne de protection (Bâle-Campagne et Appenzell Rhodes- Extérieures)³¹ Les cantons de Zurich, d'Argovie et du Valais envisagent actuellement l'introduction du régime de la transparence dans leur législation.

1.1.1.3 Au niveau international 1.1.1.3.1 Introduction De nombreux pays connaissent le principe de transparence. L'exemple classique est celui de la Suède qui l'a introduit il y a plus de deux cents ans. mais il est aussi appliqué en Afrique du Sud, en Australie, en Belgique, au Canada, au Danemark, aux Etats-Unis d'Amérique, en Finlande, en France, en Grande-Bretagne, en Hongrie, en Irlande, en Italie, en Norvège et en Nouvelle-Zélande. En mars 2001, l'Union européenne a également adopté une réglementation équivalente pour ses organes; le Conseil de l'Europe a, au début de l'année 2002, émis une recommandation relative à l'accès aux documents officiels (cf. ch. 5.2 ci-après). Dans les Etats énumérés, le droit d'accès porte sur les documents de l'administration centrale comme sur ceux des entités décentralisées. Si l'étendue du secret varie d'un pays à l'autre, ces législations ont en commun la volonté de garantir un accès en principe rapide, gratuit et aisé. En outre, il importe de souligner que la consultation des documents n'est pas subordonnée à la justification d'un intérêt quelconque. Enfin on relèvera que plusieurs pays ont récemment modifié leur loi sur la transparence – ou sont en passe de le faire. Ces modifications, qui répondent souvent à la nécessité d'adapter le droit d'accès à la multiplication des documents électroniques, vont toutes dans le sens d'une plus grande transparence. Dans aucun cas, le principe de la transparence n'a été remis en question en tant que tel, ce qui tend à démontrer que ce principe est entré dans les mœurs. La recommandation du Conseil de l'Europe mentionnée plus haut en est la confirmation. Le fait que, dans les premières années suivant l'introduction du principe de transparence les demandeurs ont souvent dû faire face, dans la majorité des pays, à la réticence de fonctionnaires encore attachés à une certaine culture du secret ne change rien à cette réalité.

E. 30

Art. 47, al. 3, de la Constitution du Canton de Schaffhouse du 17 juin 2002; art. 60 de la Constitution du Canton de Saint-Gall du 10 juin 2001.

E. 31

Selon la constitution du canton de Bâle-Campagne, le requérant ne doit pas justifier d'un intérêt particulier digne d'être protégé si les documents auxquels il souhaite avoir accès relèvent de la compétence du parlement (pour ce qui est de la situation dans les cantons, cf. les références citées dans Mahon, P., *L'information par les autorités*, RDS II, 1999, p. 321 ss).

1813 Dans la section suivante, on se limitera à présenter brièvement l'exemple de cinq Etats: la Suède, les Etats-Unis d'Amérique, la France, la Belgique et le Canada. Le cas de l'Union européenne sera évoqué plus bas (voir ch. 5.2.2). 1.1.1.3.2 Suède En Suède, chacun peut demander à consulter des documents administratifs. Il n'est nécessaire ni de faire connaître son identité ni de justifier sa requête de quelque manière que ce soit. Dans la mesure où le document est disponible, les services de l'administration doivent immédiatement donner suite à la requête du demandeur. Pour faciliter l'accessibilité, l'autorité doit enregistrer tous les documents qui sont en sa possession. La loi sur la liberté

de la presse, qui règle le principe de transparence, prévoit des exceptions lorsque la publication pourrait menacer l'un des intérêts suivants: – la sécurité de l'Etat et les relations avec un autre Etat ou avec une organisation internationale, – la politique financière et monétaire du pays, – les mesures officielles en matière de contrôle et de surveillance, – les intérêts économiques du royaume, – la protection de la sphère intime de la personne et des intérêts économiques privés, – la nécessité de protéger les espèces animales et végétales. Ces clauses dérogatoires ne sont pas directement applicables. Le législateur doit les concrétiser dans une loi spéciale. Il existe donc une loi très détaillée et maintes fois modifiée sur le secret. La décision rejetant la requête ou limitant la consultation peut être attaquée par la voie ordinaire; il est aussi possible de soumettre l'affaire à l'ombudsman. En règle générale, la voie de droit ordinaire permet de saisir le tribunal administratif régional, dont la décision peut être déférée au tribunal administratif suprême. Le plus souvent, toutefois, les citoyens font appel à l'ombudsman, qui tente de résoudre le conflit par des recommandations.

1.1.1.3.3 Etats-Unis d'Amérique

Le principe de transparence a été introduit aux Etats-Unis en 1966 par le Freedom of Information Act (FOIA). Selon cette loi, les autorités fédérales doivent permettre la consultation des documents et des enregistrements à caractère documentaire comme les enregistrements d'images, de sons et de données. Les instructions générales et les décisions de principe doivent être rendues accessibles dans un local ouvert au public. En outre, ces documents doivent figurer dans un registre pouvant être consulté librement. Chacun peut demander à y avoir accès.

1814 Des exceptions à la transparence sont prévues dans l'intérêt de la sûreté nationale et de la politique extérieure, ainsi qu'en ce qui concerne les dossiers destinés à l'usage interne et les informations obtenues sous le sceau du secret. La consultation n'est pas non plus possible dans les cas où la législation exige expressément le secret ou lorsqu'elle fixe des critères excluant la communication. Des émoluments peuvent être perçus pour la consultation, les recherches et la production de copies; le barème est fonction du but de l'utilisation. La décision sur les demandes de consultation doit être prise dans les vingt jours. En réalité – selon la jurisprudence – l'autorité qui dépasse ce délai peut invoquer l'insuffisance des moyens dont elle dispose pour traiter à temps les demandes de consultation. La loi américaine a été complétée en 1996 pour faciliter l'accès par les autoroutes de l'information (en particulier Internet). Il est ainsi imposé aux agences administratives de mettre à disposition des internautes une copie de tout document numérique, le cas échéant sous une forme anonyme. Les Etats fédérés ont eux aussi presque tous introduit le principe de transparence.

1.1.1.3.4 France

En France, le principe de transparence a été introduit par la loi du 17 juillet 1978. Toute personne a ainsi le droit de consulter les documents officiels. Les enregistrements sonores et visuels ou les enregistrements sur d'autres supports de données sont eux aussi accessibles. Des exceptions sont prévues: – pour protéger le secret des délibérations et des décisions gouvernementales, – pour garantir le secret de la défense nationale et de la politique extérieure, – pour protéger la monnaie et le crédit public, – dans l'intérêt de la sûreté de l'Etat et de la sécurité publique, – pour éviter de porter préjudice à des procédures judiciaires en cours ou à des procédures préliminaires, – pour protéger la poursuite des infractions fiscales, – pour préserver le secret de la vie privée, et le secret en matière commerciale et industrielle ainsi que – pour protéger les secrets protégés par la loi. L'autorité doit notifier et motiver par écrit le rejet de la requête ou la limitation de la consultation. Si l'autorité requise ne réagit pas dans le délai d'un mois, la demande de consultation est présumée rejetée. En cas de rejet, le requérant peut s'adresser à la Commission d'accès aux documents administratifs

(CADA). Cette commission prend position sur le rejet de la requête ou la limitation de la consultation. Si l'autorité requise maintient sa décision après que la CADA a remis son avis ou si elle ne réagit pas à cet avis dans le délai d'un mois, le requérant peut déférer l'affaire au juge administratif. Celui-ci doit statuer dans les six mois. La CADA traite chaque année plus de 4000 cas (le système français comprend aussi les administrations régionales et locales). Environ quatre cinquièmes des cas litigieux sont réglés dans

1815 le sens des recommandations de la CADA, lesquelles sont le plus souvent favorables à la communication. 1.1.1.3.5 Belgique En Belgique, le principe de transparence est inscrit dans une loi du 11 avril 1994, qui accorde aux citoyens le droit de consulter les documents administratifs. Pour les documents qui ont un caractère personnel, le requérant doit justifier d'un intérêt. La consultation des documents doit être refusée lorsque l'intérêt à la transparence est jugé moins important que la protection de l'un des intérêts suivants: – la sécurité de la population, – les droits fondamentaux des administrés, – les relations internationales de la Belgique, – l'ordre public, la sûreté ou la défense nationale, – la poursuite d'actes pénalement répréhensibles, – les intérêts économiques ou financiers du pays, – les secrets d'affaires ou de fabrication. En outre, la demande de consultation doit être rejetée lorsque la publication d'un document porterait atteinte à la sphère privée d'une personne (sauf si celle-ci a donné son consentement par écrit), à une obligation de secret prévue par la loi ou au secret des délibérations du gouvernement. La demande peut aussi être rejetée si la divulgation d'un document est source de méprise parce que le document est inachevé ou incomplet, si la demande concerne une information communiquée librement et à titre confidentiel à l'autorité ou si la demande est formulée de manière manifestement abusive ou trop vague. En règle générale, l'autorité statue dans un délai de 30 jours. Ce délai peut être prolongé de 15 jours au plus. Un recours peut être formé contre le rejet d'une demande. 1.1.1.3.6 Canada Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur l'accès à l'information le 1er juillet 1983, on peut demander à consulter des documents de toutes sortes. En règle générale, le requérant devra se servir d'un formulaire officiel et payer un émolument pour le traitement de la requête. La décision doit être prise dans les 30 jours. Ce délai peut être prolongé jusqu'à 80 jours, à condition que le requérant en soit informé. Si la demande est rejetée, la décision doit être motivée. Le refus de la demande ou la limitation de la consultation peuvent être déferés à un médiateur dans le délai d'une année. Celui-ci émet une recommandation. Si la première autorité maintient le refus de la demande ou la limitation de la consultation, sa décision peut être attaquée devant un tribunal fédéral dans un délai de 45 jours à compter de la réception du rapport du médiateur.

1816 La loi prévoit des exceptions à l'accessibilité en ce qui concerne: – les informations dont la diffusion pourrait nuire aux relations entre l'Etat fédéral et les provinces, – les objets de la politique extérieure et de la défense, – les informations dont la diffusion pourrait nuire à l'exécution de lois ou au déroulement de procédures d'enquête, – les informations dont la diffusion pourrait menacer la sécurité de personnes, – les informations qu'il est nécessaire de tenir secrètes pour protéger les intérêts économiques du Canada (en particulier secrets d'affaires, professionnels et de fabrication), – certaines informations sur les affaires gouvernementales qui sont soumises à un délai de protection de 20 ans, – les informations reçues de personnes privées sous le sceau du secret, – les informations qui tombent dans la sphère privée. Le principe de transparence a aussi été introduit dans la plupart des provinces canadiennes (p. ex. Québec, Ontario); il est combiné le plus souvent avec la législation sur la protection des données. 1.1.2 Création d'une loi sur la transparence: arguments pour et

contre 1.1.2.1 Arguments pour l'introduction du principe de transparence Le principe de transparence est une forme évoluée de la politique d'information menée jusqu'à présent au sein de l'administration fédérale. Il s'agit donc plutôt d'une évolution que d'une révolution, puisque le gouvernement exerce déjà aujourd'hui une politique d'ouverture (stratégie d'information active, procédures de consultation, etc.). La Constitution du 18 avril 1999³² confirme cette pratique en demandant au Conseil fédéral de renseigner le public sur son activité en temps utile et de manière détaillée dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 180, al. 2, Cst.). Pour ce qui est des informations demandées par le public, en revanche, la situation actuelle, régie par le principe du secret sous réserve de publicité, est source d'une insatisfaction croissante. Les divers travaux préparatoires effectués depuis les années quatre-vingt (cf. ch. 1.2.1 ci-après) et les critiques répétées de la doctrine (voir ch. 1.1.1.1 ci-dessus) montrent que le changement envisagé n'est pas l'expression d'un phénomène de mode superficiel et éphémère.

E. 32

RS 101

1817 L'introduction du principe de la transparence aurait plusieurs conséquences favorables: – Le droit à l'information, qui est un droit fondamental inscrit à l'art. 16, al. 3, Cst., s'en trouvera élargi et concrétisé (cf. ch. 5.1 ci-après). – La société a évolué. En raison de son accélération et de sa diversification, l'information a pris une importance nouvelle. Jusqu'à maintenant, les efforts entrepris par la Confédération pour s'adapter à cette évolution ont essentiellement porté sur une intensification et une amélioration des stratégies d'information conduites d'office par l'administration. Laisser toutefois aux seules autorités le soin de décider du moment, de l'objet et du contenu de l'information paraît aujourd'hui insuffisant pour gagner la confiance de la population. Il est indispensable de ménager au citoyen la possibilité de rechercher et de vérifier par lui-même les informations disponibles en l'autorisant à contrôler la véracité des communiqués officiels. Le principe de transparence devra ainsi contribuer à améliorer les rapports entre l'Etat et ses administrés. Il devra aussi faciliter la mise en œuvre des politiques publiques dans la mesure où la confiance qui en résulte est de nature à favoriser l'acceptation des mesures étatiques. – Le principe de transparence doit être considéré comme un instrument permettant de renforcer les droits démocratiques. Dans le contexte de la démocratie semi-directe, il contribue en effet à la libre formation de la volonté politique. Au vu de l'importance du rôle de l'administration dans le processus législatif, il permet au citoyen de renforcer sa propre position envers le gouvernement. En outre, le parlement profitera également d'une plus grande transparence et d'une culture d'ouverture toujours plus souhaitée. – Le principe de transparence peut être considéré comme un instrument supplémentaire direct permettant de renforcer le contrôle direct de l'administration par les citoyens. – La politique de l'administration fédérale deviendra également plus transparente pour les cantons et les communes. – Le public, mais aussi et surtout l'économie, auront ainsi accès à des sources d'information précieuses de l'administration (expertises, études etc.). Ils pourront ainsi tirer parti d'une foule d'informations fiables: s'ils ont connaissance des arguments et des décisions des autorités, par exemple dans le contexte d'un projet de réglementation, les administrés pourront se faire une idée plus précise de la situation et de l'évolution qui se dessine. – L'économie pourra – à certaines conditions – utiliser les informations obtenues à des fins commerciales. On peut songer par exemple à un secteur en plein essor, qui mettrait à disposition les contenus des nouveaux moyens de communication (Internet,

communication mobile etc.) (cf. ch. 3.2 ci-après). – L'introduction du principe de transparence aura aussi des avantages pour l'administration elle-même, dans la mesure où la coordination entre les différents départements et offices s'en trouvera facilitée. A la faveur de la mise en œuvre de la loi sur la transparence, la gestion des dossiers devra être régie de manière plus claire, ce qui devra renforcer l'efficacité de l'administration et de ses mesures.

1818 – L'administration apprendra à mieux gérer les sources d'information, à rééditer d'emblée les documents de sorte qu'ils soient ensuite facilement accessibles. La conduite de stratégies d'information active sera en outre privilégiée dans tous les cas où l'administration prévoit un intérêt particulier du public. – Le principe du secret est forcément générateur d'indiscrétions. Une politique d'information plus libérale fera apparaître ce type d'incidents sous un jour plus objectif et contribuera ainsi à relativiser leur portée. – En se limitant à maintenir secrètes les informations dont la divulgation portera atteinte à des intérêts publics ou privés, on augmente les chances de préserver la confidentialité dans les affaires qui l'exigent réellement. Le principe de la transparence fera en effet apparaître plus clairement l'importance du secret lorsqu'il est jugé nécessaire (cf. ch. 1.1.3.3 ci-après). Indépendamment du sort qui sera réservé au projet, le principe de la transparence sera applicable dans le domaine de la protection de l'environnement dès que les Chambres fédérales auront dit oui à l'adhésion de la Suisse à la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public dans la prise de décisions et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus) adoptée dans le cadre de la CEE-ONU. Le Conseil fédéral a signé cette convention le 25 juin 1998 (cf. ch. 5.2.1 ci-dessous). Le 15 décembre 1998, les Chambres fédérales ont adopté une motion Semadeni³³ chargeant le Conseil fédéral de créer les conditions légales nécessaires afin que la Suisse puisse ratifier la Convention. Cela nécessite une adaptation de la LPE³⁴ qui est en cours d'élaboration. L'aménagement du principe de transparence sous réserve du secret s'inspirera dans une très large mesure du projet. S'il est nécessaire de créer des dispositions divergentes, il s'agira de dispositions spéciales au sens de l'art. 4, qui ont priorité sur les principes généraux de la loi sur la transparence.

1.1.2.2 Arguments contre l'introduction du principe de transparence

Substituer au principe du secret celui de la transparence implique un changement fondamental de la culture administrative. Il importe donc de ne pas sous-estimer les difficultés liées à cette mutation. On évoquera tout d'abord le principe de collégialité qui régit l'activité du Conseil fédéral: les décisions du Conseil fédéral sont des décisions collégiales qui doivent être défendues par tous les membres du Gouvernement. Les conseillers fédéraux qui ont été contraints de se rallier à la majorité ne font donc pas part publiquement de leur divergence d'opinion. L'administration craint que les pressions médiatiques pouvant être suscitées par le principe de transparence n'entraînent une complication du processus décisionnel et une restriction de sa liberté de décider³⁵. Les citoyens, de même que les entreprises, redoutent à leur tour que ce principe ne porte atteinte à

E. 33

98.3087

E. 34

RS 814.01

E. 35

Cf. Markus Spinatsch, *Vollzug des Oeffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung*, Bericht zuhanden des Bundesamtes für Justiz, Berne, 25 mai 2001, p. 3 ss (étude prospective).

1819 leur vie privée pour les uns et à leurs secrets commerciaux pour les autres. Certains craignent également que le principe de transparence ne mette en péril des intérêts publics tels que la sûreté intérieure ou extérieure de la Confédération, les relations internationales et confédérales ou la politique monétaire. Tenant compte de ces critiques, le projet prévoit des exceptions spécifiques garantissant le maintien du secret dans certains domaines (cf. commentaire des art. 2, 3, 4, 7, 8 et 9). D'un point de vue financier, l'administration craint que le traitement des demandes n'entraîne une surcharge de travail et des coûts supplémentaires. Ces craintes avaient déjà été exprimées dans le cadre de la procédure de consultation. Les expériences faites aux niveaux international (Suède et Québec notamment) et national (canton de Berne) montrent cependant que le principe de transparence ne pose pas de problèmes pratiques particuliers et que les coûts y relatifs demeurent dans des proportions raisonnables (cf. ch. 3.1.1 ci-après).

1.1.3 Grandes lignes du projet de loi sur la transparence

1.1.3.1 Objectifs

Le projet vise à rendre le processus décisionnel de l'administration plus transparent dans le but de renforcer le caractère démocratique des institutions publiques de même que la confiance des citoyens dans les autorités. Il améliore le contrôle de l'administration et contribue à ajuster la culture administrative à la société d'information moderne. Dans l'ensemble, le projet aurait donc un impact favorable sur le travail de l'administration, qui ne pourrait que gagner en efficacité. Enfin, la loi sur la transparence devrait contribuer à une harmonisation des pratiques administratives relatives au secret et à l'information.

1.1.3.2 Aspects essentiels du projet

Le projet renverse le principe du secret des activités administratives au profit de celui de la transparence. Les conséquences de ce changement sont les suivantes: – Le principe de transparence confère à toute personne un droit d'accès généralisé aux documents officiels détenus par l'administration. La personne intéressée ne doit pas justifier d'un intérêt particulier. Le principe de transparence implique que l'accès accordé à une personne doit, en règle générale, être accordé à tout le monde. – Le projet est générateur d'un droit subjectif à la consultation des documents officiels que toute personne peut faire valoir en justice. – Le principe de transparence s'applique non seulement à l'administration fédérale mais également aux autres organismes qui ont le pouvoir de prendre des décisions. La liste des exceptions prévues par la loi peut, à certaines conditions, être complétée par le Conseil fédéral.

1820 – L'exercice du droit à la consultation d'un document présuppose une demande préalable dans un cas concret. Il consacre le principe de l'information sur demande. Il n'a pas pour finalité de régir les stratégies d'information active des autorités, autre aspect de la transparence étatique. De telles politiques continuent à être réglementées dans la législation spéciale. La Conférence des services d'information (CSI) est chargée de rédiger des Lignes directrices sur l'information visant à exposer la politique d'information du Conseil fédéral dans son ensemble. – Le principe de transparence n'est pas absolu. Il est tempéré par une série d'exceptions prenant en considération les intérêts publics et privés prépondérants susceptibles de l'emporter sur l'intérêt public à la transparence de l'activité étatique. – Certaines catégories de documents ne tombent pas sous le coup du principe de transparence: les documents relatifs à la procédure de co-rapport au sens de l'art. 15 LOGA36 et les documents concernant les positions défendues dans le cadre de négociations en cours ou

futures. Les documents officiels relatifs à une procédure de consultation des offices qui doit aboutir à une décision du Conseil fédéral ne sont accessibles qu'une fois que celle-ci a été prise. Le Conseil fédéral peut déroger à cette règle. – N'entrent pas non plus dans le champ d'application de la loi sur la transparence les informations dont les autorités font un usage commercial et qui servent donc, par exemple, à la fabrication de produits vendus sur le marché (p. ex. cartes géographiques ou services météorologiques). – L'accès aux documents relatifs aux procédures civiles ou pénales, aux procédures d'entraide judiciaire ou administrative internationale, de règlement international des différends ainsi qu'aux procédures juridictionnelles de droit public, aux procédures juridictionnelles administratives et aux procédures d'arbitrage continue d'être régi dans des lois spéciales. – Les dispositions spéciales d'autres lois fédérales, qui déclarent secrètes certaines informations ou qui prévoient des dispositions dérogatoires en matière d'accès, priment celles de la loi sur la transparence. – L'administration doit signaler l'existence des documents officiels et fournir des informations expliquant de quelle manière et où les citoyens peuvent se procurer les documents en question. – La procédure d'accès aux documents officiels est simple et rapide. En cas de litige, une procédure de médiation est prévue avant que l'administration ne rende une décision susceptible d'être portée d'abord devant une commission de recours, puis devant le Tribunal fédéral. Cette commission sera conçue sur la base de l'actuelle Commission fédérale de la protection des données. – En règle générale, la procédure n'est pas gratuite. Un émolument est en principe perçu. Font exception les cas dans lesquels l'octroi de l'accès n'occasionne qu'un travail minime.

E. 36

RS 172.010

1821 Le projet n'aborde pas les points suivants: – les informations fournies d'office par les autorités; – la publicité des séances des autorités; – l'application du principe de transparence au Conseil fédéral en tant qu'autorité collégiale; – la publicité de la justice militaire; – la publicité des commissions de recours et d'arbitrage; – l'application du principe de transparence aux administrations cantonales; – la communication d'informations entre autorités (entraide administrative); – les droits d'accès limités à des catégories de personnes, tels que les procédures d'accréditation des journalistes par exemple; – l'information des autorités liée à l'organisation des votations populaires. 1.1.3.3 Rapport avec d'autres actes législatifs de la Confédération Si l'art. 22 de la loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers)³⁷ réglant la question du secret professionnel, du secret d'affaire et du secret de fonction ne doit pas être modifié dans le cadre du projet, l'introduction du principe de transparence a tout de même pour conséquence de redéfinir la portée du secret de fonction: il ne s'applique plus qu'aux informations protégées par les dispositions dérogatoires contenues dans le projet ou par des dispositions sur le secret prévues par des lois spéciales (voir également sous ch. 2.1.4). Il n'est pas non plus nécessaire de modifier l'art. 320 CP³⁸ et l'art. 77 du code pénal militaire³⁹. Sera ainsi considérée comme ayant trahi un secret toute personne qui aura divulgué des documents officiels inaccessibles en vertu de la loi sur la transparence ou délivré des renseignements sur leur contenu. La loi fédérale sur l'archivage du 28 juin 1998 (LAr)⁴⁰ contient déjà une disposition de coordination à son art. 9, al. 2, selon lequel «les documents consultables par le public avant d'être versés aux Archives fédérales le restent par la suite.» L'accès aux documents officiels déjà versés aux Archives fédérales relèvera, comme jusqu'à présent, de l'autorité versante, qui décide sur recommandation des Archives

fédérales (cf. art. 10, al. 1, du projet, combiné avec l'art. 13, al. 1, LAr). Pour cela, l'autorité versante devra d'abord déterminer si les documents en question étaient déjà accessibles au sens de la loi sur la transparence au moment où ils ont été confiés aux archives. Les dispositions dérogatoires au sens de l'art. 7 du projet devront être interprétées compte tenu notamment du temps écoulé depuis l'établissement ou la réception des documents. En règle générale, les motifs de maintien du secret perdent en effet de leur pertinence au fur et à mesure que le temps passe. L'art. 13

E. 37

RS 172.220.1

E. 38

RS 311.0

E. 39

RS 321.0

E. 40

FF 1998 3070

1822 LAr régissant la consultation des archives pendant le délai de protection ne doit, dans ce cas, s'appliquer que de manière subsidiaire, c'est-à-dire seulement après que l'autorité versante a examiné si le document officiel demandé est bel et bien inaccessible au sens du projet. Une modification de la LAr ne paraît pas s'imposer. La répartition exacte des compétences et la coordination entre les Archives fédérales et l'administration ayant versé les documents pourra être réglée par le Conseil fédéral dans le cadre de sa compétence d'exécution (voir commentaire à l'art. 10). Il est à noter enfin que si le terme «document» est utilisé tant dans le projet que dans la LAr, son acception n'est pas tout à fait la même dans les deux textes (cf. commentaire ad art. 5, al. 3, let. b, in fine). Pour ce qui est des obligations incombant à l'administration en vertu de la LAr, il va de soi que la définition déterminante restera celle de l'art. 3, al. 1, LAr (cf. aussi ch. 2.1.5.2.2 ci-après). Il en va de même des compétences des autorités qui résultent de la législation sur l'archivage (par exemple la compétence de soumettre des propositions concernant la valeur archivistique de documents du point de vue juridique et administratif, voir également art. 5, al. 2, de l'ordonnance sur l'archivage⁴¹), ces compétences ne sont pas touchées par le projet. La coordination avec la LPD⁴² est assurée par les art. 9, 11, 13, al. 1, let. c, 15, al. 1, et 22 du projet (voir commentaire de ces dispositions). Les droits en matière de propriété intellectuelle demeurent réservés. Cette réserve revêt une importance particulière lorsqu'en vertu de l'art. 6 du projet une personne demande une copie d'un document officiel protégé par le droit d'auteur. La notion de documents officiels au sens du projet comprend aussi bien les documents protégés par le droit d'auteur que ceux qui ne le sont pas. Il s'agit par exemple de textes de loi, d'ordonnances ou d'accords internationaux ainsi que tout autre acte officiel, tel que des décisions, des protocoles et des rapports d'autorités et d'administrations publiques (voir art. 5 de la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins, LDA⁴³). Ni l'établissement ni l'envoi de tels documents ne nécessitent l'accord de la personne qui les a conçus. Tous les autres documents ne sont toutefois pas privés de la protection du droit d'auteur. Parmi ceux-ci, il faut distinguer les documents établis par des autorités soumises à la loi sur la transparence de ceux produits par des tiers qui ne sont pas soumis à cette loi. Lorsqu'il s'agit d'un document rédigé par

l'autorité elle-même, une copie peut être sans autre remise à un tiers. En vertu de son statut juridique ou de la théorie de la finalité («Zweckübertragungstheorie») l'autorité dispose du droit de remettre des documents officiels établis par son propre personnel ou à sa demande dans le cadre de l'art. 5, al. 2, du projet. Seule la législation sur le droit d'auteur détermine ensuite comment les destinataires de ces copies ont le droit de les utiliser. Celle-ci apporte également une réponse à la question de savoir dans quelle mesure des documents envoyés par des tiers à une autorité, peuvent être copiés en vertu du principe de la transparence. Si le document est transmis par l'auteur lui-même ou par son successeur, on peut en déduire au vu du principe de la transparence que le titulaire a fait usage de son droit de divulguer son œuvre pour la première fois au sens de l'art. 9, al. 2 et 3, LDA, et qu'il a consenti à sa divulgation, de sorte que l'œuvre en question est considérée à partir de ce moment comme divulguée. A partir de cet instant, l'autorité peut copier le document en question pour des tiers, en vertu de l'art. 19, al. 2, LDA. L'utilisation ultérieure

E. 41

RS 152.11

E. 42

RS 235.1

E. 43

RS 231.1

1823 des copies par l'autorité ou par des tiers continue à être régie par les dispositions générales du droit d'auteur. Enfin, diverses dispositions spéciales sont susceptibles de s'opposer à l'accès à un document officiel (cf. art. 7), au même titre que l'existence d'un intérêt public ou privé prépondérant au secret (voir commentaire des art. 3, 4 et 9).

1.2 Résultats de la phase préliminaire

1.2.1 Travaux préparatoires sur le plan fédéral

La question de l'introduction du principe de la transparence a été soulevée à maintes reprises depuis les années 80. La Commission d'experts pour une conception globale des médias a ainsi proposé en 1982 un projet de loi fédérale sur l'introduction du principe de transparence des activités de l'administration dans son rapport final. En juillet 1986, à la suite des motions Jelmini du 18 juin 1980⁴⁴ et Binder du 8 octobre 1980⁴⁵, un groupe de travail interdépartemental a, à son tour, proposé dans son rapport final un projet d'ordonnance sur l'octroi de renseignements et le droit d'accès aux documents. Chargée d'examiner les conclusions de ce rapport, la Chancellerie fédérale a proposé, dans un rapport intermédiaire du 22 mai 1989, d'édicter des directives réglementant l'octroi de renseignements et l'accès aux documents. En avril 1991, un nouveau groupe de travail interdépartemental a préconisé dans un rapport intermédiaire une certaine ouverture de l'administration, mais ne proposait pas pour autant de remplacer les diverses ordonnances et directives par des règles uniformes. En 1992, le Conseil fédéral s'est fixé dans son rapport sur le programme de législation 1991–1995 l'objectif d'être «proche des citoyens grâce à une transparence accrue»⁴⁶; il voulait à ce propos examiner la possibilité d'introduire le principe de transparence des activités de l'administration sous réserve du secret dans le cadre de la réforme gouvernementale⁴⁷. Il a chargé le Département fédéral de justice et police de poursuivre les travaux législatifs préliminaires en collaboration avec la Chancellerie fédérale et de soumettre en temps utile un projet au Conseil fédéral qui lui permette de prendre une décision de principe. Toujours en 1992, le groupe de travail «Structures de gestion de la Confédération» s'est prononcé en faveur d'une introduction prudente du

principe de transparence dans le texte de discussion qu'il a soumis au Conseil fédéral. Traitées en 1990 et 1993, les motions Rechsteiner du 3 octobre 1990⁴⁸ et Hess du 19 septembre 1991⁴⁹ exigeant l'introduction du principe de transparence, ont été transmises sous forme de postulat.

E. 44

80.467 classification des documents et opinion publique.

E. 45

80.544 Informateurs et journalistes. Statut juridique.

E. 46

Objectif 59 (FF 1992 III 134 s.).

E. 47

FF 1992 III 135

E. 48

90.775 Droit du citoyen à l'information.

E. 49

91.3303 Régime de la transparence et réserve du secret au sein de l'administration.

1824 En octobre 1994, l'Office fédéral de la justice a rédigé un avant-projet de loi sur la transparence de l'administration. En 1995, dans le projet de mise à jour de la Constitution fédérale, le Conseil fédéral a proposé une variante selon laquelle toutes les personnes qui le souhaitent devaient avoir accès aux documents officiels lorsqu'aucun intérêt public ou privé ne s'y oppose⁵⁰. Cette idée n'a toutefois été reprise ni dans le projet de Constitution de 1996 ni dans la Constitution du 18 avril 1999⁵¹. Le 15 décembre 1997, le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à accepter trois motions du Conseil national qui exigeaient l'introduction du principe de la transparence (la motion Hess du 11 mars 1997⁵², la motion Vollmer du 19 mars 1997⁵³ ainsi que la motion de la commission de gestion du Conseil national du 29 mai 1997⁵⁴). Le Conseil national a adopté les trois motions le 20 mars 1998⁵⁵. Le Conseil des Etats, pour sa part, a accepté les motions Hess et Vollmer le 1er octobre 1998; il a transmis la motion de la Commission de gestion du Conseil national sous forme de postulat, car le délai imparti pour soumettre au Parlement un projet relatif à l'introduction du régime de la transparence au sein de l'administration fédérale était trop bref (fin 1998). Le 2 juillet 1998, le Département fédéral de justice et police a nommé un groupe de travail chargé de mener les travaux préparatoires relatifs à l'introduction du principe de transparence⁵⁶.

1.2.2 Procédure de consultation

Le 19 avril 2000, le Conseil fédéral a décidé d'envoyer en consultation un avant-projet de loi fédérale sur la transparence de l'administration. Il a pris acte des résultats de cette procédure le 9 mars 2001. Dans l'ensemble, les réactions concernant l'avant-projet ont été positives. Si les critiques exprimées ont parfois porté sur des points importants, voire fondamentaux, elles étaient souvent divergentes et n'ont donc guère donné lieu à des modifications du projet. La majorité des organismes consultés a donné son approbation de principe. Deux cantons (LU et SG), deux partis politiques (PDC et Libéraux) et cinq organisations se sont prononcés contre l'avant-projet.

E. 50

Variante de l'art. 154, al. 2, projet de Constitution fédérale 1995. 51 RS 101 52 97.3083
Régime de la transparence et réserve du secret au sein de l'administration. 53 97.3110
Inscription du principe de la transparence dans une future loi sur l'information. 54 97.3384
Régime de la transparence au sein de l'administration (BO 1998 N 735). 55 BO 1998 N 734
56 La composition du groupe de travail est la suivante: Présidence: Mader Luzius, Professeur, Vice-directeur de l'Office fédéral de la justice. Représentants de l'administration fédérale. Experts externes: Nuspliger Kurt, Professeur, chancelier, Chancellerie du canton de Berne; Cottier Bertil, Professeur, directeur suppléant de l'Institut suisse de droit comparé; Barrelet Denis, professeur, président de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision, journaliste.

1825 L'opposition la plus forte à un possible assujettissement à la loi sur la transparence est venue des entreprises de droit privé ou régies par une loi spéciale appartenant en tout ou en partie à la Confédération. Les défenseurs des intérêts des médias, pour leur part, craignaient que la création de procédures d'accès formelles ne vienne compliquer l'accès des journalistes aux informations, aujourd'hui fournies de manière informelle. Ils exigeaient donc des droits d'accès privilégiés. Les représentants d'intérêts économiques en particulier, redoutaient que les critères de protection des intérêts privés prépondérants (sphère privée, secrets d'affaires, secrets professionnels et secrets de fabrication) qui doivent être pris en considération lors de la décision d'accorder ou non l'accès à des documents officiels, ne soient pas suffisants. Différents organismes consultés ont demandé une loi sur l'information régissant tous les aspects du problème, donc aussi celui de l'information fournie spontanément par le Conseil fédéral et l'administration. D'autres se sont inquiétés des coûts de l'introduction du principe de transparence, qu'ils jugeaient excessifs ou disproportionnés par rapport à l'utilité qu'il faut en attendre du point de vue du public. 1.2.3 Principales modifications par rapport à l'avant-projet A la suite de la procédure de consultation, le projet a été remanié sur les points suivants: – L'applicabilité de la LPD57 a été clarifiée et la protection juridique des personnes concernées par l'accès à des documents officiels a été améliorée. – La fonction de «préposé à la transparence» prévue dans le projet a été confiée au Préposé fédéral à la protection des données. – Le principe de transparence s'appliquera aux organismes extérieurs à l'administration fédérale uniquement s'ils se chargent d'une tâche publique de la Confédération et s'ils ont le pouvoir de prendre des décisions. – Le projet introduit une liste d'organismes ne tombant pas sous le coup de ses dispositions. Le Conseil fédéral a en outre le pouvoir de compléter cette liste. – Le projet introduit le principe selon lequel l'accès aux documents est onéreux. – La compétence d'accorder ou de refuser l'accès à des documents officiels relève de l'autorité qui les a produits ou qui les a reçus, en tant que destinataire principale, de la part de tiers non assujettis à la loi (et non de n'importe quelle autorité disposant du document). – Les informations que les autorités utilisent à des fins commerciales sont exclues du champ d'application du projet. – Le projet réserve expressément les réglementations spéciales contenues dans d'autres lois fédérales, qui prévoient que certaines informations doivent être soumises au secret ou ne peuvent être rendues accessibles que dans des conditions particulières.

57 RS 235.1

1826 – Le projet de loi introduit une disposition contraignant le Conseil fédéral à réglementer l'exécution compte tenu des besoins particuliers des médias. Il est à noter enfin que le rapport entre le droit à la confection d'une copie d'un document et le droit d'auteur a

été clarifié. 1.3 Mise en œuvre de la loi: prévisions Au début de l'année 2001, l'Office fédéral de la justice a chargé un expert extérieur à l'administration de réaliser une étude prospective sur la mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration fédérale⁵⁸. L'auteur de cette étude devait d'une part analyser les problèmes concrets pouvant apparaître lors de la mise en œuvre de la loi sur la transparence et d'autre part estimer le travail ainsi que les coûts supplémentaires qui en résulteront pour l'administration. Cette étude servira de base au programme de mise en œuvre qui sera élaboré en temps voulu. Durant la phase de mise en œuvre de la loi, les Offices et les Secrétariats généraux seront appelés à définir les procédures d'accès et à désigner les personnes responsables. Pour cela, les autorités devront cependant commencer par faire l'analyse des différentes catégories d'informations existant dans leur secteur d'activité et décider de l'accessibilité de ces informations au sens de la loi sur la transparence. Comme tous les services et tous les secteurs d'activité ne seront pas touchés dans la même mesure, des solutions individuelles s'imposent. Si l'on veut que la mise en œuvre des nouvelles dispositions, visant à permettre l'accès rapide aux documents officiels en évitant toute paperasserie, se fasse de la façon la plus simple possible, il faut, par principe, que la décision d'accorder ou de refuser l'accès puisse être prise à un niveau hiérarchique qui soit le plus bas possible. Il faudra tenir compte de cet impératif lors de la concrétisation de la procédure. La formation du personnel administratif sera lui aussi un élément déterminant du succès de la mise en œuvre. Pour le reste, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence devra, entre autres tâches, encourager la mise en œuvre et l'exécution du principe de transparence dans l'administration (cf. commentaire ad art. 18). Dès que l'infrastructure nécessaire aura été mise en place, il aura pour mission de suivre le processus de mise en œuvre et, si nécessaire, de prendre ou de proposer les mesures qui s'imposent. Les cantons n'ont pas à assumer des tâches de mise en œuvre de la loi sur la transparence.

58 Etude prospective, *ibid.*

1827 1.4 Classement des interventions parlementaires Vu le projet, les deux motions et les deux postulats qui préconisent l'introduction du principe de transparence sous réserve d'exceptions (motion Hess du 11 mars 1997⁵⁹; motion Vollmer du 19 mars 1997⁶⁰; motion Hess du 19 septembre 1991 transmise sous forme de postulat⁶¹; motion de la commission de gestion du Conseil national du 29 mai 1997 transmise sous forme de postulat⁶²) peuvent être classés. 2 Partie spéciale 2.1 But et champ d'application 2.1.1 But (art. 1) Le projet vise à garantir l'accès du public aux documents officiels et à promouvoir ainsi la transparence de l'administration. Il n'est pas nécessaire d'attester d'un intérêt particulier pour faire valoir le droit d'accès. L'objectif de transparence inscrit à l'art. 1 est l'expression de l'esprit d'ouverture dont doivent s'inspirer les autorités chargées d'appliquer le principe de transparence. L'introduction de ce nouveau principe vient s'inscrire dans le cadre plus vaste des mesures visant à créer un climat de confiance entre les citoyens et leurs autorités. Elle doit également contribuer à renforcer le caractère démocratique de l'administration en rendant le processus décisionnel plus transparent (voir ch. 1.1.2.1 ci-dessus). L'expression accès du «public» utilisée à l'art. 1 montre que le projet vise à promouvoir l'information collective, par opposition à l'information individuelle, qui limite le droit d'accès à certaines catégories de personnes ou d'autorités. Le terme «public» a été préféré à celui de citoyen ou d'administré, car le projet ne vise pas seulement les Suisses, mais également les étrangers, qu'ils soient domiciliés en Suisse ou non (cf. commentaire de l'art. 6). En choisissant le terme «accès» du public aux documents officiels, on a tenu, à l'art. 1 du projet à exprimer

que le droit garanti ne se limite pas à la consultation des documents. Il inclut également le droit d'obtenir des renseignements sur leur contenu comme le souligne l'art. 6, al. 1, (p.ex. date prévue de mise en consultation d'un projet mentionné dans un calendrier de travail). Les renseignements devant être délivrés doivent dans tous les cas reposer sur une base documentaire ou, pour le moins, être en rapport avec un document (voir commentaire de l'art. 5, al. 1, let. a).

59 97.3083 Régime de la transparence et réserve du secret au sein de l'administration. 60
97.3110 Inscription du principe de la transparence dans une future loi sur l'information. 61
91.3303 Régime de la transparence et réserve du secret au sein de l'administration. 62
97.3384 Régime de la transparence au sein de l'administration.

1828 L'art. 1 fait référence à la pratique actuelle en matière de relations publiques. L'administration dispose aujourd'hui d'une marge de manœuvre considérable: elle n'est pas tenue de fournir les renseignements demandés ou de rendre accessible un document particulier. Le projet est un pas de plus vers un Etat plus transparent. La notion de «document officiel» est définie à l'art. 5. 2.1.2 Champ d'application à raison des personnes (art. 2) 2.1.2.1 Administration fédérale, autres organismes et personnes (art. 2, al. 1) Le projet prévoit que le principe de transparence s'applique à l'administration fédérale (let. a) ainsi qu'aux organismes et aux personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale, dans la mesure où ils rendent des décisions de première instance au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative⁶³ (let. b). Le champ d'application à raison des personnes ne comprend ni l'Assemblée fédérale et ses organes (notamment les commissions parlementaires), ni le Tribunal fédéral, ni les autorités de justice militaire. Le Conseil fédéral en tant qu'autorité collégiale est lui aussi exclu du champ d'application, qui se limite à son administration. Les Services du Parlement, entièrement subordonnés à l'Assemblée fédérale depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution fédérale, seront assujettis au principe de transparence par le biais d'un renvoi à introduire dans la future loi sur le parlement⁶⁴. Il convient de relever que les services du parlement sont soumis à la loi sur la transparence s'ils ne travaillent pas directement pour l'Assemblée fédérale ou pour certains organes de celle-ci. L'administration du Tribunal fédéral sera également assujettie au principe de transparence par le biais d'un renvoi à introduire dans la future loi sur le Tribunal fédéral⁶⁵. En raison de la position particulière du Tribunal fédéral, il n'est pas envisageable de suivre la même procédure en cas de litige. Au lieu d'un recours auprès de la Commission fédérale de la protection des données et de la transparence (ou du futur Tribunal fédéral administratif), il faudrait laisser au Tribunal fédéral le droit de régler lui-même la répartition interne des compétences et la procédure de recours. Une commission interne de recours composée de trois membres du Tribunal fédéral tranchant définitivement pourrait ainsi être prévue dans le règlement du Tribunal fédéral. Seules les affaires concernant directement l'administration du Tribunal fédéral tombent sous le coup de la loi sur la transparence (par exemple les circulaires internes, les rapports sur l'évaluation de l'efficacité administrative ou les documents relatifs aux projets informatiques). Les arrêts du Tribunal fédéral ainsi que les dossiers de procédure qui sont à la base d'un jugement ne seront pas non plus visés; le renvoi au projet devra être prévu dans la future loi sur le Tribunal fédéral.

63 RS 172.021 64 Voir la loi sur le parlement du 13 décembre 2002; FF 2002 7577. 65 FF 2001 4281

1829 Les cantons eux non plus n'entrent pas dans le champ d'application de la loi sur la transparence, même lorsqu'une tâche publique de la Confédération leur a été confiée. Une précision dans la loi ne s'impose pas. La notion d'administration fédérale à la let. a est identique à celle qui figure à l'art. 178 de la nouvelle constitution⁶⁶ et à l'art. 2 LOGA⁶⁷. L'administration fédérale est formée des départements et de la Chancellerie fédérale, ainsi que des secrétariats généraux, des groupements et des offices des départements. L'administration fédérale comprend également les unités administratives décentralisées. Celles-ci ont en commun d'être dotées d'une organisation spécifique et d'un statut spécial tout en étant subordonnées sous une forme ou sous une autre à l'administration fédérale centrale. Les commissions à pouvoir décisionnel, à l'exception des commissions de recours au sens des art. 71a ss PA⁶⁸, font aussi partie de l'administration fédérale. Elles sont régies par l'ordonnance sur les commissions extra-parlementaires, les organes de direction et les représentants de la Confédération (ordonnance sur les commissions⁶⁹). En revanche, les commissions d'administration qui ont une fonction consultative auprès du Conseil fédéral ne tombent pas dans le champ d'application du projet (voir art. 5, al. 1 et 2, de l'ordonnance sur les commissions). Les documents transmis par les commissions à l'administration fédérale, sont par contre soumis au principe de transparence. Exemples d'unités administratives de l'administration fédérale décentralisée: Chancellerie fédérale: Préposé fédéral à la protection des données. Département fédéral de l'intérieur: Ecoles polytechniques fédérales, Conseil des écoles polytechniques fédérales, Institut Paul Scherrer, Institut fédéral de recherches sur la forêt, la neige et le paysage, Laboratoire fédéral d'essai des matériaux et de recherches, Institut fédéral pour l'aménagement, l'épuration et la protection des eaux, Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic). Département fédéral de justice et police: Ministère public de la Confédération, Institut suisse de droit comparé, Institut fédéral de la propriété intellectuelle. Département fédéral des finances: Régie fédérale des alcools, Contrôle fédéral des finances. Département fédéral de l'économie: Commission de la concurrence. Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication: Commission fédérale de la communication. Il est prévu dans le projet que le principe de transparence s'applique uniquement aux documents concernant l'accomplissement d'une tâche publique. Les documents ne répondant pas à ce critère ne sont pas considérés comme des documents officiels au sens de la loi (cf. art. 5, al. 1, let. c). Dans l'avant-projet de loi sur la transparence envoyé en consultation, il était en outre prévu d'autoriser le Conseil fédéral à soumettre à la loi des personnes ou organisations de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale, dans la mesure où une tâche publique de la Confédération leur a été confiée. Cette solution a souvent été critiquée par les organismes consultés: certains ont notamment considéré que cet assujettissement pénaliserait les personnes et organismes

66 RS 101 67 RS 172.010 68 RS 172.021. Voir également art. 6 al. 1, let. e, de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA) du 25 novembre 1998 (RS 172.010.1). 69 RS 172.31

1830 touchés et les rendrait moins concurrentiels, alors que d'autres ont estimé que la notion de «tâche publique de la Confédération» n'était pas suffisamment claire et pouvait être interprétée de façons diverses. Aux termes de la let. b, le principe de transparence est donc applicable aux organismes et aux personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale uniquement s'ils ont le pouvoir de rendre des

décisions de première instance au sens de l'art. 5 PA. Sont ainsi soumises à la loi les activités de ces personnes et organisations accomplissant des tâches publiques qu'elles exercent en tant qu'organismes investis de la puissance publique. Le droit d'accès porte donc uniquement sur les documents officiels qui sont en rapport direct avec une procédure aboutissant à une décision au sens de la loi sur la procédure administrative⁷⁰. Sont notamment assujetties au principe de la transparence selon l'art. 2, al. 1, let. b, du projet de loi sur la transparence les organisations et personnes extérieures à l'administration suivantes, dans la mesure où elles rendent des décisions: Fonds national suisse et autres institutions encourageant la recherche scientifique (art. 8 et 9 de la loi sur la recherche⁷¹); Pro Helvetia (loi fédérale concernant la fondation Pro Helvetia⁷²); Inspection des installations à courant fort (ordonnance sur l'inspection fédérale des installations à courant fort⁷³); Fonds de sécurité routière (règlement concernant l'utilisation des capitaux du Fonds de sécurité routière⁷⁴); Chemins de fer fédéraux (loi fédérale sur les Chemins de fer fédéraux⁷⁵); Inspection des installations de transport par conduites (art. 34 de l'ordonnance sur les installations de transport par conduites⁷⁶); la Poste suisse (loi sur la poste⁷⁷); Fonds de garantie au sens des art. 54 et 56 ss de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)⁷⁸; Institution supplétive au sens de l'art. 60 LPP; Institution commune au sens de l'art. 18 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie⁷⁹; Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (art. 61 de la loi fédérale sur l'assurance-accidents⁸⁰); Caisse supplétive au sens des art. 72 ss de la loi fédérale sur l'assurance-accidents⁸¹; Société suisse de radiodiffusion et télévision⁸². 2.1.2.2 Exceptions (art. 2, al. 2 et 3) L'al. 2 contient une énumération des organismes faisant partie de l'administration fédérale décentralisée ou ne faisant pas partie de l'administration fédérale du tout auxquels la loi ne s'applique pas:

70 RS 172.021 71 RS 420.1 72 RS 447.1 73 RS 734.24 74 RS 741.816 75 RS 742.31 76 RS 746.11 77 RS 783.0 78 RS 831.40 79 RS 832.10 80 RS 832.20 81 RS 101 82 Les décisions portant sur l'admission de tiers à une émission sont considérées comme des décisions administratives; cf. ATF 123 II 402.

1831 – Banque nationale suisse (BNS): bien qu'elle soit partiellement gérée par la Confédération et placée sous sa surveillance, la BNS bénéficie d'un statut spécial garantissant son indépendance par rapport au Conseil fédéral et à l'administration fédérale (art. 99 Cst.⁸³). Afin que cette indépendance soit aussi assurée au niveau de l'information, il est prévu que la BNS ne soit pas assujettie à la loi sur la transparence. – Commission fédérale des banques (CFB): en sa qualité d'autorité de surveillance des activités bancaires et boursières, la CFB opère dans un domaine extrêmement sensible du point de vue tant économique que politique. Il paraît dès lors justifié de faire de la CFB la seule autorité de surveillance faisant partie de l'administration fédérale décentralisée à bénéficier d'une dérogation au champ d'application de la loi sur la transparence. – Assureurs maladie et accidents: comme les assureurs maladie et accidents sont des entreprises de droit privé, ils doivent être exclus du champ d'application de la loi sur la transparence. A défaut, cela pourrait provoquer des distorsions de la concurrence. – Caisses de compensation AVS et offices AI: étant donné qu'il existe des caisses de compensation et des offices AI de la Confédération, ainsi que des caisses de compensation cantonales ou privées, un assujettissement à la loi (qui ne pourrait s'appliquer qu'aux caisses de compensation et offices AI de la Confédération ainsi qu'aux caisses de compensation privées, mais pas aux caisses cantonales) serait générateur d'inégalités de traitement. Afin de prévenir de telles

inégalités, il est donc prévu que la loi sur la transparence ne s'applique pas aux caisses de compensation. – Autorités d'exécution en matière de chômage: dans ce domaine également il existe à côté des autorités d'exécution fédérales, des organismes privés (caisses de chômage des syndicats patronaux et des travailleurs) et des autorités d'exécution cantonales; un assujettissement à la loi conduirait aussi à des inégalités de traitement. Le Conseil fédéral a la possibilité d'allonger cette liste d'exceptions par voie d'ordonnance, en se fondant sur les critères énumérés à l'al. 3. D'autres exceptions pourraient se révéler nécessaires notamment dans les domaines dans lesquels les tâches confiées à des unités décentralisées consistent presque exclusivement dans le traitement de données personnelles ou de données devant être classées dans la catégorie des secrets professionnels ou des secrets d'affaires. Pour qu'il y ait atteinte à la capacité de concurrence (al. 3, let. b), il faut que l'organisme touché se trouve en concurrence directe avec une entreprise privée dans le domaine d'activité dans lequel il est assujéti au principe de transparence. On considère finalement que des tâches déléguées sont d'importance mineure lorsqu'elles ne concernent qu'un petit nombre de personnes, qu'une atteinte aux droits ou aux intérêts d'un cercle de personnes plus important peut être exclu dans une très large mesure et que le secteur en question n'appelle pas des dépenses significatives de la part de la Confédération.

83 RS 832.20

1832 2.1.3 Champ d'application à raison de la matière (art. 3) Selon l'art. 3, let. a, le statut des documents afférents à une procédure civile, pénale (y compris le droit pénal administratif), d'entraide judiciaire et administrative internationale, de règlements internationaux des différends ainsi qu'aux procédures juridictionnelles de droit public, aux procédures juridictionnelles administratives (y compris les procédures administratives qui ne sont pas régies par la loi fédérale sur la procédure administrative [voir art. 3 PA84], tels que la procédure dans les affaires relevant du pouvoir de commandement militaire⁸⁵ ou de l'autorité indépendante d'examen des plaintes pour la radio et la télévision⁸⁶) et aux procédures d'arbitrage (c'est-à-dire aux procédures de décision des commissions d'arbitrage et des tribunaux arbitraux institués par des contrats de droit public) est régi par les lois spéciales (voir également sous ch. 2.2.2.1.1). Cette disposition s'applique tant aux procédures en cours qu'à celles qui sont closes. Les lois de procédure restent applicables et demeurent réservées. A contrario, les règles ordinaires du projet s'appliquent aux procédures de première instance conduisant à une décision (à l'exception des procédures d'arbitrage) de même qu'aux processus de médiation, de conclusion de contrats ou menant à l'adoption d'un acte matériel ainsi qu'aux procédures d'élaboration et d'adoption d'actes de planification. Les droits d'une partie à une procédure administrative de première instance de consulter le dossier ne sont pas touchés par le projet. L'art. 3, let. b, le précise. Les art. 26 et 27 PA sont principalement concernés. A défaut de réglementation spéciale, la jurisprudence non publiée détenue dans le cadre d'une tâche publique par une autorité, un organisme ou une personne au sens du projet est accessible aux conditions ordinaires de la loi sur la transparence, c'est-à-dire sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un intérêt quelconque et sous réserve de ne pas porter atteinte aux intérêts publics et privés.

2.1.4 Réserve de dispositions spéciales (art. 4) L'art. 4 régit les rapports entre la loi sur la transparence et les dispositions spéciales applicables en la matière (en plus des rapports avec les dispositions de procédure déjà réglés à l'art. 3, let. a et b). La présente disposition consacre le principe, généralement valable, de la priorité des dispositions spéciales sur les dispositions générales. Selon lui, une disposition spéciale peut ainsi empêcher l'accès à un

document officiel ou le soumettre à des règles divergentes, qui peuvent être plus strictes ou, au contraire, faciliter la consultation du document⁸⁷. Par «loi fédérale», on entend une loi au sens formel du terme (art. 163, al. 1, Cst.88). Pour citer quelques exemples, les

84 RS 172.021 85 Voir l'ordonnance du 22 juin 1998 sur les voies de recours dans les affaires relevant du pouvoir de commandement des autorités militaires (RS 510.108). 86 Cf. art. 58 ss de la loi fédérale du 21 juin 1991 sur la radio et la télévision. 87 Concernant la priorité des règles spéciales visant le prélèvement d'émoluments en cas d'accès à des documents officiels, voir ch. 2.3.9.1 et 2.3.9.3. 88 RS 101

1833 normes relatives au devoir de discrétion prévues dans la législation en matière d'assurances sociales, les dispositions particulières régissant les registres publics relatifs aux rapports juridiques de droit privé (notamment le registre du commerce, le registre foncier, le registre de l'état-civil et le registre dans le domaine de la propriété intellectuelle), les règles relatives au secret des signatures récoltées dans le cadre d'initiatives populaires⁸⁹, de référendums⁹⁰ ou de pétitions⁹¹, les dispositions particulières nécessaires à la mise en œuvre de la convention d'Aarhus⁹², les règles spéciales sur le secret bancaire, le secret de fabrication, le secret d'affaire, le secret professionnel, etc. demeurent réservées. La procédure d'accès prévue aux art. 10 ss du projet est également applicable à ces cas. Les demandeurs ont donc la faculté d'entamer une procédure de médiation ou de recours lorsqu'ils sont de l'avis qu'une disposition spéciale de garder le secret a été invoquée à tort. Il est à noter que l'art. 22 LPers⁹³, qui garantit le secret de fonction, ne peut pas être considéré comme une disposition spéciale au sens du présent article dans la mesure où il consacre le principe du secret qui est encore généralement applicable à l'heure actuelle et que l'on se propose précisément de remplacer par le projet. A l'avenir, la portée du secret de fonction sera donc définie de manière concrète: il ne s'appliquera plus qu'aux informations qui ne sont pas accessibles aux termes de la loi sur la transparence, par exemple parce qu'elles tombent sous le coup d'une disposition dérogatoire prévue à l'art. 7 ou 8 (cf. ch. 1.1.3.3).

2.1.5 Documents officiels (art. 5) L'art. 5 définit la notion de document officiel.

2.1.5.1 Documents officiels en général (art. 5, al. 1 et 2)

2.1.5.1.1 Introduction La loi sur la transparence ne s'applique qu'aux «documents officiels». Les autres documents échappent par principe au champ d'application du projet. L'art. 5, al. 1, définit la notion de «document officiel» de manière précise, en énumérant trois conditions cumulatives: l'information doit être enregistrée sur un support quel qu'il soit (art. 5, al. 1, let. a); elle doit être détenue par une autorité (art. 5, al. 1, let. b); elle doit concerner l'accomplissement d'une tâche publique (art. 5, al. 1, let. c). La première condition définit la notion de document en la distinguant du concept plus large d'information. Les deux suivantes précisent le terme «officiel» en se référant d'une part à une exigence personnelle (détention par l'autorité) et, d'autre part, à une condition matérielle (accomplissement d'une tâche publique).

89 Art. 71, al. 2, de la loi fédérale sur les droits politiques (RS 161.1). 90 Art. 64, al. 2, de la loi fédérale sur les droits politiques (RS 161.1). 91 Voir art. 3 al. 3 de loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (RS 120). 92 Voir ch. 521. 93 RS 172.220.1

1834 L'al. 2 apporte une précision supplémentaire en considérant que certains documents virtuels constituent également des documents officiels. Les documents qui ont été rédigés ou envoyés à une autorité avant l'entrée en vigueur de la loi sur la transparence sont par principe accessibles aux termes des dispositions du projet. Cela ne vaut toutefois pas pour

les informations qui ont été communiquées volontairement à une autorité par des tiers extérieurs à l'administration. Dans ce cas, l'exception prévue à l'art. 7, al. 1, let. h, s'applique par analogie (l'autorité peut garantir au tiers que les informations fournies seront gardées secrètes).

2.1.5.1.2 Notion de document (art. 5, al. 1, let. a)

Selon l'art. 5, al. 1, let. a, on entend par document officiel toute information «enregistrée sur quelque support que ce soit». Cette disposition définit la notion de «document» officiel indépendamment du support matériel: elle inclut à la fois les rapports, les prises de position, les expertises, les décisions, les projets de lois, les statistiques, les dessins, les plans, les enregistrements sonores ou visuels, les documents sur support informatique, par exemple des messages électroniques ou des pages diffusées sur Internet. Elle comprend aussi les documents établis pour repérer et signaler ces documents (voir art. 21, let. b). La forme du document importe donc peu. Les réseaux informatiques de communication interne (réseaux intranet) des autorités assujetties au projet ne sont dès lors pas remis en question. Le principe de transparence n'exige en effet pas que l'administration mette spontanément à disposition du public l'ensemble des documents accessibles. La personne qui désire avoir accès à un document consultable sur le réseau intranet devra suivre la procédure prévue par le projet: sa demande d'accès, formulée de manière suffisamment précise, doit désigner un ou plusieurs documents déterminés; elle ne saurait avoir pour objet la connexion à l'ensemble du réseau. Le document doit avoir un contenu informationnel: il doit fournir une «information» (art. 5, al. 1, phrase introductive). Le projet ne donne donc pas au public le droit d'accéder à des supports vierges tels que des blocs de papier ou des disquettes non formatées. Des modèles de document sur support papier ou informatique, à l'instar des feuilles de style pour l'édition et la conception de textes électronique, présentent en revanche un caractère informationnel. Le fait qu'ils soient en règle générale sans contenu matériel en rapport direct avec l'accomplissement d'une tâche publique devrait cependant les exclure de la notion de document officiel (voir commentaire de l'art. 5, al. 1, let. c). On déduit de l'exigence posée à l'art. 5, al. 1, let. a, selon laquelle l'information doit être «enregistrée sur quelque support que ce soit» pour que l'on soit en présence d'un document officiel, qu'un tel document doit exister. Cette remarque, a priori évidente, n'est pas superflue, car le principe de transparence ne saurait contraindre l'administration à établir un document qui n'existe pas. Elle ne peut par exemple pas être chargée par un particulier de rédiger spécialement une note de synthèse sur un sujet donné, de fournir à qui le requiert un avis de droit sur une question controversée ou de livrer une traduction d'un document rédigé en une seule langue.

1835 Une exception doit cependant être faite pour garantir le droit d'accès à certains documents officiels qui n'existent qu'à l'état virtuel (voir commentaire de l'art. 5, al. 2). Si un demandeur met en doute la véracité de la constatation d'inexistence établie par l'administration, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence ainsi que l'instance de recours ne pourront pas se limiter à prendre acte de la déclaration de l'administration. Ils devront 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 (voir art. 16, al. 3, et 20). Si l'autorité décline la demande d'accès à un document perdu en arguant de l'inexistence de celui-ci, elle ne saurait se limiter à refuser la demande. L'autorité devra faire tout ce qui est en son pouvoir pour aider le demandeur à retrouver une éventuelle copie. Interprété a contrario, l'al. 1, let. a, exclut toute information non documentée. Il ne permet donc pas de demander un renseignement général sur l'activité de l'administration qui ne trouverait aucun fondement dans un document quelconque. En

vertu du projet, le droit à connaître l'attitude d'une personne à la lecture d'un document ou le contenu d'une conversation non enregistrée n'existe donc pas. Le motif de ce choix est clair: pareilles informations sont de nature bien trop incertaine pour faire l'objet d'un droit que l'on puisse faire valoir en justice. L'autorité est cependant tenue de délivrer de manière formelle ou informelle tout renseignement utile et de fournir des explications sur le contenu des documents officiels (art. 6, al. 1). La notion de document officiel au sens du projet n'équivaut pas exactement à celle de document selon l'art. 3, al. 1, de la loi fédérale sur l'archivage (LAR)⁹⁴. Principale différence: contrairement au projet, la LAR s'applique aussi aux dossiers personnels (commentaire de l'art. 5, al. 3, let. c). Sont bien entendu aussi assujettis à l'obligation d'archivage ainsi qu'à l'enregistrement de l'activité administrative (art. 22 OLOGA⁹⁵; art. 2, al. 1, LAR) les pièces qui sont considérées comme des documents au sens de la LAR, mais qui ne tombent pas sous le coup de la définition de document contenue dans la loi sur la transparence.

2.1.5.1.3 Information «détenue par une autorité» (art. 5, al. 1, let. b)

Pour qu'une information tombe dans le champ d'application du projet, il importe, selon l'art. 5, al. 1, let. b, qu'elle soit «détenue par une autorité» et 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 effectivement en possession de l'autorité sollicitée. Cette règle signifie que l'autorité doit elle-même être en mesure d'accéder à l'information pour qu'elle puisse ensuite accorder l'accès au public. Si elle ne détient pas effectivement le document alors qu'elle en est l'auteur ou le destinataire principal, elle doit prendre toutes les mesures nécessaires pour y accéder. Si elle a déjà versé le document en question aux

94 RS 152.1 95 RS 172.010.1

1836 archives, elle devra décider de l'octroi de l'accès d'entente avec les Archives fédérales. Par «autorité», on entend l'administration fédérale de même que les organismes et personnes au sens de l'art. 2, al. 1, let. b. A la condition de la possession effective vient encore s'en ajouter une autre: soit l'autorité est l'auteur du document qu'elle détient, soit celui-ci lui a été communiqué. Le projet ne s'applique donc pas seulement aux documents conçus par l'administration, mais également à tous ceux qu'elle a reçus de tiers qui ne sont pas assujettis au principe de transparence. Cela ne signifie cependant pas forcément que toutes les informations en main de l'administration dont celle-ci n'est pas l'auteur seront accessibles au public. Tout d'abord, l'information doit concerner l'accomplissement d'une tâche publique (art. 5, al. 1, let. c), ce qui exclut les informations personnelles ou purement privées. Le fait que des documents officiels aient été fournis librement à l'autorité par un tiers qui a reçu d'elle l'assurance qu'ils demeureraient secrets est générateur d'un intérêt privé prépondérant à la non-divulgaration de ceux-ci (art. 7, al. 1, let. h). Comme l'accès aux documents officiels émanant de l'administration elle-même, l'accès à ceux qui lui ont été communiqués reste subordonné à l'exigence qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant s'y oppose (art. 7). Les documents émanant d'un canton ou d'un pays étranger ne connaissant pas le principe de transparence peuvent ainsi être gardés secrets si leur divulgation devait perturber les relations confédérales dans le premier cas ou internationales dans le second (art. 7, al. 1, let. d et e). Par principe, un document n'est pas dévoilé si cela peut porter atteinte à la sphère privée de son auteur, à moins qu'un intérêt public prépondérant à la publication ne soit reconnu (art. 7, al. 2). Lorsque la demande a été adressée par erreur à une autorité qui n'est ni l'auteur du document requis ni son destinataire principal, celle-ci doit la transmettre spontanément et sans délai à l'autorité

compétente. 2.1.5.1.4 Information «concernant l'accomplissement d'une tâche publique» (art. 5, al. 1, let. c) Il ne suffit pas que l'information soit enregistrée sur un support quelconque et qu'elle soit détenue par l'administration; encore faut-il qu'en troisième lieu elle concerne «l'accomplissement d'une tâche publique» (art. 5, al. 1, let. c). La notion de tâche publique a été reprise de l'art. 3, al. 1, LAr96. Il doit s'agir d'une tâche publique de la Confédération. Ce concept ne doit pas être confondu avec celui d'intérêt public: certaines tâches privées sont susceptibles de revêtir un caractère d'intérêt public sans pour autant constituer des tâches publiques. Dans le cas des organismes et personnes au sens de l'art. 2, al. 1, let. b, l'assujettissement se limite aux domaines dans lesquels ils agissent en tant qu'autorités investies de la puissance publique. On est donc en droit de supposer que les tâches qu'ils accomplissent en tant que telles sont bien des tâches publiques.

96 RS 152.1

1837 L'art. 5, al. 1, let. c, s'applique aux documents détenus soit par l'administration fédérale soit par les organismes ou encore par les personnes de droit public ou de droit privé qui sont assujettis au projet (art. 2, al. 1). Il résulte de cette disposition que les informations qui ne sont pas en relation avec l'exercice d'une tâche publique, sont exclues de la notion de document officiel; lorsque, par exemple, une unité administrative est autorisée à déployer des activités relevant de l'économie privée, notamment à fournir des services (p.ex. Institut de la propriété intellectuelle), cette partie de ses activités n'a rien d'une tâche publique. La notion d'information qui «se rattache à l'accomplissement d'une tâche publique» au sens de l'art. 5, al. 1, let. c, peut aussi comprendre des informations de nature privée. Le rattachement ne procède en effet pas seulement de la nature de l'information, mais aussi de son objet ou de son utilisation. Un document privé détenu par l'administration entre dans le champ d'application du projet s'il est utilisé pour exercer une tâche publique, par exemple s'il joue un rôle dans un processus de décision. Tel est par exemple le cas des pièces exigées par l'administration pour l'octroi d'une autorisation et fournies par le demandeur ou des documents transmis par un particulier à l'autorité dans le cadre d'un rapport de surveillance. Sont réservées les exceptions motivées par la protection de la vie privée ou des secrets commerciaux. La Confédération reste soumise au principe de transparence lorsqu'elle agit en droit privé, par exemple lorsqu'elle gère son patrimoine financier ou lorsqu'elle acquiert du matériel et de fournitures nécessaires à l'exercice de ses activités. Les documents officiels se rapportant aux contrats de droit privé de l'administration doivent par conséquent être communiqués selon les règles du projet. Sont réservées en particulier la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité (art. 7, al. 1, let. a), de même que la disposition protégeant les positions de négociation (art. 8, al. 3). Dans le même ordre d'idée, les registres publics relatifs aux rapports juridiques de droit privé (registre du commerce, registre foncier ou registre de l'état civil notamment) entrent eux aussi dans le champ d'application du projet, mais les dispositions particulières les régissant doivent être interprétées à titre de *lex specialis*. Il faudra ainsi toujours justifier d'un intérêt pour consulter le registre foncier (art. 970, al. 2, CC97). Cette règle n'est pas modifiée par la loi sur la transparence (voir également le commentaire de l'art. 4). Il convient également de mentionner les documents que les organismes et les personnes de droit public ou de droit privé assujettis à la loi sur la transparence en vertu de l'art. 2, al. 1, let. b, mettent à disposition de l'administration fédérale; ces informations se rattachent à une «tâche publique» dans la mesure où les organismes en question sont soumis à la loi sur la transparence; c'est-à-dire lorsqu'ils prennent des décisions. Il en va de même des

documents que l'administration fédérale rédige par rapport à ces organismes: ces documents concernent une tâche publique (et peuvent donc être l'objet d'un droit d'accès en vertu de la loi sur la transparence) dans la mesure où ils traitent de domaines d'activités dans lesquels les organismes en question sont eux-mêmes assujettis à la loi sur la transparence. En revanche, les documents destinés à l'usage personnel détenus par l'administration ne se rattachent pas, par principe, à l'accomplissement d'une tâche publique. Ils échappent dès lors à la définition du document officiel (voir ch. 2.1.5.2.3). Les notes

97 RS 210

1838 personnelles, manuscrites ou électroniques, inscrites sur un document officiel se rattachent cependant en règle générale logiquement à l'accomplissement d'une tâche publique pour autant qu'elles ne soient pas uniquement destinées à l'usage personnel. Pourtant, elles échapperont probablement souvent au principe de transparence, car elles indiquent normalement que le document sur lequel elles ont été consignées est encore inachevé. Dans certains cas toutefois, les notes manuscrites ne sont pas un indice du caractère inachevé d'un document: il peut arriver qu'au lieu de répondre à une question posée dans le document principal ou d'y apporter une annotation dans un document séparé, le destinataire libelle son opinion sur le document principal. Les informations de nature purement technique ne sont pas a priori soustraites à la loi sur la transparence. Dans certains cas cependant, le rattachement à une tâche publique sera trop lâche pour que de telles informations entrent dans la notion de document officiel. Celles-ci n'ont en effet pas de lien matériel avec l'accomplissement d'une tâche publique mais uniquement un rapport purement formel. Un collaborateur d'une autorité ne saurait par exemple être contraint de dévoiler à tout un chacun le fichier informatique dans lequel les préférences de travail de son ordinateur sont enregistrées, c'est-à-dire le fichier montrant notamment qu'il utilise par défaut une langue précise ou un type de caractères déterminé. Il en va de même en principe des éléments d'information (appelés communément «cookies») qui sont automatiquement téléchargés lorsque des pages d'Internet sont consultées, ou de fichiers de connexion de courriers électroniques, dans lesquels des données concernant la correspondance électronique d'un utilisateur sont enregistrées.

2.1.5.1.5 Documents virtuels (art. 4, al. 2) Il découle de l'art. 5, al. 1, que ne peuvent être rendus accessibles que les documents officiels existant déjà (voir commentaire de l'art. 5, al. 1, let. a). Une exception doit cependant être faite pour garantir le droit d'accès aux documents officiels qui n'existent qu'à l'état latent et qui peuvent être aisément obtenus par une manipulation informatique élémentaire (documents virtuels). Selon l'art. 5, al. 2, les «documents pouvant être établis sur la base d'informations existantes par un traitement informatisé simple» sont également considérés comme des documents officiels. Ce cas de figure vise surtout, en l'état actuel de la technique, les bases de données électroniques: l'extrait spécifique établi dans un cas particulier pour répondre à une demande d'un administré n'est pas un document existant; il doit être confectionné sur mesure par l'administration pour satisfaire à la requête. Le droit d'accès s'étend à de tels documents à la condition qu'un «traitement informatisé simple» permette de l'établir «à partir d'informations existantes». Si le système informatique ne permet pas de donner suite facilement à une telle demande, l'obligation d'établir un document ad hoc pour répondre à une requête précise tombe; dans cas, l'administré sera informé qu'il pourra lui-même consulter la documentation de base aux conditions ordinaires du projet (notamment sous réserve des diverses dispositions

d'exception et de la disposition sur la prise en charge des coûts). La notion de «traitement informatisé simple» fait référence à un utilisateur moyen. Elle est donc appelée à évoluer avec le développement technologique.

1839 2.1.5.2 Documents non officiels (art. 5, al. 3) Selon l'art. 5, al. 3, ne constituent pas des documents officiels les documents qui sont utilisés commercialement (art. 5, al. 3, let. a), les documents qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration (art. 5, al. 3, let. b) et les documents qui sont destinés à l'usage personnel (art. 5, al. 3, let. c). 2.1.5.2.1 Documents commercialisés par une autorité (art. 5, al. 3, let. a) Lorsqu'un document officiel est commercialisé par une autorité assujettie au principe de transparence, il est exclu par cette disposition de la notion de document officiel au sens du projet. Cette règle permet en particulier de prendre en compte les développements de l'administration en matière de nouvelle gestion publique (par exemple en matière de météorologie ou de production de cartes topographiques). Il est ainsi possible de fixer un prix de vente pour les publications destinées à être commercialisées indépendamment du projet et de régler les modalités de sa diffusion de manière spécifique (voir également art. 17, al. 4). Exemples: ordonnance du DFI du 23 février 2000 sur les émoluments perçus dans le domaine de la météorologie et de la climatologie⁹⁸; ordonnance sur la reproduction de données sur la mensuration officielle⁹⁹. Les documents doivent être effectivement commercialisés. Lorsqu'ils ne sont plus réellement disponibles, par exemple lorsque le tirage est épuisé, la présente exception ne s'applique plus et l'autorité doit déterminer s'il s'agit d'un document officiel soumis à l'application du principe de transparence. La notion de document commercialisé s'étend également aux documents qui ne sont pas formellement commercialisés mais qui forment la base directe, comme la base de données géographiques qui permet la confection des cartes. Les documents commercialisés en provenance de tiers sont assujettis au projet. Ils ne tomberont cependant effectivement dans le champ d'application du principe de transparence que s'ils concernent l'accomplissement d'une tâche publique au sens de l'art. 5, al. 1, let. c. Les livres d'une bibliothèque de l'administration ne sont ainsi en principe pas visés par le projet, car ils ne concernent que de manière indirecte l'accomplissement d'une tâche publique. La disposition spéciale de l'art. 19 Lar¹⁰⁰ soumettant à autorisation l'utilisation des archives à des fins commerciales et permettant à la Confédération de participer aux gains ne s'applique qu'aux documents définis comme archives au sens de l'art. 3, al. 2, LAr.

98 RS 172.044.29 99 RS 510.622 100 RS 152.1

1840 2.1.5.2.2 Documents inachevés (art. 5, al. 3, let. b) Le document doit avoir acquis sa forme définitive; il doit être achevé. Selon l'art. 5, al. 3, let. b, les documents inachevés ne constituent pas des documents officiels. Cette entorse au principe de transparence est motivée par le souci de préserver l'autonomie d'action de l'administration qui doit pouvoir modifier et faire évoluer ses projets avec toute la latitude nécessaire. Elle vise aussi à prévenir les risques de méprise résultant du caractère provisoire du document, de même que les pressions externes qui pourraient s'ensuivre. L'exception faite pour ce type de documents doit être considérée au même titre que l'exception destinée à préserver la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité (art. 7, al. 1, let. a): elle doit permettre à l'administration, dans la mesure du possible, de forger son opinion de manière sereine. Afin d'illustrer la notion de document inachevé, on citera par exemple un texte raturé ou annoté – de manière manuscrite ou électronique – avant sa correction définitive, un tableau récapitulatif en cours d'élaboration, la version provisoire d'un rapport, l'esquisse d'un

projet, les brouillons de séance, les notes de travail informelles, les ébauches de texte, les notes récapitulatives en vue d'une réunion, les notes établies lors de l'exécution de révisions internes et qui forment la base pour un rapport de révision etc. Le projet préfère recourir à la notion de document inachevé plutôt qu'à celle de document interne, développée en relation avec le droit de consulter le dossier qui a été fondé sur l'art. 4 de la Constitution fédérale de 1874. La notion de «document interne» comprend les informations servant à préparer une décision de l'autorité telles que les notes manuscrites des personnes participant à cette décision, les projets, les expertises internes, etc.¹⁰¹ Cette exception au droit de consultation du dossier, destinée à protéger le processus de décision des autorités, est critiquée par la doctrine¹⁰². La notion de document (in)achevé est un concept juridiquement indéterminé. C'est à la pratique et à la jurisprudence qu'il incombera de la préciser en s'appuyant sur les points de repère fournis dans le présent message. On pourrait aussi envisager que le Conseil fédéral fournisse une définition plus précise de cette notion dans le cadre de ses compétences d'exécution. Les contours ultimes de la définition seront donc tracés par les autorités chargées de l'application et de la mise en œuvre de la loi sur la transparence. Si la signature ou l'approbation d'un document sont des éléments importants indiquant qu'il est achevé, l'inverse n'est pas forcément valable: le fait qu'un rapport n'ait pas été approuvé ou signé n'empêche pas qu'il soit assujéti à la loi sur la transparence à condition que d'autres indices laissent supposer qu'il est bel et bien achevé (p. ex. classement dans un dossier, inscription dans un registre de documents).

101 ATF 115 V 297 (303) 102 Müller, G., Art. 4, in: Aubert, J.-F. et al., Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, 1995, n° 109; Barthe, C., Zur Informationstätigkeit der Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzgesetzes des Bundes, 1993, p. 33 ss; Moor, P., Droit administratif, vol. II, 1991, ch. 2.2.7.6, p. 192.

1841 La transmission à une autre autorité administrative ou à un organisme ou à une personne externe à l'administration constitue également un indice supplémentaire. Lorsqu'un collaborateur d'une autorité rédige un rapport, par exemple, et qu'il consulte un autre service à ce sujet, tant la prise de position reçue que le projet de texte expédié sont susceptibles de revêtir la nature de documents officiels achevés et pourront être consultés, pour autant que l'intérêt public à la libre formation de l'opinion et de la volonté de l'autorité, notamment, ne s'y oppose pas. Un autre exemple est celui des rapports de l'administration qui ont été remis à leurs destinataires mais dont ces derniers n'ont pas encore pris connaissance; on peut citer le rapport d'un groupe de travail interdépartemental, signé par le président du groupe de travail, remis au Conseil fédéral, mais dont celui-ci différerait l'examen. Un tel document est achevé si l'on considère que les critères de la signature et de la transmission sont déterminants. Sa communication peut néanmoins être refusée si sa divulgation prématurée est susceptible de porter atteinte à la libre formation de l'opinion et de la volonté de l'autorité destinataire du rapport. A l'instar des autres critères, celui de la transmission ne constitue qu'un indice fondant une présomption réfragable. De tous les critères tendant à indiquer qu'un document est achevé, celui de l'enregistrement du document dans un système de classification, d'organisation ou d'information administrative est le plus facile à appliquer. En réalité, on ne fait cependant là aussi que déplacer le problème: afin d'éviter un raisonnement tautologique («est considéré comme achevé un document officiel enregistré dans le système/doit être enregistré dans le système un document achevé»), les règles d'enregistrement devraient fixer à partir de quel moment un

document est et doit être enregistré. En droit fédéral, l'enregistrement de l'activité administrative est régi par l'art. 22 OLOGA¹⁰³. Le Département fédéral de l'intérieur a édicté le 13 juillet 1999 des instructions concernant la gestion des documents dans l'administration fédérale¹⁰⁴ contenant des dispositions sur l'enregistrement de documents (au sens de la législation sur l'archivage). Ces instructions devraient être adaptées aux exigences de la loi sur la transparence. La portée du document est également de nature à indiquer si un document est achevé ou non. Les documents mineurs tels que des invitations à rappeler quelqu'un ou des notes adhésives devraient échapper au champ d'application de la loi sur la transparence. Ils trouveront fréquemment leur aboutissement dans d'autres documents qu'ils auront, d'une manière ou d'une autre, aidé à produire. Les banques de données constituent un cas particulier: dans la mesure où elles sont en permanente évolution, elles sont constamment complétées et remises à jour. On peut estimer qu'elles sont achevées au sens de la loi sur la transparence à partir du moment où au moins une des fiches l'est. La simple architecture ou structure de la banque de données est, selon les circonstances, susceptible de présenter en tant que telle un caractère informationnel (voir commentaire de l'art. 5, al. 1.) et de constituer un document officiel. La notion de document devant être archivé décrite à l'art. 2, al. 1, LAr, de même que celle de document ayant une «valeur archivistique» au sens de l'art. 3, al. 3, LAr, conservent leur acception propre. La notion de «document» au sens de l'art. 3 LAr

103 RS 172.010.1 104 FF 1999 4988

1842 comprend aussi les pièces dont les collaborateurs de la Confédération font un usage personnel («dossiers personnels» ou «Handakten»)¹⁰⁵. Ces derniers contiennent souvent des documents que l'on pourra qualifier d'«inachevés», voire de documents «destinés à l'usage personnel» au sens du projet, tels des notes personnelles, des notes de séances, des projets de texte annotés, etc. Dans beaucoup de cas, des documents non achevés ont donc une valeur archivistique. Les documents inachevés ne doivent pas être confondus avec les documents préparatoires: ceux-ci peuvent également être achevés s'ils ont atteint leur stade définitif d'élaboration. On ne saurait donc exclure de manière générale l'ensemble des documents préparatoires du champ d'application du projet. Les différents états successifs d'un plan de route nationale, les ébauches d'études relatives à des tracés ferroviaires, les projets partiels ou provisoires d'un document – pour autant que ceux-ci soient en eux-mêmes achevés –, les différents documents d'une procédure de négociation d'un marché public – comme les projets de contrats avant signature – ou un rapport préliminaire prêt à être rendu à son destinataire par exemple ne sont dès lors pas des documents inachevés échappant d'emblée au champ d'application du projet. Il convient de rappeler que leur consultation peut être interdite si des intérêts publics ou privés prépondérants s'y opposent. L'intérêt à la libre formation de l'opinion et de la volonté des autorités, par exemple, est un motif d'empêchement de la communication de ces documents (art. 7, al. 1, let. a).

2.1.5.2.3 Documents destinés à l'usage personnel (art. 5, al. 3, let. c) Les documents destinés à l'usage personnel détenus par l'administration sont, selon l'art. 5, al. 3, let. b, exclus de la définition du document officiel. On distingue deux catégories de documents destinés à l'usage personnel: – les informations à caractère professionnel dont l'utilisation est exclusivement réservée à l'auteur (plans de textes, condensés destinés à la rédaction d'un rapport, comptes-rendus de séances et même les relevés devant servir à la rédaction d'un procès-verbal). En principe, l'obligation de transparence ne s'étend pas non plus aux notes personnelles, manuscrites ou électroniques, inscrites sur un document officiel

lorsqu'elles sont uniquement destinées à l'usage personnel; – les informations qui, bien qu'étant détenues par l'administration dans un certain sens, n'ont pas un caractère professionnel: tableaux personnels qui décorent un bureau. Le citoyen n'a aucun droit à accéder à de tels documents. Les lettres ou les courriers électroniques qui sont adressés personnellement à un collaborateur de l'administration et qui ne relèvent pas des affaires de service échappent également à la notion de document officiel. En revanche, les lettres personnelles à contenu officiel constituent des documents officiels puisqu'elles sont bel et bien destinées à l'usage officiel.

105 FF 1997 II 841

1843 2.1.5.3 Régime juridique des informations échappant à la loi sur la transparence Les informations échappant au champ d'application du projet ne sont pas soumises au principe de transparence. Le citoyen n'a aucun droit d'y accéder sur la base de cette loi. Si un tel cas est régi spécifiquement par une norme spéciale, celle-ci s'applique. Si aucune règle particulière ne peut être trouvée, l'art. 4 ne signifie pas a contrario que l'administration a l'interdiction de communiquer les informations en question. Leur divulgation s'opérera simplement selon les dispositions actuellement applicables à l'information d'office, dont les principes et les modalités ne sont pas modifiés par la loi sur la transparence, ou, le cas échéant, selon la réglementation sur l'archivage lorsque de tels documents sont archivés ou doivent l'être. La communication spontanée d'informations non documentées ou de documents inachevés n'est donc pas a priori exclue, pour autant qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (voir art. 180, al. 2, Cst. 106; art. 10 LOGA107). Le principe actuellement en vigueur du secret sous réserve d'exceptions continue donc d'être applicable dans ces cas.

2.2 Droit d'accès aux documents officiels

2.2.1 Principe de transparence (art. 6)

2.2.1.1 Droit d'accès (art. 6, al. 1) L'art. 6, al. 1, constitue le cœur de la loi sur la transparence: «Toute personne a le droit de consulter les documents officiels ou d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités». Cette disposition vient renverser l'actuel principe du secret de l'administration sous réserve d'exceptions pour ériger en principe celui de la transparence, sous réserve des cas précisés aux art. 7 et 8. Toute personne dispose ainsi dorénavant d'un droit subjectif à accéder aux documents officiels sans devoir justifier d'un intérêt particulier. Ce droit revient à «toute personne», qu'elle soit suisse ou étrangère, domiciliée en Suisse ou à l'étranger, physique ou morale. Les mineurs ne sont pas expressément exclus. La loi ne fixe pas d'âge limite pour la présentation d'une demande à une autorité. Une telle restriction serait difficile à appliquer puisque le demandeur n'est en principe pas tenu de dévoiler son identité (voir ch. 2.2.1.2 et 2.3.2 ci-dessous). En garantissant l'accès à «toute personne» (art. 6, al. 1), c'est-à-dire au «public» (voir art. 1), le principe de transparence garantit une information collective: lorsque l'accès à un document officiel est accordé à une personne, il doit l'être à toutes («access to one; access to all»). Une restriction de l'accès à certaines personnes ou à certains groupes de personnes est, par principe, exclu. Il n'est ainsi pas prévu que la communication d'une information concernant la défense nationale puisse être limitée aux ressortissants suisses à l'exclusion des étrangers. La rapidité et l'efficacité des moyens de communication modernes empêcheraient d'ailleurs l'application pratique d'une telle restriction. Dans ce cas, ce sont les exceptions relatives à la

106 RS 101 107 RS 172.010

1844 sûreté intérieure et extérieure de la Suisse qui permettraient de garder ces informations secrètes. La loi sur la transparence ne confère en outre un accès privilégié ni aux

parlementaires¹⁰⁸, ni aux collectivités publiques, ni aux partis politiques, ni aux journalistes. L'information individuelle, s'adressant uniquement à une personne précise ou à une autorité déterminée, reste régie par des lois spéciales. On peut citer les exemples du droit de consulter les archives durant le délai de protection pouvant être accordé à «certaines personnes» (art. 13 LAr), de l'entraide administrative ou des droits de consulter de certaines commissions et autorités. Toujours dans le but d'élargir au maximum le cercle des bénéficiaires, la loi sur la transparence ne subordonne l'accès aux documents à aucune condition particulière en matière de qualité pour agir. L'administration ne pourrait ainsi pas refuser l'accès à quelqu'un au motif qu'un litige l'oppose au demandeur. Elle ne peut pas non plus lui demander d'indiquer les motifs de sa démarche ou s'enquérir du genre d'utilisation – commerciale ou non – que le demandeur prévoit de faire de l'information reçue. La procédure devant le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence et devant la Commission fédérale de la protection des données et de la transparence à la suite du refus de l'accès est par contre réservée aux personnes ayant préalablement déposé une demande d'accès. Les dispositions des législations spéciales sont en tous les cas réservées (p. ex. l'exigence de la justification d'un intérêt dans le cas des demandes d'accès au registre foncier, prévue à l'art. 970, al. 2, CC109); le projet ne le précise pas explicitement, car cela ressort de son art. 4. Du point de vue du droit de procédure, l'introduction du principe de transparence a pour conséquence de fonder une présomption de liberté d'accès aux documents officiels. Il s'ensuit que le fardeau de la preuve pour renverser la présomption incombera désormais à l'autorité: celle-ci sera tenue de motiver au moins sommairement le refus de l'accès (voir art. 12, al. 4). La règle énoncée à l'art. 6, al. 1, signifie a contrario que la publicité des séances des autorités ne tombe pas sous le coup du projet; cette question continue d'être réglée dans les lois spéciales. Les procès-verbaux de telles séances de même que les notes ou résumés préparatoires sont en principe publics. Ils restent secrets soit en vertu des lois spéciales, soit – si la loi spéciale est muette sur ce point – quand des intérêts publics ou privés prépondérants s'opposent à rendre publics des documents, comme lorsqu'il s'agit de protéger la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité (art. 7, al. 1, let. a).

2.2.1.2 Consultation des documents officiels (art. 6, al. 2)

Selon l'art. 6, al. 2, le droit de consulter les documents officiels s'exerce soit par leur consultation sur place, soit par l'obtention d'une copie. Les modalités concrètes de renseignement ne sont en revanche pas spécifiées explicitement dans le présent article. L'information sera normalement fournie sans forme particulière, c'est-à-dire par la communication orale du passage pertinent d'un rapport, par l'envoi d'un

¹⁰⁸ La nouvelle loi sur le parlement accorde aux parlementaires des droits particuliers à l'information; voir BO 2001 N 1317 ss et 2002 N 11. ¹⁰⁹ RS 210

¹⁸⁴⁵ message électronique ou d'une télécopie etc. Elle contiendra tous les renseignements souhaités sous la forme succincte qui convient. De plus, l'autorité respectivement le collaborateur doit répondre dans la même langue officielle que celle du demandeur. Il y a lieu de relever encore que l'art. 14 de la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées¹¹⁰ entend obliger les autorités à tenir compte de la situation particulière des handicapés, notamment des personnes malvoyantes ou malentendantes. Si l'on prend le cas d'un malvoyant, par exemple, cela signifie que les documents souhaités devront si possible être mis à sa disposition sous la forme d'un fichier numérique afin que le destinataire puisse les transformer de façon qu'ils deviennent

perceptibles pour lui. La consultation des documents peut avoir lieu «sur place», c'est-à-dire à l'endroit où l'autorité les détient. Dans ce cas, le demandeur peut consulter soit une copie, soit l'original, pour autant que ce dernier soit en possession de l'autorité à qui la demande a été faite. Les documents officiels doivent en principe être mis à disposition sous la forme désirée, pour autant que l'autorité requise en dispose. Le projet n'interdit pas à la personne venue consulter des documents de les copier elle-même, soit à la main, soit par photographie, par scannage, par photocopie ou par tout autre procédé n'endommageant pas les documents. Si l'administration met à disposition des administrés des appareils de copie, elle est en droit de prélever un émolument aux termes de l'art. 17. Au regard de l'objectif du projet, l'administration ne doit pas rendre l'accès trop difficile, par exemple en prévoyant des horaires de consultation impossibles. Le demandeur venu consulter un document sur place peut être accompagné de tierces personnes. Cela découle naturellement du fait que celles-ci peuvent elles aussi faire valoir un droit d'accès puisqu'un document accessible à une personne l'est, par définition, à tout le monde. Le contrôle de l'identité des demandeurs n'est en principe admissible que si la sécurité de l'autorité ou la conservation des documents ne peut pas être assurée par un autre moyen. Rien n'empêche cependant l'unité administrative intéressée de procéder à un contrôle d'accès tel qu'il est d'usage à l'entrée des bâtiments publics. Il va également de soi que les demandeurs dont la requête ne pourra vraisemblablement pas être traitée gratuitement laissent leurs noms et adresse afin que les émoluments au sens de l'art. 17 puissent leur être facturés. Le Conseil fédéral édictera les dispositions d'exécution nécessaires. Le projet ne prévoit pas de droit à un prêt des documents, puisqu'il précise explicitement que la consultation a lieu «sur place». L'administration n'est pas non plus tenue de transférer les documents dans les locaux d'autres services pour le besoin de la consultation. La «consultation» des documents officiels peut aussi s'exercer par l'«obtention d'une copie» soit remise sur place, soit envoyée à domicile. Dans ces cas, un émolument peut être perçu (art. 17, al. 3, let. b). Le projet n'interdit pas de copier le document, à condition que l'état du document le permette. Cette limite n'est pas précisée expressément, car elle découle du principe d'égalité entre les demandeurs, déduit lui-même de l'art. 6 du projet (voir commentaire de l'art. 6): l'accès à «toute personne» ne pourrait plus être garanti si les premiers demandeurs à consulter les documents devaient par leurs manipulations les endommager de manière à rendre leur accès impossible pour les suivants. La réutilisation des copies de documents protégés par le droit d'auteur est assujettie aux règles du droit d'auteur (cf. aussi

110 FF 2002 7640

1846 ch. 1.1.3.3). L'art. 6, al. 2, 2e phrase, vient rappeler ce principe. La diffusion de documents ou leur utilisation à des fins commerciales par les personnes auxquelles ils ont été rendus accessibles sont donc régies par la législation sur le droit d'auteur. Lorsque le document est disponible publiquement sur le réseau Internet, l'autorité destinataire de la demande peut se limiter à communiquer l'adresse de consultation en mentionnant que le requérant peut obtenir une copie s'il en fait la demande. Pour des raisons d'économie, il serait souhaitable que l'administration traite le plus grand nombre de demandes possible par voie électronique, soit en rendant le document accessible sur Internet, soit en faisant parvenir au demandeur une copie du document souhaité par courrier électronique. Le Conseil fédéral pourra préciser les modalités générales d'accès par voie d'ordonnance, dans le cadre de sa compétence d'exécution. Lorsque l'accès à un document officiel a été donné à tort, la Confédération doit en assumer la responsabilité en vertu de la loi sur la

responsabilité¹¹¹. 2.2.2 Exceptions au droit d'accès (art. 7) Afin de tenir compte des critiques formulées contre l'introduction du principe de transparence (voir ch. 1.1.2.2 ci-dessus), on a introduit à l'art. 7 une liste des cas dans lesquels l'accès peut être limité, différé ou refusé si un intérêt public ou privé prépondérant s'y oppose. L'art. 8 contient lui aussi une liste de cas particuliers dans lesquels le droit d'accès n'existe pas. Dans ces cas, l'administration n'a pas à prouver l'existence d'intérêts publics ou privés prépondérants. Il contient cependant aussi une disposition rendant une certaine catégorie de documents accessible sans aucune restriction (exception «positive» – voir art. 8, al. 4). 2.2.2.1 Mécanisme permettant de limiter, de différer ou de refuser le droit d'accès (art. 7, al. 1) En vertu de l'art. 7, al. 1, l'accès à un document officiel peut être «limité, différé ou refusé» si un intérêt public ou privé prépondérant s'y oppose. L'autorité dispose ici d'une certaine marge d'appréciation. L'utilisation que le demandeur se propose de faire du document ne saurait justifier une restriction du droit d'accès pour autant que les intérêts énumérés aux al. 1 et 2, ne soient pas menacés par l'accès accordé. En application du principe de proportionnalité, et en vertu de l'art. 7, al. 1, un accès partiel, «limité» aux informations non problématiques, doit être garanti lorsqu'un document officiel comporte des informations qui ne peuvent être divulguées, par exemple des données personnelles. En pareil cas, le principe de proportionnalité exige que le document soit rendu anonyme (voir commentaire de l'art. 9, al. 1). Un émolument peut être perçu si cette opération nécessite un travail important (art. 17, al. 3, let. a).

111 RS 170.32

1847 Les intérêts publics ou privés justifiant un refus d'accès sont susceptibles d'évoluer dans le temps. L'accès peut ainsi être différé, c'est-à-dire être subordonné à un terme ou à une condition résolutoire à l'échéance de laquelle l'autorité s'engage par avance à autoriser la diffusion (cas de l'embargo), ou à reconsidérer la décision qu'elle a initialement prise. Le demandeur conserve le droit de déposer en tout temps une demande de nouvel examen au cas où les circonstances se seraient notablement modifiées. L'autorité n'est par contre pas tenue de procéder à un réexamen d'office. Lorsque l'accès à un document officiel est donné à une personne, il doit être accordé à tout le monde (principe de l'accès collectif: «access to one is access to all» – voir commentaire de l'art. 6). L'accès ne peut en principe pas, sur la base du projet, être «limité» à des destinataires précis, mais seulement à des parties de document déterminées. Si une restriction du cercle des destinataires était possible, on risquerait, par ce biais, de voir réintroduite l'exigence de la justification d'un intérêt pour accéder à certains types de documents. L'autorité peut assortir sa décision d'une charge, même si l'art. 7, al. 1, ne le précise pas expressément. En vertu du principe de proportionnalité et compte tenu de l'intérêt public à la transparence, l'autorité peut avoir recours à cet instrument à chaque fois qu'elle serait concrètement en droit de refuser l'accès à l'information. Il n'est donc pas exclu, suivant les circonstances, de n'accorder dans un cas concret qu'un accès individuel en application du principe de proportionnalité. Ainsi, par exemple, les proches d'un Suisse victime d'un enlèvement à l'étranger auront la possibilité de consulter le dossier afin de pouvoir se faire une idée des mesures prises par les autorités pour le sauver. Si cette consultation devait automatiquement conduire à rendre ces documents accessibles à l'ensemble du public, il serait logiquement nécessaire d'en refuser l'accès à la famille, puisque cette publicité risquerait de mettre en péril l'opération. Tel n'est pourtant pas le sens et le but du principe de transparence. Pour prendre un autre exemple, une limitation de l'accès à un scientifique à des fins de recherche serait également

envisageable. Le mécanisme proposé par le projet est dual: ou bien un document est public (il est accessible), ou bien il n'est pas accessible selon la loi sur la transparence. Ceci ne signifie pas cependant qu'il est interdit à l'administration de définir de manière plus précise le domaine des documents officiels non accessibles. Celle-ci reste en effet libre de prévoir une gradation du niveau d'inaccessibilité. L'administration peut donc édicter des règles particulières de protection du secret pour les différentes catégories de documents officiels. Les catégories «secret», «confidentiel» ou «non classifié» connues dans le droit actuel ne sont dès lors pas remises en cause (voir, dans le domaine civil, l'ordonnance du 10 décembre 1990 sur la classification et le traitement d'informations de l'administration civile¹¹²; dans le domaine militaire, l'ordonnance du Département militaire fédéral du 1er mai 1990 concernant la protection des informations militaires¹¹³; pour ce qui est des exigences imposées aux personnes détenant certaines informations classifiées relatives à la sûreté intérieure ou extérieure, voir la section 4 de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure¹¹⁴ et l'ordonnance du 20 janvier 1999 sur les con-

112 RS 172.015 113 RS 510.411 114 RS 120

1848 rôles de sécurité relatifs aux personnes¹¹⁵). Si le fait que des documents considérés comme officiels au sens du projet (cf. commentaire de l'art. 5) soient classifiés représente un facteur important pour l'appréciation d'une demande d'accès, il ne suffit pas, à lui seul, à justifier le refus de l'accès dans tous les cas. A la réception d'une demande d'accès, la classification devra être réexaminée. Les questions maitresses, dans le cadre de ce réexamen, consisteront à déterminer si la classification est encore justifiée compte tenu du temps qui s'est écoulé et si toutes les parties d'un document ou d'une collecte d'informations doivent être gardées secrètes pour garantir la protection d'intérêts publics ou privés déterminés que l'on souhaitait obtenir au moyen de la classification. L'accès doit ainsi être accordé à toutes les parties du document dont la divulgation ne porte pas atteinte aux intérêts dignes d'être protégés. Une disposition légale spéciale peut également s'opposer à la divulgation d'un document officiel ou poser des règles spécifiques d'accès. Cette limitation est explicitement prévue à l'art. 4. L'intérêt privé ou public susceptible de justifier le secret doit toujours être prépondérant par rapport à l'intérêt public à l'accès ou à la transparence. Les intérêts en présence doivent donc être évalués de manière très minutieuse. Le projet effectue lui-même cette pesée des intérêts puisqu'il énumère de manière exhaustive les différents cas d'intérêts publics ou privés prépondérants. Il suffit donc qu'il y ait une certaine probabilité que l'accès à un document officiel porte atteinte à un intérêt énuméré à l'art. 7, al. 1 et 2, pour que la prépondérance de l'intérêt au secret sur celui à la transparence soit admise. En vertu de l'al. 2, l'autorité dispose néanmoins d'une importante marge de manœuvre dans la mesure où elle peut exceptionnellement accorder le droit d'accès malgré la menace que celui-ci représente pour la sphère privée d'un tiers si elle considère que l'intérêt public à la transparence est prépondérant. En résumé, on peut dire que l'autorité doit, pour chaque demande, (1) déterminer si le document demandé est un document officiel, (2) examiner si une disposition légale spéciale précisant, autorisant, restreignant ou refusant l'accès s'applique, (3), déterminer si le document demandé tombe sous le coup de l'art. 8, (4) rechercher s'il existe un intérêt public ou privé prépondérant au maintien du secret, (5) apprécier, le cas échéant, si l'accès doit être restreint, différé, refusé ou, exceptionnellement, assorti de charges ou de conditions.

2.2.2.1.1 Atteinte notable à la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité (art. 7, al. 1, let. a)
L'exercice du droit d'accès ne doit pas perturber le bon fonctionnement de l'administration.

Selon l'art. 7, al. 1, let. a, du projet, on considère donc qu'il y a un intérêt public prépondérant lorsque l'accès à un document officiel risque de «porter notablement atteinte à la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité».

115 RS 120.4

1849 La protection de la libre formation de l'opinion et de la volonté ne se réfère pas seulement aux autorités qui sont soumises au champ d'application du projet – c'est-à-dire l'administration fédérale ainsi que les organismes et personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale, dans la mesure où ils rendent des décisions de première instance (voir art. 2, al. 1), – mais également à celles qui n'y sont pas assujetties telles que le Conseil fédéral, le Tribunal fédéral ou le Parlement, ou encore, sur le plan international, à la Cour européenne des droits de l'homme ou à la Cour internationale de justice. En protégeant la «libre formation de l'opinion et de la volonté», on veut empêcher que la divulgation prématurée d'informations au cours d'un processus de décision mette l'administration sous une pression publique trop forte et l'empêche ainsi de se forger une opinion et une volonté propres en toute sérénité. Révéler trop tôt une position déterminée peut, suivant les circonstances, figer prématurément le débat: on change plus difficilement d'opinion sous le feu des projecteurs. Aux termes de la loi, l'accès à un document officiel doit porter «notablement» atteinte à la libre formation de l'opinion et de la volonté. Cette condition n'est pas remplie si la publication d'un document comporte simplement le risque de provoquer un débat nourri sur la place publique ou de conduire à mettre à l'agenda politique un problème particulièrement sensible. Tous les obstacles au processus de décision qui peuvent apparaître du fait de l'émergence d'une discussion publique et tous les retards qu'elle peut causer ne constituent donc pas automatiquement une atteinte notable à la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité. En ce qui concerne l'exception au sens de l'art. 7, al. 1, let. a, il convient de prendre en considération le moment et le contexte de la décision: un document déclaré secret en vertu de l'art. 7, al. 1, let. a, au cours d'un processus de décision ne devrait normalement plus l'être une fois la décision prise. Cela n'exclut bien sûr pas qu'après la décision, d'autres intérêts au secret s'opposent à l'accès. Lorsque la décision a été prise, il n'est pas exclu que la publication immédiate d'un document soit, dans certaines conditions, de nature à porter atteinte à la libre formation de l'opinion et de la volonté des autorités. Si tel est le cas, on pourrait envisager de ne pas autoriser la consultation avant l'échéance d'un délai d'attente. Dans certaines circonstances, l'exception au sens de l'art. 7, al. 1, let. a, peut donc aussi être invoquée après la décision. Tel pourrait par exemple être le cas lorsqu'une règle spéciale prévoit qu'une autorité statue à huis clos. Une publicité immédiate des documents préparatoires après la décision conduirait à dévoiler la position des membres de l'autorité, que la loi est précisément chargée de protéger. Ceux-ci n'auraient dès lors plus la liberté de s'écarter de la position qu'ils défendent officiellement. Il est à noter que la loi sur la transparence ne s'applique qu'à titre subsidiaire lorsqu'une loi spéciale prévoit la tenue de séances à huis clos, car l'accès aux documents est normalement régi en premier lieu par la loi spéciale elle-même. Lorsqu'une loi spéciale prévoit que certaines informations deviennent accessibles ou publiques après la décision d'une autorité au sens de l'art. 2, al. 1, du projet, une telle norme concrétise la présente clause d'exception: l'autorité peut donc différer l'accès aux informations en question (et à d'autres documents qui servent à la prépa-

1850 ration de la décision) jusqu'au moment de la publication légalement prévu (exemple: art. 14, al. 1 et 2, de la loi sur le contrôle des finances¹¹⁶). Le Conseil fédéral constitue un cas particulier. On y reviendra dans le contexte du commentaire de l'art. 8, al. 1, et al. 2. L'accès aux documents relatifs aux procédures administratives et judiciaires énumérées à l'art. 3, let. a, est régi par les lois spéciales applicables. Les documents qui, bien qu'ayant un rapport plus large avec les procédures en question, ne font pas partie du dossier de procédure au sens strict, sont en revanche accessibles aux conditions de la loi sur la transparence. La disposition garantissant la formation libre de l'opinion et de la volonté d'une autorité s'appliquera par conséquent chaque fois que la divulgation d'un document officiel est susceptible d'influencer le déroulement de procédures déjà engagées ou d'opérations préliminaires à celles-ci. Un avis de droit commandé par l'administration en vue de l'ouverture éventuelle d'une action en justice, par exemple, pourrait être très utile à un administré pour préparer sa défense puisqu'il pourrait alors s'appuyer sur les conclusions de cet avis. Un tel document serait toutefois susceptible de perturber le déroulement de la procédure à venir ou en cours, particulièrement si l'Etat est partie au procès et s'il choisit comme ligne de défense un argument opposé à l'avis de droit en question. Dans certaines circonstances, l'art. 6, al. 1, let. a, peut aussi s'appliquer après la clôture de la procédure. Tel est le cas lorsque l'accès à un document officiel hors du dossier juridique stricto sensu risque de porter notablement atteinte ultérieurement, dans une autre procédure, à la libre formation de la volonté d'une autorité. L'accès aux documents officiels concernant les procédures administratives non contentieuses, comme les procédures de décision en première instance (à l'exception des procédures d'arbitrage), les procédures d'adoption de plans, les procédures de médiation, la conclusion de contrats ou à l'exécution d'actes matériels, doit également être examiné sous l'angle de l'atteinte à la libre formation de l'opinion et de la volonté des autorités. Il en va de même des documents et informations établis par l'administration en vue de préparer l'ouverture de telles procédures. Dans le cas des documents officiels relatifs à des positions concernant des négociations en cours ou futures, l'art. 8, al. 3, s'applique.

2.2.2.1.2 Entrave considérable à l'exécution de mesures concrètes d'une autorité conformément à son objectif (art. 7, al. 1, let. b) La présente exception garantit que des informations peuvent être gardées secrètes lorsqu'elles servent à la préparation de mesures concrètes d'une autorité. On peut citer comme exemple les mesures de surveillance, les inspections des autorités fiscales ou certaines campagnes d'information, notamment dans le domaine de la prévention du tabac. Cette exception peut donc être invoquée lorsque, avec une grande probabilité, une mesure n'atteindrait plus ou pas entièrement son but si certaines informations qui préparent cette mesure étaient rendues accessibles.

116 RS 614.0

1851 Cette exception peut également s'appliquer à des mesures que la Confédération planifie d'exécuter en tant qu'actionnaire dans le cadre de ses participations à des entreprises organisées économiquement de manière privée (p. ex. Swisscom).

2.2.2.1.3 Mise en danger de la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse (art. 7, al. 1, let. c) Cette exception vise essentiellement les activités policières, douanières, de renseignements et militaires. Elle permet de maintenir secrètes les mesures destinées à préserver l'activité du gouvernement en cas de situation extraordinaire, d'assurer l'approvisionnement économique ainsi que les informations sur des détails techniques ou sur l'entretien de matériel d'armement, ou de celer les informations qui conduiraient à entraver la sécurité

d'infrastructures importantes ou à mettre en danger les personnes si elles étaient rendues accessibles. Cette disposition permet donc d'exclure le droit d'accès à toute information propre à mettre en danger la sécurité publique si elle est diffusée de manière incontrôlée. Les conditions nécessaires à l'application de cette disposition peuvent être réunies par exemple si l'accès du public à un document officiel expose certaines personnes ou une partie de la population au terrorisme, à la criminalité, à l'extrémisme violent ou à l'espionnage. Cette condition est notamment réalisée si des analyses actuelles de sécurité et des planifications de mesures correspondantes étaient rendues publiques à chaque fois. Comme autre exemple, on peut citer des informations relatives à des mesures de sécurité concernant des installations et des matières nucléaires. Les documents militaires font l'objet d'une classification spéciale en vertu de l'ordonnance du 1er mai 1990 concernant la protection des informations militai- res¹¹⁷. Le projet laisse subsister cette réglementation. Il en va de même de la classifi- cation spéciale en matière civile (voir ch. 2.2.2.1). 2.2.2.1.4 Mise en péril des intérêts de la politique extérieure et des relations internationales de la Suisse (art. 7, al. 2, let. d) Les relations extérieures sont, avec la sûreté de l'Etat, parmi les domaines les plus sensibles de l'activité étatique. C'est pourquoi tous les Etats qui ont introduit le principe de transparence limitent la publication de renseignements ou d'infor- mations qui perturberaient la sauvegarde de leurs intérêts dans leurs relations avec l'étranger. L'exploitation d'informations sur des situations, des affaires, des inten- tions de l'étranger, en particulier, revêtent une grande importance pour la conduite de la politique extérieure et pour l'entretien des relations internationales. Il est en outre décisif pour la bonne marche des négociations que les documents qui y ont trait ne parviennent pas à la connaissance du public ou de la partie opposée (voir à ce sujet ch. 2.2.3.2 ci-dessous). Il en va de même des démarches diplomatiques dans les relations internationales. Comme les Etats réagissent de manière très sensible à la critique publique ou aux interventions de l'étranger, la confidentialité constitue en

117 RS 510.411

1852 règle générale un élément essentiel pour le succès de telles démarches. Pour illustrer ce principe, on peut citer les interventions qui se font dans le cadre de la protection diplomatique et consulaire, par exemple en cas d'enlèvements de ressortissants suisses à l'étranger, de démarches en faveur des droits de l'homme, du droit interna- tional humanitaire ou en matière d'asile. Les intérêts de la politique extérieure et des relations internationales de la Suisse ne sont pas seulement susceptibles d'être compromis lors de relations d'Etats à Etats ou entre Etats et organisations internationales, mais également, de manière plus géné- rale, lorsqu'il s'agit des relations de la Suisse avec des interlocuteurs étrangers, semi-privés ou privés. Il y a lieu de mentionner enfin que la Suisse peut être tenue de ne pas rendre accessibles au public certains documents étrangers en vertu d'enga- gements conventionnels internationaux ou d'une pratique internationale reconnue (p. ex. dans le cadre d'une collaboration au sein d'organisations internationales¹¹⁸). L'usage international veut en effet que les informations fournies par un Etat étranger ou par une organisation internationale au titre d'informations internes ou confiden- tielles ne puissent en principe être transmises au public par l'Etat qui les reçoit qu'avec l'accord de l'Etat qui les a données. En cas de violation de ce principe, l'autorité risque de perdre des sources d'informations qui sont importantes pour elle. 2.2.2.1.5 Mise en péril des relations confédérales (art. 7, al. 1, let. e) Cette disposition interdit la divulgation de renseignements ou d'informations de nature à compromettre les relations entre la Confédération et les

cantons ou les relations inter-cantoniales. La divulgation de documents qui sont secrets en vertu du droit cantonal parce qu'ils proviennent d'un canton qui ne connaît pas le principe de transparence ou dans lequel l'accès aux documents officiels est régi par des critères divergents des dispositions en vigueur au niveau fédéral est susceptible, suivant le contexte, de perturber les relations entre ce canton et la Confédération (ou entre ce canton et un autre canton). L'accès à ces documents doit par conséquent être refusé. 2.2.2.1.6 Mise en danger des intérêts de la politique économique ou monétaire nationale (art. 7, al. 1, let. f) Le fait de rendre accessible un document officiel ne doit pas mettre en danger les intérêts de la politique économique ou monétaire nationale. Cette exception se justifie si l'on veut permettre à la Suisse de mener sa stratégie économique et monétaire en toute indépendance. Les effets désastreux que risquerait d'avoir une divulgation prématurée justifient le maintien du secret.

118 voir par exemple l'art. 6, al. 1, de la Convention du 3 mars 1980 sur la protection physique des matières nucléaires (RS 0.732.031)

1853 Cette disposition est cependant limitée aux cas où la communication du document mettrait véritablement en danger les intérêts de la politique économique ou monétaire, par exemple si cette divulgation venait à favoriser des mouvements spéculatifs. 2.2.2.1.7 Mise en péril de secrets professionnels, de secrets d'affaires ou de secrets de fabrication (art. 7, al. 1, let. g) Le principe de transparence ne doit en aucun cas entraîner la divulgation de secrets professionnels, de secrets d'affaires ou de secrets de fabrication à des tiers extérieurs à l'administration. Tombent par exemple sous le coup de cette clause d'exception certaines informations techniques dans le cadre de projets d'acquisition de matériel d'armement ou dans le cadre d'autres projets publics; il en va de même dans le cadre de procédures en cours en matière de brevets. La notion de secret d'affaires comprend dans un sens large également les informations qui, si elles étaient rendues publiques, pourraient considérablement influencer le cours des actions d'entreprises dans lesquelles la Confédération a des participations. La loi sur la transparence ne doit donc pas être responsable de distorsions de la concurrence. L'art. 6, al. 1, let. g, s'applique aussi à l'administration fédérale ainsi qu'aux autres personnes et organismes, de droit privé ou de droit public, assujettis à la loi sur la transparence. Dans certains cas, le fait de rendre accessibles des informations déterminées pourrait équivaloir à une distorsion de la concurrence au sens large. Par conséquent, la clause d'exception permet également aux autorités visées par la loi sur la transparence de protéger par exemples des projets de recherche planifiés ou en cours, certaines informations concernant l'acquisition de biens culturels ou de stratégies de marché. Les dispositions spéciales régissant la protection de ces secrets demeurent réservées (cf. commentaire de l'art. 4). 2.2.2.1.8 Divulgation d'informations fournies librement par un tiers à une autorité, qui a garanti le secret (art. 7, al. 1, let. h) Lorsqu'un tiers (et non une autorité assujettie au projet puisque les documents officiels en sa possession sont soumis par définition au principe de transparence) fournit des informations à l'administration sans y être contraint – c'est-à-dire sans obligation légale ou contractuelle – et avec l'assurance que celles-ci demeureront secrètes, l'accès à un document officiel contenant de telles informations doit pouvoir être refusé. Les deux conditions que sont l'absence de contrainte et la garantie du secret doivent être remplies de manière cumulative. Lorsqu'une personne est juridiquement tenue de donner une information (une loi au sens matériel suffit), elle ne peut pas exiger une garantie du secret en se fondant sur le projet. Inversement, lorsqu'une personne communique librement une

information à l'administration sans toutefois préciser que celle-là doit demeurer secrète, l'art. 7, al. 1, let. h, ne s'applique pas non plus. L'assurance du secret doit donc, par principe, être demandée et donnée expressément. Les demandes ou les garanties implicites ne devraient donc être admises qu'avec une très grande retenue. Dans le cas contraire, on risquerait de

1854 compromettre le but même du projet, qui est de faciliter l'accès du public aux documents officiels et de promouvoir la transparence de l'administration (voir art. 1). L'art. 7, al. 1, let. h, ne s'applique pas aux informations fournies librement par un canton ou un pays étranger, car on ne se trouve alors pas en présence d'un intérêt privé à proprement parlé. De tels documents doivent cependant être gardés secrets si leur divulgation devait perturber les relations confédérales dans le premier cas ou internationales dans le second (voir commentaire de l'art. 7, al. 1, let. d et e).

2.2.2.2 Atteinte à la sphère privée (art. 7, al. 2) La Constitution fédérale du 18 avril 1999¹¹⁹ garantit explicitement la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.). Le droit à la protection des données personnelles constitue l'un des aspects de ce droit constitutionnel (art. 13, al. 2, Cst.). Il en résulte donc qu'une importance particulière doit être accordée à la protection de la sphère privée de tiers dans le cadre de la loi sur la transparence et surtout dans le contexte de l'exécution de cette dernière. Le projet contient donc une disposition permettant à l'autorité de limiter, de différer ou de refuser l'accès à des documents officiels dont la révélation porterait atteinte à la sphère privée de tiers. Pour ce qui est de la coordination du principe de transparence avec la législation sur la protection des données, il y a lieu de se référer aux art. 9, 11 et 23. Dans certains cas, par exemple si des incidents au sein de l'administration (p. ex. corruption) l'exigent, il doit être possible d'autoriser l'accès à des informations même s'il en résulte une atteinte à la sphère privée de tiers. Contrairement aux autres clauses d'exception, la disposition de l'art. 7, al. 2, s'applique sous réserve d'un intérêt public prépondérant. Comme il s'agit là d'une disposition dérogatoire, il va de soi qu'elle ne peut être invoquée qu'à titre exceptionnel. On peut imaginer que l'accès pourrait être accordé par exemple s'il s'agit de documents en rapport avec l'octroi d'avantages économiques substantiels, s'ils se rapportent à des personnes titulaires d'autorisations ou de concessions ou encore s'il s'agit de contrats que l'Etat a conclus avec des privés. L'octroi de l'accès dans ces conditions présuppose bien entendu qu'il ne soit pas empêché par une autre clause d'exception (art. 7, al. 1) ou par une disposition spéciale imposant le secret (art. 4). Les tiers intéressés peuvent se prévaloir du droit d'être consultés au sens de l'art. 11 du projet, lorsqu'il s'agit d'accorder l'accès à des documents officiels contenant des données personnelles.

2.2.3 Cas particuliers (art. 8) L'art. 8 régit une série de cas particuliers soit en soustrayant certains documents au droit d'accès, soit en accordant un droit d'accès inconditionnel. La question de la prépondérance des intérêts publics ou privés en présence n'est pas pertinente dans ce contexte.

119 RS 101

1855 Les dispositions de l'art. 8 interdisent ainsi l'accès aux documents relatifs à une procédure de co-rapport (al. 1, let. a.) de même qu'à ceux qui font état des positions prises dans des négociations en cours ou futures (al. 3). Il convient d'observer que les décisions du Conseil fédéral ne sont pas accessibles, au motif que ce dernier, en tant qu'autorité collégiale, n'est pas soumis au principe de transparence (voir ch. 2.1.2.1). Les documents relatifs à la procédure de consultation des offices sont traités à l'al. 1, let. b, ainsi qu'à l'al. 2. L'art. 8, al. 4, pour sa part, prévoit une exception «positive», contrairement aux exceptions de l'art. 7, en garantissant un accès inconditionnel aux rapports évaluant les

performances et l'efficacité de l'administration fédérale. Les dispositions de l'art. 8, al. 1 et 3, ne signifient pas qu'un document officiel n'étant pas l'objet d'un droit d'accès est forcément inaccessible. Les règles actuellement en vigueur sur l'information donnée spontanément par les autorités continuent en effet de s'appliquer. Une information peut donc être fournie si telle est la volonté de l'administration et pour autant qu'aucun intérêt prépondérant et qu'aucune règle spéciale ne s'y opposent (voir art. 180, al. 2, Cst.). Les particuliers ne disposent en revanche pas d'un droit subjectif d'accès à ces documents sur le fondement de la loi sur la transparence.

2.2.3.1 Procédures de co-rapport et de consultation des offices (art. 8, al. 1)

2.2.3.1.1 Documents officiels relatifs à une procédure de co-rapport (art. 8, al. 1, let. a)

L'ensemble des documents relatifs à la procédure de co-rapport (voir art. 15 LOGA120) est exclu du droit d'accès en vertu de l'art. 8, al. 1, let. a. Il convient de rappeler que le Conseil fédéral, en tant qu'autorité collégiale, n'entre pas dans le champ d'application du projet (voir commentaire de l'art. 2). Aux fins de préserver le principe de collégialité prévalant pour le gouvernement fédéral (art. 12 LOGA), on a néanmoins jugé nécessaire de prévoir le secret des documents officiels ayant trait à la procédure de co-rapport. Le secret qui protège ces documents est maintenu même après la décision du Conseil fédéral (art. 21 LOGA, combiné avec l'art. 15 LOGA). Le principe de transparence ne s'applique donc pas non plus aux documents officiels servant à préparer les décisions du Conseil fédéral. La divulgation des notes des conseillers fédéraux, de leurs conseillers personnels ou d'autres collaborateurs peut ainsi être rejetée tant sur la base de l'art. 21 LOGA que sur celle de l'art. 8, al. 1, let. a, ou de l'art. 7, al. 1, let. a, du projet. Si de telles notes devaient constituer des documents inachevés au sens de l'art. 5, al. 3, let. b, elles ne seraient ipso iure pas soumises au projet. La procédure de co-rapport au sens du projet commence avec la remise des documents de l'office au chef de département. Le Conseil fédéral pourra préciser cette question par voie d'ordonnance dans le cadre de sa compétence générale d'exécution et clarifier ainsi les art. 15 et 21 LOGA, imprécis sur ce point.

120 RS 172.012

1856 2.2.3.1.2 Documents officiels relatifs à une procédure de consultation des offices (art. 8, al. 1, let. b, et al. 2)

La notion de consultation des offices correspond à celle qui figure à l'art. 4 OLOGA121. Lors de la préparation de propositions au Conseil fédéral, l'office responsable invite les unités administratives concernées à donner leur avis dans un délai approprié. Pour les documents officiels relatifs à la procédure de consultation des offices qui donnent lieu par la suite à une décision du Conseil fédéral (soit les prises de position des offices et les documents auxquels se réfèrent les prises de position, ainsi que les projets de loi et de message), le droit d'accès n'existe qu'après la décision. Cette solution garantit à l'exécutif qu'il peut former librement son opinion et sa volonté. Après la décision du Conseil fédéral, l'accès peut donc être accordé, à moins que des intérêts publics ou privés prépondérants ne s'y opposent (cf. art. 7). Si l'on se trouve en présence de documents officiels relatifs à la procédure de consultation des offices n'aboutissant pas à une décision du Conseil fédéral, la disposition de l'art. 8, al. 1, let. b, ne s'applique pas. Leur publication peut cependant être empêchée en tout ou en partie si l'une des dérogations énumérées à l'art. 7 peut être invoquée.

2.2.3.2 Documents officiels contenant des informations sur les positions prises dans des négociations en cours ou futures (art. 8, al. 3)

La disposition de l'art. 8, al. 3, exclut du principe de transparence les documents officiels relatifs aux positions prises dans des négociations en cours ou futures. Cette exception se rapporte à tous les types de négociation, des discussions en vue de la conclusion de contrats d'entraide

administrative à la conduite de négociations inter-nationales. La raison de sa présence dans le projet est claire: une négociation ne peut pas être menée de manière efficace si une partie devait être contrainte d'abattre ses cartes avant même qu'elle ne commence. Il faut cependant que les négociations soient imminentes ou du moins que la date à laquelle elles sont prévues soit proche. La simple possibilité qu'une information puisse, un jour ou l'autre, revêtir une certaine importance dans le cadre d'un processus de négociation ne permet en revanche pas de justifier le maintien du secret. Les règles ordinaires permettant de maintenir le secret (art. 7) s'appliquent, elles, aux documents relatifs à des négociations closes. On pourra ainsi invoquer la protection de la sûreté extérieure s'il s'agit d'un traité militaire ou la mise en péril des relations internationales dans le cas d'une négociation internationale.

121 RS 172.010.1

1857 2.2.3.3 Documents inconditionnellement accessibles: rapports évaluant les prestations de l'administration fédérale et l'efficacité des mesures prises (art. 8, al. 4) L'art. 8, al. 4, se rapporte lui aussi à un cas particulier par rapport à la liste d'exceptions contenue à l'art. 7. A la différence des alinéas précédents, il garantit un accès absolu aux rapports évaluant les prestations de l'administration fédérale et les mesures prises par elle (exception «positive»). Les dispositions de l'art. 7 ne s'appliquent donc pas. Les rapports visés par cet alinéa doivent bien entendu constituer des documents officiels au sens du projet. Ils doivent donc notamment concerner l'accomplissement d'une tâche publique (voir art. 5, al. 1, let. c). Pour tomber sous le coup de cette disposition, les documents relatifs à l'évaluation des prestations et de l'efficacité doivent se rapporter à l'administration fédérale en tant qu'entité. Ils ne doivent en aucun cas concerner les prestations d'une personne. 2.2.3.4 Accès aux documents officiels contenant des données personnelles (art. 9, 11 et 12, al. 3) Les principes de la coordination entre la loi sur la transparence et la LPD¹²² sont énoncés à l'art. 9. La protection des données personnelles, qui fait partie de la protection plus complète de la sphère privée garantie par la constitution fédérale (art. 13, al. 2, Cst.¹²³) prime par principe le droit à l'accès, même si cette primauté n'est pas absolue. Dans le cadre de la procédure de consultation, de nombreuses voix se sont élevées pour demander que cette coordination soit exprimée de manière plus claire et que la priorité de la protection des données personnelles soit établie explicitement dans le projet de loi sur la transparence (cf. ch. 1.2.2). La notion de «données personnelles» utilisée dans la loi sur la transparence correspond à celle qui est définie à l'art. 3 LPD. Deux cas de figure doivent être distingués: l'accès d'une personne à ses propres données et l'accès aux données personnelles d'autrui. L'accès d'une personne aux données personnelles la concernant est régi par la législation sur la protection des données (voir art. 3, let. c, du projet ainsi que les art. 8 à 10 LPD). La procédure d'accès aux documents officiels contenant des données personnelles d'autrui est en revanche régie par le projet. L'art. 9, al. 1, fixe le principe selon lequel les données personnelles contenues dans de tels documents doivent être caviardées, avant que ces derniers ne soient rendus accessibles. On peut par exemple noircir les données qui permettent de conclure qu'il s'agit d'une personne déterminée. Il est à noter que selon l'art. 19, al. 2, LPD le nom, le prénom, l'adresse et la date de naissance peuvent en principe être communiqués (sous réserve de l'art. 19, al. 4, LPD), sans que d'autres conditions soient réalisées.

122 RS 235.1 123 RS 101

1858 Lorsqu'un document ne peut pas être rendu anonyme, parce que par exemple la demande d'accès porte sur une personne que le demandeur nomme dans sa requête, ou parce que le caviardage nécessiterait un travail disproportionné, l'art. 19 LPD s'applique (art. 9, al. 2, première phrase du projet). Il faut commencer par déterminer si une base légale spéciale est applicable (art. 19, al. 1, LPD et art. 10 LPD); dans ce cas, la procédure se déroule conformément à la législation spéciale. Dans l'hypothèse contraire, il incombe à l'autorité pour des motifs d'économie de procédure de statuer si une exception prévue par la loi sur la transparence, une norme spéciale de garder le secret, une disposition en matière de protection de données, des intérêts publics essentiels ou des intérêts manifestement dignes de protection de la personne concernée pourraient s'opposer à l'octroi de l'accès (art. 4 et 7 du projet ainsi que l'art. 19, al. 4, LPD). S'il existe d'entrée de jeu une telle exception, la question de l'accès à des documents officiels contenant des données personnelles ne doit plus être tranchée. La décision refusant l'accès peut faire l'objet d'un examen selon la procédure prévue par la loi sur la transparence (art. 9, al. 2, 2e phrase). Si, en revanche, l'autorité parvient à la conclusion qu'aucune des exceptions prévues par la loi sur la transparence ou par la LPD ne s'applique, elle doit examiner si la personne concernée a consenti à la communication de ses données personnelles, que ce soit de manière implicite ou explicite (art. 19, al. 1, let. b, LPD). Si l'autorité compétente pour statuer sur la demande est de l'avis qu'il existe un tel consentement, elle peut autoriser l'accès. Si la personne concernée n'a pas consenti et si l'autorité est de l'avis à prime abord qu'aucune exception prévue par le projet ni aucune disposition spéciale de garder le secret ou en matière de protection des données ne s'appliquent, elle entend si possible la personne concernée, l'informe de la demande d'accès et lui accorde un délai de dix jours pour prendre position (art. 11, al. 1, du projet). Si, après avoir entendu la personne concernée, l'autorité est de l'opinion qu'il existe un intérêt public prépondérant à l'accès et si elle envisage d'accorder l'accès, elle doit en informer la personne concernée (art. 11, al. 2, du projet). Dans l'hypothèse où cette dernière n'est pas d'accord avec la décision de l'autorité, elle peut entamer une procédure de médiation et, le cas échéant, déposer recours (art. 13 ss du projet). L'autorité diffère l'octroi de l'accès jusqu'à droit connu (art. 12, al. 3, du projet), soit jusqu'à ce que la procédure de médiation aboutisse (art. 13, al. 4,), ou qu'une décision soit rendue (art. 15), ou encore jusqu'à ce que la décision sur recours confirmant l'octroi de l'accès soit entrée en force. Dans le cadre de la procédure d'accès, la personne concernée peut faire valoir les prétentions que lui confère l'art. 25 LPD (p. ex. droit à l'interdiction d'un traitement illicite ou droit à la destruction des données), dans la mesure où ces prétentions concernent des documents qui sont l'objet de la procédure d'accès.

2.2.3.5 Demandes abusives Le projet ne régleme nte pas expressément le cas des demandes abusives, car celui-ci peut être réglé par l'application du principe général selon lequel l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé. L'accès aux documents officiels peut ainsi être exceptionnellement refusé lorsque, par exemple, le demandeur vise délibérément à perturber le fonctionnement d'une autorité ou lorsqu'il saisit l'autorité de manière répétée

1859 et systématique afin d'accéder à un document auquel il a déjà eu accès, soit par le mécanisme du projet, soit par un autre moyen. Le Conseil fédéral peut, dans le cadre de sa compétence d'exécution, en préciser les conditions. Il importe de préciser que la simple répétition d'une demande n'est pas encore en soi constitutive d'un abus. Si le traitement d'une demande nécessite plus qu'un simple travail minime, la loi autorise l'administration de percevoir un émoulement (voir commentaire de l'art. 17).

2.3 Procédure d'accès aux documents officiels

2.3.1 Introduction: aperçu de la procédure La procédure proposée ici se

compose de deux parties principales: d'une part les procédures de demande d'accès et de médiation, d'autre part les procédures de décision et de recours. Cette procédure devra encore être mise à l'épreuve. Des adaptations ultérieures ne sont donc pas exclues (voir art. 19).

2.3.1.1 Procédure de demande d'accès et procédure de médiation La procédure débute toujours par une demande d'accès à un ou plusieurs documents officiels. L'autorité compétente doit s'exprimer brièvement sur la demande (prise de position). Si cette prise de position ne satisfait pas entièrement le demandeur, celui-ci peut, par le biais d'une demande en médiation, s'adresser à un organe indépendant en la personne du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence. Celui-ci tentera de réconcilier les deux parties. Si la médiation réussit, la procédure sera considérée comme close. Sinon, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence formule une recommandation portant sur l'octroi total ou partiel ou le refus total ou partiel de l'accès. La procédure de médiation présente l'avantage de permettre la liquidation d'un grand nombre de cas litigieux sans qu'il faille rendre une décision et passer par les différentes étapes de la procédure administrative. A l'étranger, les procédures de médiation revêtent une grande importance. On peut dès lors partir du principe que, dans l'administration fédérale aussi, la procédure de médiation permettra de liquider une grande partie des cas litigieux.

2.3.1.2 Procédure de décision et procédure de recours L'autorité compétente doit rendre une décision si, à l'encontre de la recommandation du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, elle entend limiter, différer ou refuser l'accès à un document officiel ou si le demandeur requiert une décision parce qu'il n'est pas d'accord avec la recommandation qui a été donnée. Un recours peut être formé contre cette décision auprès d'une commission de

1860 recours indépendante (Commission fédérale de la protection des données et de la transparence)¹²⁴. L'affaire peut ensuite être portée devant le Tribunal fédéral.

2.3.2 Demande d'accès (art. 10)

2.3.2.1 Généralités (art. 10, al. 1 à 3) La demande doit être adressée à l'autorité qui a produit les documents officiels ou qui les a reçus, en tant que destinataire principal, de la part de tiers qui ne sont pas soumis au projet (al. 1; cf. commentaire de l'art. 5, al. 1, let. b). Lorsque les documents ont été versés aux Archives fédérales, c'est le mécanisme exposé plus haut qui s'applique (voir ch. 1.1.3.3). L'objectif de transparence ne permet pas que des exigences de forme trop strictes soient posées pour la demande initiale. L'administration doit se rapprocher des citoyens. Le projet en tient compte en autorisant une très grande liberté dans le choix de la forme de la demande. La disposition de l'al. 1 ne pose aucune exigence de forme. La demande peut donc être présentée sans forme, c'est-à-dire exprimée oralement, envoyée par télécopie, voire expédiée par messagerie électronique, ou adressée par écrit. Selon le projet, l'identité du demandeur ne doit en principe pas être contrôlée. Le droit d'accès est en effet reconnu à tout le monde, quelle que soit la nationalité du demandeur ou son domicile et quelle que puisse être sa motivation (voir commentaire de l'art. 6). Il ne serait d'ailleurs pas réaliste de vouloir contrôler l'identité des demandeurs, ne serait-ce qu'en raison du travail que représenterait cette opération. Les demandeurs ne doivent donc fournir en principe aucune précision sur leur personne. Pour des raisons pratiques évidentes, une adresse de référence doit néanmoins être communiquée pour l'envoi des documents demandés si ceux-ci doivent être expédiés par la poste. Certaines adresses de messagerie électronique, en revanche, ne permettent pas de retrouver l'identité du correspondant. La signature manuscrite de la demande n'est d'ailleurs pas requise puisque la loi ne pose aucune exigence de forme. La perception d'émoluments au sens de l'art. 17 nécessitera généralement une facture. La

procédure de paiement devra être réglée par voie d'ordonnance. Dans les cas où le demandeur vient consulter les documents sur place, l'autorité peut, si la sécurité des lieux l'exige, demander une pièce d'identité. Le contrôle des personnes souhaitant accéder aux bâtiments de l'administration publique est aujourd'hui une pratique courante. Lorsque les documents sollicités sont disponibles publiquement, la demande ne doit pas forcément être adressée à l'autorité qui les a produits ou qui en est le destinataire principal. Une solution pratique pour les documents sur support papier comme la Feuille fédérale, le Recueil officiel des lois fédérales, des brochures ou d'autres imprimés, consiste par exemple à transmettre d'office la demande à la division de diffusion des publications de l'Office fédéral des constructions et de la logistique.

124 A la faveur de la réforme de l'organisation judiciaire fédérale, la Commission de la protection des données et de la transparence fera bientôt partie intégrante du Tribunal fédéral administratif devant être créé; cf. FF 2001 4000, p. 4016 ss.

1861 Lorsque les documents demandés sont disponibles publiquement sur le site Internet de l'autorité, le destinataire de la demande pourra, par exemple, informer directement le demandeur de l'adresse Internet, tout en mentionnant qu'il peut obtenir une copie papier s'il le désire (il se peut cependant que celle-ci soit fournie seulement contre paiement d'un émolument; cf. art. 17). Lorsque la demande a été adressée par erreur à une autorité qui ne les a ni produits ni reçus en tant que destinataire principal, il incombe à l'autorité destinataire de la transmettre spontanément et sans délai à l'autorité compétente. Pour ce qui est de l'accès aux documents officiels des représentations suisses à l'étranger et des missions auprès d'organisations internationales, le Conseil fédéral peut prévoir une procédure spéciale (art. 10, al. 2). Les demandes seront essentiellement traitées par la centrale à Berne. Il est à noter que la consultation des documents sur place ne sera possible que dans les locaux de la centrale pour éviter que les ambassades et les missions ne doivent aménager des locaux spéciaux à cet effet. Selon l'art. 10, al. 3, la «demande doit être formulée de manière suffisamment précise» et doit permettre d'identifier les documents officiels demandés. Le projet n'a en effet pas pour objet de transformer les autorités en documentalistes en les chargeant de procéder à des recherches destinées à réunir pour le demandeur une documentation détaillée sur un sujet précis. Une demande dont le caractère général contraint l'administration à procéder à de longues recherches n'est cependant pas abusive en soi: l'autorité prie alors le demandeur de préciser sa demande, sans préjuger de sa prise de position sur le fond. Il est à noter que l'exigence d'une demande suffisamment précise permettant d'identifier les documents en question ne doit pas être interprétée de manière trop stricte: il suffit que le document soit identifiable par l'autorité destinataire de la demande sans complications excessives. Le degré de précision exigé dépend en outre des moyens dont les demandeurs disposent, du moins lorsqu'il n'existe pas de registre de documentation complet auquel ils puissent se référer (cf. commentaire de l'art. 21). En conclusion de ce qui précède, on soulignera que les autorités sont tenues de soutenir activement le demandeur dans sa démarche (voir commentaire de l'art. 6), plus particulièrement lorsque celui-ci n'a pas d'autre moyen de préciser sa demande (p. ex. registre).

2.3.2.2 Réglementation des modalités de procédure par le Conseil fédéral (art. 10, al. 4)

2.3.2.2.1 Besoins particuliers des médias (art. 10, al. 4, let. a)

Une des critiques qui a été formulée à plusieurs reprises dans le cadre de la procédure de consultation touchait aux besoins particuliers des médias: plusieurs organismes consultés venus d'horizons divers ont en effet estimé que le projet n'en tenait pas suffisamment compte. Ils ont plus

particulièrement exprimé la crainte de voir une formalisation des demandes d'accès venir compliquer la consultation des documents officiels aujourd'hui accessibles sans forme particulière. Plusieurs organismes représentant des intérêts divers ont ainsi demandé qu'un accès rapide et privilégié soit accordé aux médias. Or le projet n'entend précisément pas remettre en question

1862 la collaboration avec les médias là où elle fonctionne bien. Comme le projet prévoit une procédure de demande très informelle (pas de prescription de forme, pas d'exigence d'un intérêt justifié), les médias pourront continuer d'utiliser leurs canaux d'information habituels pour obtenir les informations souhaitées de manière rapide et informelle. L'octroi aux médias de droits spéciaux viendrait compliquer la procédure de manière excessive. Outre certaines considérations de principe, c'est la raison pour laquelle l'institution de droits spéciaux n'a pas été prévue dans le projet. En vertu de l'art. 10, al. 4, let. a, le Conseil fédéral est néanmoins chargé de tenir compte des besoins particuliers des médias lors de la réglementation des spécificités de la procédure. Il pourrait par exemple leur accorder des facilités en matière de paiement des émoluments ou recommander dans l'ordonnance que les délais légaux ne soient si possible pas échus dans le cas des demandes présentées par les médias. La question de la diffusion spontanée et rapide d'informations complètes au sujet des questions importantes est en revanche aujourd'hui déjà réglée dans les dispositions spéciales, selon lesquelles le Conseil fédéral et l'administration sont tenus de mener une politique d'information active (art. 180, al. 2, Cst.125 et art. 10 LOGA126).

2.3.2.2.2 Grand nombre de demandes et demandes nécessitant un surcroît important de travail (art. 10, al. 4, let. b et c) L'activité principale de l'autorité a en principe la priorité sur le traitement des demandes d'accès. L'intérêt public à une administration fonctionnelle et efficace prime l'intérêt public à la transparence. Ces deux intérêts peuvent notamment entrer en conflit lorsque que certaines demandes d'accès nécessitent un surcroît particulièrement important de travail. Pour ces cas, l'art. 19, al. 4, let. c, confère la compétence au Conseil fédéral de fixer des délais de traitement plus longs. De plus, en vertu de l'art. 17, al. 3 et 4, le Conseil fédéral peut prévoir des émoluments pour couvrir les frais. Si une autorité est saisie simultanément d'un nombre extraordinaire de demandes, soit en raison d'une situation politique particulière soit à la suite d'une action concertée, il est dans l'intérêt de l'autorité de répondre de manière active à ce besoin d'information. Selon l'art. 4, let. b, le Conseil fédéral peut par exemple prévoir que l'autorité publie les documents requis dans une forme appropriée. Si de nombreuses parties entament une procédure de recours concernant l'accès à des informations identiques, les dispositions générales de la loi sur la procédure administrative 127 relatives aux procédures impliquant un grand nombre de parties (soit les art. 11a et 36 PA) s'appliquent. Pour la procédure de médiation, il dépend du pouvoir d'appréciation du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence de mener cette procédure de manière adaptée à la situation particulière. Dans tous les cas, avec l'accord de toutes les parties et de leurs représentants, il peut choisir une procédure similaire à celle prévue par la PA. Il peut toutefois aussi rendre directement une recommandation lorsqu'il s'avérerait disproportionné d'entendre tous les

125 RS 101 126 RS 172.010 127 RS 172.010

1863 demandeurs et que leurs représentants ne sont pas déterminés ou ne peuvent pas être déterminés. 2.3.3 Consultation de la personne concernée (art. 11) Lorsque la demande porte sur des documents contenant des données personnelles et que l'autorité envisage de les rendre accessibles, au motif que l'intérêt public à l'accès l'emporte sur l'intérêt de la

personne concernée à la protection de sa sphère privée, la première a l'obligation d'entendre la seconde. Cette dernière doit être informée de la prise de position de l'autorité sur la demande d'accès (art. 11, al. 2) et elle peut prendre part à la suite de la procédure (art. 12, al. 3, art. 13, al. 1, let. c, art. 15, al. 1, du projet ainsi que l'art. 25bis [nouveau] LPD). A ce propos, il convient de se référer au commentaire de l'art. 9. Pour être complet, il convient de relever que l'art. 11 est également applicable lorsque l'autorité entend refuser l'accès, qu'elle a par conséquent renoncé à entendre la personne concernée et que le demandeur entame une procédure de médiation. Dans ce cas, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, en tant qu'autorité de médiation, doit entendre la personne concernée s'il entend rendre accessibles les documents concernant celle-ci.

2.3.4 Prise de position de l'autorité (art. 12)

Selon l'art. 12, l'autorité doit prendre position sur la demande. Sont considérés comme autorités au sens du projet les services de l'administration fédérale ainsi que les organismes et les personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale qui sont habilités à rendre des décisions de première instance (voir art. 2). Est compétente pour prendre position l'autorité qui a produit le document officiel dont la consultation est demandée ou sur lequel des renseignements sont requis ou l'autorité qui l'a reçu en tant que destinataire principal (art. 10, al. 1). Les compétences internes pour prendre position peuvent être réglées soit dans l'ordonnance d'exécution du projet, soit par les départements eux-mêmes. Il est concevable que l'ordonnance prévoie la compétence d'une unité administrative, par exemple la section ou la division, ou d'une personne, par exemple le spécialiste. Si la demande est admise, l'autorité compétente donne les renseignements souhaités ou met les documents demandés à disposition pour qu'ils soient consultés. Dans ce cas la prise de position se fait sans forme, c'est-à-dire oralement s'il s'agit d'un renseignement, par la poste, électroniquement ou par télécopie s'il s'agit de remettre une copie ou alors par une consultation sur place. La forme écrite n'est prescrite que s'il n'est pas donné suite à la demande en tout ou en partie. L'autorité doit alors indiquer sommairement les motifs pour lesquels elle limite, diffère ou refuse l'accès au document demandé. Afin de diminuer le travail de l'administration, il est envisageable d'avoir recours à des formulaires standards (al. 4). L'autorité prend position aussi vite que possible, mais en tous les cas dans les vingt jours à compter de la date de réception de la demande. Il est à noter dans ce contexte que le projet fixe en règle générale un délai de vingt jours; des exceptions ne sont

1864 prévues que pour la recommandation (voir art. 14) et la procédure de recours (voir art. 16), pour lesquelles le délai est de trente jours. Comme les prises de position négatives ne doivent être motivées que de manière sommaire, le délai de vingt jours est approprié. Lorsque la demande peut être admise sans hésitation, une communication informelle est possible dans un délai encore plus court. La brièveté du délai est aussi dans l'intérêt du demandeur, car il requiert en général des renseignements ou la consultation de documents sur des événements qui font l'actualité. Le délai ne doit pas seulement être observé en temps ordinaire mais aussi durant les périodes de surcharge temporaire (cf. aussi ch. 2.3.2.2.2 ci-dessus). Exceptionnellement, le délai peut être prolongé si la demande concerne des documents nombreux, complexes ou difficiles à obtenir. Un document est considéré comme complexe notamment lorsque des spécialistes doivent examiner s'il existe des motifs d'exception au sens de l'art. 7. Il en va de même dans le cas où le contenu est certes compréhensible d'une manière générale, mais où l'existence possible de motifs d'exception présuppose une étude détaillée. Si des personnes concernées doivent être consultées en vertu de l'art. 11, parce que les documents visés contiennent des données personnelles, les

délais peuvent être prolongés en conséquence. Dès que l'autorité se rend compte qu'elle ne pourra pas se déterminer sur la requête dans le délai ordinaire, elle doit informer le demandeur de la prolongation du délai et lui indiquer les motifs qui la justifient. Il serait concevable de renoncer à prescrire un délai et de prévoir à la place une disposition exigeant que la demande soit traitée aussi vite que possible. La fixation dans la loi de délais clairs présente cependant l'avantage d'augmenter la sécurité juridique et de contribuer à accélérer la procédure. Le déroulement de la procédure de demande d'accès aux documents contenant des données personnelles a déjà été décrite (cf. art. 9). Selon l'al. 3, l'autorité devra suspendre l'accès jusqu'à ce que la procédure de médiation ait abouti ou jusqu'à ce qu'une décision soit rendue et entrée en force lorsque la personne concernée a été entendue et s'est opposée à l'octroi de l'accès.

2.3.5 Médiation (art. 13)

L'art. 13 prévoit la possibilité de soumettre la demande au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence lorsque l'autorité limite, diffère ou refuse l'accès aux documents officiels ou lorsqu'elle ne prend pas position sur la demande dans le délai prévu par la loi. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence n'agit pas d'office, mais seulement sur la base d'une demande en médiation déposée par écrit. Il n'est compétent qu'à partir du moment où la procédure de demande d'accès a eu lieu. A qualité pour présenter une demande en médiation le demandeur ou son représentant ainsi que, s'il s'agit de documents contenant des données personnelles, la personne concernée ou son représentant (art. 13, al. 1, let. c). Si une demande d'accès a été présentée par plusieurs personnes, chacune d'elles est habilitée à présenter la demande en médiation; il n'est pas nécessaire qu'elles agissent toutes (concernant le cas d'un grand nombre de demandes, cf. ch. 2.3.2.2.2 ci-dessus). La preuve d'un intérêt particulier n'est pas nécessaire pour la présentation d'une demande en médiation; la participation à la procédure de demande d'accès est suffisante. Enfin, la forme et le délai doivent être observés; la

1865 forme écrite simple suffit. Il doit ressortir de la demande que le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence doit se charger de l'affaire; il n'est pas nécessaire de joindre la prise de position de l'autorité. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence peut se la procurer lui-même par la voie administrative interne. Le délai est observé si la demande est présentée dans les vingt jours qui suivent la réception de la prise de position de l'autorité. La remise de la demande à un bureau de poste est suffisante, il n'est pas nécessaire que la demande soit parvenue à destination. Le délai est aussi observé si la demande a été présentée à une autorité qui n'est pas compétente. Celle-ci doit la transmettre d'office au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence. Si le délai est dépassé, une nouvelle procédure peut être entamée par l'envoi d'une demande à l'autorité compétente. Il est concevable que l'autorité qui prend position par écrit à une demande d'accès joigne un formulaire standard de demande en médiation pour faciliter la suite de la procédure. Si le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence entre en matière sur la demande en médiation, il doit traiter celle-ci sur le fond. Son objectif doit être de concilier le demandeur et l'autorité compétente pour décider de l'accès. La médiation tend en règle générale à un compromis entre les positions des deux parties. Celles-ci doivent être entendues. La procédure de consultation peut se faire par écrit ou oralement, sous l'égide du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence. Dans ce dernier cas, l'autorité doit désigner un représentant chargé de défendre son point de vue et d'agir en son nom de manière contraignante. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence dispose d'un accès illimité aux documents demandés (art. 20). C'est à lui qu'il incombe de fixer les modalités de détail de

la procédure: cela lui permet de choisir la formule la mieux adaptée au cas concret. Si la médiation aboutit, l'affaire est classée. La loi ne prévoyant pas de forme spéciale pour la médiation, les deux parties peuvent parvenir à un accord informel.

2.3.6 Recommandation (art. 14)

L'art. 14 règle la procédure en cas d'échec de la médiation. Tel est le cas en vertu de la loi lorsque la médiation n'a pas abouti dans les trente jours qui suivent la réception de la demande en médiation. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence n'a pas de pouvoir de décision. S'il arrive à la conclusion que l'accès aux documents demandés doit être accordé entièrement ou dans une mesure dépassant celle qui a été admise, il formule une recommandation dans ce sens; il en va de même lorsqu'il est d'avis que la limitation de l'accès devrait être maintenue. La recommandation doit être formulée avant l'échéance du délai de trente jours. Les destinataires sont aussi bien l'autorité concernée que la personne qui a présenté la demande en médiation, ainsi que les tiers concernés lorsqu'il s'agit de documents officiels contenant des données personnelles. La recommandation n'a pas force obligatoire. Pour ce qui est des frais de procédure et des dépens, il y a lieu de se référer au commentaire de l'art. 17.

1866 2.3.7 Décision (art. 15)

Lorsque le demandeur ou la personne concernée (au cas où il s'agit de documents officiels contenant des données personnelles) requiert une décision au sens de l'art. 5 PA128, l'autorité doit, selon l'art. 15, statuer dans un délai de dix jours à compter de la date de réception de la recommandation. Le demandeur doit également requérir une décision lorsqu'il n'est pas d'accord avec la recommandation, au motif qu'elle ne va pas assez loin pour lui. La personne concernée peut également exiger une décision, lorsque la recommandation n'est pas assez restrictive. L'autorité doit d'elle-même également rendre une décision si, contrairement à la recommandation du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, elle entend limiter, différer ou refuser le droit d'accès à un document officiel (al. 2, let. a). Il y a limitation, report ou refus, lorsqu'il n'est pas entièrement donné suite à la demande. L'autorité devra également rendre une décision lorsqu'elle entend accorder l'accès à un document contenant des données personnelles, contrairement à la recommandation du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (al. 2, let. b). La procédure est régie par les art. 1 à 43 de la loi fédérale sur la procédure administrative. Le projet prévoit une particularité par rapport à cette loi: selon l'al. 3, la décision doit être rendue dans les vingt jours à compter de la date de réception de la recommandation ou de la réception de la requête au sens de l'art. 15, al. 1.

2.3.8 Recours (art. 16)

2.3.8.1 Commission fédérale de la protection des données et de la transparence

L'actuelle Commission fédérale de la protection des données (art. 33 LPD129) devient la Commission fédérale de la protection des données et de la transparence (art. 22 du projet). Selon l'art. 16, al. 1, elle est compétente pour statuer en matière de recours d'après la loi sur la transparence. En raison de ses nouvelles tâches, la présidence de la commission sera transformée en un poste à plein temps et son secrétariat renforcé. La compétence d'enquêter de la commission (al. 3) est la même que celle du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (art. 19). Elle correspond également à celle de l'actuelle Commission fédérale de la protection des données. Dans le cadre de la réforme en cours de l'organisation judiciaire fédérale, la Commission fédérale de la protection des données et de la transparence sera intégrée au nouveau Tribunal fédéral administratif qui doit être créé¹³⁰.

1867 2.3.8.2 Procédure de recours L'art. 16 règle la procédure de recours. Les décisions de l'autorité administrative peuvent être attaquées dans les trente jours à compter de leur notification. Le refus de statuer ou le retard à se prononcer est assimilé à une décision (al. 4). La procédure est régie par la loi fédérale sur la procédure administrative. L'autorité de recours est la Commission fédérale de la protection des données et de la transparence (la commission). Il s'agit d'une commission de recours et d'arbitrage indépendante au sens des article 71a ss PA. La commission ne statue pas définitivement. Un recours de droit administratif au Tribunal fédéral reste possible. Les art. 97 ss de la loi d'organisation judiciaire¹³¹ sont applicables. La procédure devant la commission n'est pas gratuite (voir art. 17, al. 2, a contrario). Le recourant doit fournir une avance de frais équivalente aux frais de procédure présumés. Il est aussi possible de demander l'assistance judiciaire devant la commission (art. 65 PA).

2.3.9 Emoluments (art. 17) 2.3.9.1 Caractère onéreux de la procédure (art. 17, al. 1 et 2) L'accès aux documents officiels est, par principe, onéreux (art. 17, al. 1). Ce principe permet, dans une certaine mesure, de contrebalancer l'accès inconditionnel aux documents officiels. La perception d'émoluments a été décidée compte tenu de l'intérêt public au fonctionnement efficace et rationnel de l'administration. Outre la simplicité et la rapidité de la procédure, le niveau très modeste des émoluments est cependant un élément clef du principe de transparence. Si les pressions exercées sur l'administration pour obtenir un fonctionnement rationnel ne cessent d'augmenter, celles-ci ne doivent pas venir entraver l'accès aux documents de manière notable. Les demandes ne provoquant qu'un travail minime sont donc gratuites (al. 2, let. a). Une généralisation de la perception d'émoluments pourrait en effet se révéler prohibitive dans le cas des demandes de ce type, sans compter qu'elle provoquerait des frais administratifs démesurés. Elle irait à l'encontre de l'objectif de la loi sur la transparence. Le fait de déroger au principe du caractère onéreux des demandes dans le cas des requêtes provoquant un travail administratif minime se justifie donc tant pour des raisons d'économie que pour des considérations de principe. En ce qui concerne les prestations de l'administration qui sont fournies contre émoluments selon le droit en vigueur, le principe de transparence n'y changera rien. Le principe de transparence a pour objectif de rendre accessibles les documents existants. L'administration n'aura donc pas à fournir des prestations supplémentaires. Par principe, on ne saurait notamment lui demander de produire des documents nouveaux. Il convient encore de rappeler que les informations qui sont commercialisées

131 RS 173.110

1868 sées par une autorité sont exclues du champ d'application du projet (art. 5, al. 3, let. a). Comme elle fait partie de la procédure de décision en matière d'octroi de l'accès, la procédure de médiation est gratuite. Il en va de même de la procédure de décision, qui, le cas échéant, fait suite à la procédure de médiation (al. 2, let. b et c). La procédure devant la Commission fédérale de la protection des données et de la transparence obéit quant à elle aux règles ordinaires applicables aux commissions de recours et d'arbitrage. Dans tous les cas, les règles spéciales relatives à la perception d'émoluments sont réservées (al. 4).

2.3.9.2 Montant de l'émolument (art. 17, al. 3) L'art. 17, al. 3, énumère les critères déterminant le montant des émoluments, à savoir: – L'importance du travail nécessaire pour répondre à une demande (let. a). Il peut s'agir par exemple de l'opération consistant à rendre anonyme un document officiel (voir commentaire de l'art. 9); dans ce cas, un tarif horaire peut être prévu. On peut aussi prendre en compte le volume des documents auxquels l'accès est demandé. Le temps passé à rechercher des documents, en revanche, ne doit pas avoir

d'influence sur le montant de l'émolument. Pour que la perception d'un émolument soit justifiée, il faut que le travail dépasse un certain seuil. Une réglementation autorisant la perception d'émoluments pour les demandes auxquelles l'administration peut répondre facilement, que ce soit par téléphone, par message électronique ou par un autre moyen simple, serait tout simplement contraire à l'esprit de la loi sur la transparence. – Le nombre de copies demandées (let. b) Le montant de l'émolument perçu doit être fixé compte tenu de la jurisprudence du Tribunal fédéral relatif au prix des photocopies¹³². Un émolument peut également être perçu lorsque l'administration met à disposition du public des appareils de copie (voir commentaire de l'art. 6, al. 2). Le Conseil fédéral peut en outre prévoir que les copies sont gratuites jusqu'à un certain nombre d'exemplaires. Cette disposition s'applique également aux copies sous forme électronique (p. ex. des cédéroms, des disquettes, des documents envoyés par messagerie électronique). Afin d'encourager la consultation des documents sur le réseau Internet et de décharger l'administration, le Conseil fédéral peut cependant prévoir la gratuité de l'accès aux documents électroniques disponibles publiquement sur le réseau Internet. Favoriser la diffusion informatisée des informations devrait permettre de contenir dans des limites raisonnables la charge de travail due à l'introduction du principe de transparence. Diverses mesures organisationnelles allant dans ce sens devraient dès lors être prises, par exemple la mise à disposition du public de bornes de consultation et un conseil adéquat.

132 Voir notamment ATF 118 Ib 349

1869 Dans le cadre de sa compétence d'exécution, le Conseil fédéral peut prévoir que l'autorité aura l'obligation d'informer préalablement le demandeur s'il est prévisible que l'émolument dépassera un certain montant. 2.3.9.3 Tarif et perception des émoluments pour la remise d'imprimés ou de supports d'information similaires (art. 17, al. 4 et 5) Selon l'art. 17, al. 4, le tarif des émoluments est fixé par le Conseil fédéral. La formulation lui laisse une certaine marge de manœuvre. Il lui est ainsi loisible de déterminer le nombre de pages par requête (ou par demandeur) à partir duquel un émolument est perçu. Cette disposition prévoit également expressément que les dispositions spéciales en matière d'émolument restent applicables. Par exemple, les taxes de transmission du RO, du RS, de la FF et de la JAAC publiés sous forme électronique sont actuellement réglées par l'ordonnance du 8 avril 1998 concernant la publication électronique de données juridiques¹³³ et l'ordonnance du 24 juin 1999 de la Chancellerie fédérale concernant les taxes de transmission de données juridiques¹³⁴. A l'al. 5, il est précisé que la remise de rapports, de brochures ou d'autres imprimés peut être soumise au versement d'un émolument, comme c'est le cas déjà aujourd'hui. Cette disposition ne s'applique d'ailleurs pas seulement aux imprimés, mais aussi à d'autres supports d'information (p. ex. cédéroms, photos, etc.)¹³⁵.

2.4 Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence

2.4.1 Attribution de la fonction

Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence joue un rôle fondamental dans la procédure d'accès aux documents officiels. En sa qualité d'organe de médiation, il est chargé de trouver rapidement un accord entre la personne qui souhaite avoir accès à des documents et l'autorité qui estime devoir ne pas l'autoriser à les consulter ou qui se refuse à lui donner des renseignements sur leur contenu. Son rôle ne se limite cependant pas à cette activité de médiation. Il doit aussi assumer la fonction d'un organe de conseil, auquel peuvent s'adresser les autorités comme les particuliers pour obtenir des renseignements sur les modalités d'accès aux documents officiels, indépendamment d'un cas particulier. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence sera aussi

une sorte de «centre de compétences» pour toutes les questions ayant trait au principe de transparence.

133 RS 170.512.2 134 RS 172.041.12 135 Cf. p. ex. ordonnance du 21 décembre 1994 sur les émoluments de l'Office central fédéral des imprimés et du matériel (RS 172.041.11).

1870 Dans l'avant-projet, il était prévu que le préposé à la transparence ne revête qu'une fonction de médiation. Cette formule a été critiquée par les organes consultés. Ils ont en effet été nombreux à demander que cette fonction ne fasse qu'une avec celle de Préposé fédéral à la protection des données. Il est vrai que les tâches de ce dernier sont différentes; il s'agit en effet de tâches de surveillance et non de médiation, qui peuvent également concerner le domaine du droit privé. Il est cependant prévisible que la procédure d'accès à des documents officiels contenant des données personnelles posera souvent des questions ayant trait à la protection des données. Il paraît donc judicieux de confier les tâches de médiation et de conseil au sens de la loi sur la transparence au Préposé fédéral à la protection des données. Cela permettra de simplifier au maximum la procédure d'accès et de tirer parti des synergies existantes. Cette solution permet aussi de tenir compte des craintes exprimées par certains organes consultés de voir la protection des données personnelles affaiblie par l'introduction du principe de transparence. C'est donc le Préposé fédéral à la protection des données qui revêtira la fonction de préposé à la protection des données et à la transparence (art. 17). La dénomination sera donc modifiée en conséquence dans le cadre de la LPD136 (cf. art. 21). Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence agit de manière indépendante et n'est pas soumis hiérarchiquement au Conseil fédéral dans l'exécution de ses tâches au sens de la loi sur la transparence¹³⁷. Il dispose de son propre secrétariat permanent (cf. art. 26 LPD). Il appartiendra au Conseil fédéral de prévoir le financement des tâches supplémentaires dans le cadre du budget.

2.4.2 Tâches (art. 18) La tâche principale du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence consiste à conduire la procédure de médiation et, pour le cas où celle-ci n'aboutit pas, à formuler une recommandation (let. a; voir commentaire des art. 13 et 14). Si la médiation est assurément la tâche primordiale du préposé, ce n'est cependant pas la seule. De manière générale, le préposé devra informer le public (p. ex. par des brochures d'information) et les autorités (p. ex. par des recommandations, des conseils techniques sur la gestion de données) sur les modalités d'accès aux documents officiels (let. b). Hors d'une procédure de médiation, il sera ainsi possible de s'adresser au préposé pour se renseigner sur les conditions et les modalités pratiques d'accès aux documents. Même si, en principe, toute autorité doit être à même de renseigner le public sur les principes généraux d'accès aux documents, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence et son secrétariat joueront le rôle d'un centre de compétences en matière d'accès aux documents, et pourront donner des conseils plus précis sur les modalités d'accès et la pratique des autorités. Les autorités pourront elles aussi s'adresser au préposé pour obtenir des renseignements en matière de transparence. Comme toutes les autorités sont tenues de faciliter l'accès du public aux documents officiels (voir commentaire de l'art. 21), elles pourront obtenir du préposé des conseils pratiques par exemple sur la gestion infor-

136 RS 235.1 137 Pour ce qui est de ses autres tâches, cf. art. 27 ss LPD.

1871 matique des données et les modalités de consultation. En cas de besoin, le préposé pourra en outre prendre lui-même l'initiative d'émettre des recommandations à l'intention de l'administration en matière de transparence. Ces recommandations n'auront toutefois pas un caractère contraignant. Les projets d'actes législatifs fédéraux et les mesures fédérales

qui touchent de manière importante à la transparence devront être soumis au préposé (let. c). Ainsi, les actes législatifs qui touchent à l'archivage ou à l'utilisation de supports informatiques devraient lui être soumis pour préavis. Pour ce qui est des projets d'actes législatifs ou de mesures de la Confédération touchant à la protection des données, le préposé se prononcera en vertu de l'art. 31, al. 1, let. b, LPD¹³⁸. La situation actuelle en matière d'accès aux documents administratifs dans divers pays étrangers a été présentée ci-dessus (voir ch. 1.1.1.3). A l'étranger, les modalités d'accès aux documents diffèrent d'un pays à l'autre. Plusieurs d'entre eux appliquent le principe de transparence depuis plusieurs années. Leurs expériences peuvent être riches en enseignements pour la Suisse. Le préposé devra donc, en vertu de la let. d, s'efforcer de suivre l'évolution de la situation à l'étranger.

2.4.3 Evaluation (art. 19)

La loi sur la transparence devra faire l'objet d'un rapport d'évaluation périodique sur sa mise en œuvre et ses effets. Il sera adressé au Conseil fédéral (art. 19, al. 1). La fréquence n'est pas précisée dans le texte de loi, qui pose comme seule exigence celle d'«intervalles réguliers». Un certain pouvoir d'appréciation est laissé ici au préposé. Une fréquence de trois à cinq ans constitue un ordre de grandeur possible, autorisant des études approfondies et de qualité. Cette évaluation devra accorder une grande importance au contrôle des coûts engendrés par la mise en œuvre du projet, en particulier dans la 1^{ère} phase de réalisation du principe de transparence. C'est pourquoi la présente disposition prescrit qu'un rapport sur cette question doit être présenté au Conseil fédéral dans un délai de trois ans après l'entrée en vigueur de la loi (al. 2). Si les coûts s'avèrent trop élevés, le Conseil fédéral pourra procéder aux corrections nécessaires. Il pourra en particulier mettre à disposition des services concernés des ressources supplémentaires, adapter le tarif des émoluments ou proposer une révision de la loi pour limiter le droit d'accès de manière ponctuelle. Les rapports du préposé doivent être publiés (art. 19, al. 3), comme le sont par exemple aussi les rapports du Préposé fédéral à la protection des données. L'obligation de publier ces rapports résulte également de l'art. 18, let. b, du projet, en vertu duquel le préposé doit informer sur l'accès aux documents officiels.

138 RS 235.1

1872 2.4.4 Droit d'obtenir des renseignements et de consulter les documents (art. 20)

Dans le cadre de son activité de médiation, le préposé a le droit de prendre connaissance en tout temps des documents officiels tombant dans le champ d'application du projet sans tenir compte d'une éventuelle obligation de garder le secret. Ce droit s'inspire de celui qui est prévu à l'art. 10 de la loi fédérale sur le Contrôle fédéral des finances¹³⁹ et à l'art. 14 du règlement du 8 novembre 1985 des commissions des finances et de la délégation des finances des Chambres fédérales¹⁴⁰. En vertu du principe de proportionnalité, le préposé aura accès aux documents dans la mesure nécessaire pour formuler une recommandation. Les droits de renseignement et de surveillance correspondent par analogie aux compétences actuelles du Préposé fédéral à la protection des données en matière de surveillance des organes fédéraux selon l'art. 27, al. 3, LPD. L'al. 2, précise dans quelle mesure le préposé et son secrétariat sont soumis au secret de fonction (cf. commentaire de l'art. 4). Sur la base de son droit de surveillance et de son activité, le préposé ainsi que les collaborateurs de son secrétariat seront soumis aux contrôles de sécurité selon la section 4 de la loi fédérale du 21 mars 1997 sur les mesures de sécurité intérieure (LMSI)¹⁴¹.

2.5 Dispositions finales

2.5.1 Exécution (art. 21)

Pour faciliter le droit d'accès à des documents officiels, l'art. 21, let. a et b, prévoit que le Conseil fédéral peut édicter des dispositions concernant l'information sur les documents officiels et leur gestion. L'autorité doit soutenir le demandeur dans sa

démarche. Il est accordé une grande importance à la formation du personnel de l'administration. Des listes des documents accessibles peuvent être établies sur la base du système d'enregistrement informatisé prévu pour la gestion des documents. Les bases pour cela sont prévues dans les Instructions concernant la gestion de documents dans l'administration fédérale¹⁴² et à l'art. 8 LOGA¹⁴³ sur lequel ces instructions se fondent. A moyen et à long terme, il conviendra de se référer dans la pratique aux expériences de l'Union européenne qui établit des grandes banques de données pour aider les citoyens et les organisations à trouver leur chemin dans la multitude d'informations mises à disposition. Dans ce cadre, les moyens modernes de communication peuvent être mis à profit. Dans le cadre de la procédure de consultation, différents milieux ont de plus demandé de prévoir des mesures pour faciliter la recherche de documents.

139 RS 614.0 140 RS 171.126 141 RS 120 142 FF 1999 4928 143 RS 17.010

1873 Lors de l'adoption de prescriptions concernant la gestion de documents officiels, le Conseil fédéral tient compte des particularités qui peuvent résulter de l'autonomie organisationnelle des unités administratives décentralisées et des organisations ou des personnes de droit privé ou public, qui n'appartiennent pas à l'administration fédérale. Enfin, le Conseil fédéral doit avoir la possibilité d'émettre des dispositions spéciales concernant la publication de documents officiels; il pourrait par exemple prévoir que les documents qui seront l'objet de demandes d'accès répétées, devront être rendus accessibles sur Internet.

2.5.2 Modifications de lois fédérales (art. 22) Les modifications des lois fédérales concernent pour l'essentiel la LPD. Certains aspects ont déjà été commentés (voir en particulier le commentaire de l'art. 9). Les autres modifications de loi nécessitent encore quelques commentaires (voir ci-dessous).

2.5.2.1 Accès aux documents officiels contenant des données personnelles (art. 19, al. 1bis [nouveau], LPD) A son art. 7, al. 2, le projet prévoit qu'exceptionnellement des documents officiels peuvent être rendus accessibles même si leur divulgation porte atteinte à la sphère privée de tiers. Dans ce cas, l'intérêt public à la transparence doit prévaloir sur l'intérêt à la protection de la sphère privée. L'art. 9, al. 2, prévoit en outre qu'il y a lieu de statuer sur une demande d'accès à des documents officiels contenant des données personnelles, sur la base de l'art. 19 LPD. Il est donc nécessaire d'introduire dans la LPD une norme de coordination prévoyant l'octroi de l'accès à des documents contenant des données personnelles. Parallèlement, il paraît nécessaire, dans le cadre de l'obligation de procéder à une information active fondée sur les art. 180, al. 2, Cst.¹⁴⁴ et 10 LOGA¹⁴⁵ qui incombe aux autorités fédérales, d'autoriser ces dernières à publier des informations contenant des données personnelles dans certains cas exceptionnels. Une base juridique claire est par exemple nécessaire pour la publication de rapports relatifs à des enquêtes administratives contenant des données personnelles. La base légale nécessaire dans ces deux cas d'information spontanée des autorités est créée sous la forme de l'art. 19, al. 1bis (nouveau), LPD. Celui-ci permet aussi une coordination des besoins de la protection des données et de la transparence. Le type de données pouvant être publiées sur la base des présentes dispositions doit être déterminé cas par cas, après évaluation minutieuse des intérêts en présence. Cette pesée des intérêts doit être opérée compte tenu de différents critères. La publication ne doit pas être incompatible avec l'objectif en vue duquel les données ont été procurées à l'origine (cf. art. 4, al. 3, LPD). L'information par les autorités peut, dans certaines conditions du moins, être considérée comme étant compatible avec le

144 RS 101 145 RS 172.021

1874 principe de la LPD concernant la finalité du traitement, puisque l'obligation d'informer est formellement prévue dans une loi. Il y a lieu en particulier d'examiner si la personne concernée a fourni librement des données la concernant ou si elle avait une obligation légale de le faire; il convient également de tenir compte de la nature des données et des conséquences que leur accès pourrait avoir sur la personne concernée. La disposition en question a été libellée compte tenu de ces exigences. Il convient également de se référer au principe de la finalité du traitement pour établir si les données personnelles à communiquer sont en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques. Cette exigence pour rendre des documents accessibles selon la loi sur la transparence résulte du reste déjà de la définition du «document officiel» (art. 5, al. 1, let. c).

2.5.2.2 Publication sur Internet d'informations des autorités contenant des données personnelles (art. 19, al. 3bis [nouveau], LPD) L'art. 19, al. 3bis (nouveau), LPD sert de base légale à la publication par les autorités fédérales de données personnelles sur Internet à des fins d'information. Il y a toutefois lieu de tenir compte du principe de proportionnalité (art. 4, al. 2, LPD). On peut en effet imaginer des cas où la publication de données personnelles sur Internet à des fins d'information pourrait être disproportionnée (p. ex. lorsque le cercle de personnes auxquelles l'information est destinée est restreint et très exactement défini par avance). L'art. 19, al. 1bis, LPD, auquel se rattache l'al. 3bis, exige préalablement une pesée des intérêts en présence. En outre, les informations qui contiennent des données personnelles doivent être retirées du site en question ou effacées lorsque l'intérêt public à leur publication s'est estompé au fil du temps.

2.5.2.3 Coordination de la procédure (art. 25bis [nouveau] LPD) Le nouvel art. 25bis LPD qui doit être introduit dans la LPD, coordonne la LPD et le projet au niveau de la procédure. Il prescrit que la procédure d'accès à des documents officiels contenant des données personnelles est régie par la loi sur la transparence. Pour des motifs d'économie de procédure, la personne concernée devra faire valoir dans la procédure d'accès tant ses prétentions en matière de protection des données que les droits de procédure que lui confère le projet.

2.5.3 Référendum et entrée en vigueur (art. 23) Le Conseil fédéral fixe l'entrée en vigueur de la loi sur la transparence.

1875 3 Conséquences 3.1 Pour la Confédération L'introduction du principe de transparence a pour but principal de promouvoir la transparence de l'administration, ce qui a pour effet d'améliorer la communication et d'augmenter la confiance de la population dans ses autorités. Ces effets positifs ne sont pas directement quantifiables. Ce qui est cependant certain, c'est qu'ils rendront les mesures étatiques plus facilement acceptables et renforceront ainsi leur efficacité.

3.1.1 Répercussions financières et effets sur l'état du personnel Le coût de l'introduction du principe de transparence est très difficile à estimer avec précision. Le problème est que le nombre exact des demandes d'accès présentées aujourd'hui n'est pas connu; il est en outre pratiquement impossible de prévoir le nombre des demandes supplémentaires auxquelles il faut s'attendre. Il est donc difficile d'évaluer dans quelle mesure la charge de travail de l'administration s'en trouvera augmentée, d'autant plus qu'il n'existe pas non plus de chiffres consolidés quantifiant le travail que représentent les demandes de consultation de documents officiels à l'heure actuelle (notamment dans le cadre de procédures administratives ou de demandes de consultation au sens de l'art. 8 LPD¹⁴⁶). Dans le contexte du projet d'adaptation de la LPE¹⁴⁷ au droit de l'EEE, il était prévu d'introduire le principe de transparence dans le domaine de l'environnement. Conscient de la difficulté, le Conseil fédéral s'était refusé à «évaluer précisément le surcroît de travail qui en résultera» car il était, selon lui, «difficile d'estimer dans quelle mesure le public fera usage de son droit d'accès»¹⁴⁸. L'étude prospective¹⁴⁹

menée pour mieux cerner les répercussions de l'entrée en vigueur de la loi sur la transparence n'a guère fourni plus d'informations à ce sujet. Si l'on se réfère aux pays étrangers qui disposent de chiffres en la matière, on en conclut que la fourchette se situe entre 0,5 et 6,8 millions de francs au maximum¹⁵⁰. Compte tenu d'autres calculs comparatifs¹⁵¹, les frais supplémentaires devraient atteindre entre 4,5 et 5,5 millions de francs. Un nombre restreint de postes supplémentaires devra être créé à l'introduction du principe de transparence: trois postes ou trois postes et demi pour le préposé, deux postes pour la commission, y compris le secrétariat¹⁵². Quant au nombre restant de postes dont on envisage la création à long terme, il sera déterminé par le surcroît de

146 RS 235.1 147 RS 814.01 148 FF 1992 V 131 ss 149 Etude prospective, op.cit. 150 Etude prospective, op.cit, p. 21 s. Cette estimation est fondée sur des chiffres fournis par la Grande-Bretagne et le Canada. 151 En provenance des Etats-Unis et d'Australie. 152 On compte ici l'augmentation de la charge due au passage du temps partiel au plein temps du président de l'actuelle Commission fédérale de la protection des données. Relevons à ce propos que la Commission fédérale de la protection des données et de la transparence sera intégrée au Tribunal fédéral administratif dont la création est prévue.

1876 travail effectif. Le fait est que ces postes supplémentaires se répartiront sur les sept départements et la Chancellerie fédérale. Comme la répartition du travail supplémentaire sur les différents services sera très inégale¹⁵³, il n'est pas possible de fournir plus de précisions en la matière. Les nouveaux postes ne seront donc pas créés en prévision de l'entrée en vigueur de la loi, mais plus tard, une fois que l'administration aura fait ses premières expériences en matière de mise en œuvre du principe de transparence et que l'on pourra donc mieux estimer le surcroît de travail qui en résulte. Il n'est en outre pas exclu que le coût de la mise en œuvre de la loi sur la transparence puisse être au moins partiellement couvert par compensation: il convient en effet de rappeler que la Confédération a consacré 62,5 millions de francs à l'information active en l'an 2000¹⁵⁴. Des moyens d'organisation adéquats et diverses modalités de mise en œuvre devraient néanmoins réduire au minimum le travail supplémentaire attendu. L'adaptation des sites Internet de l'administration devrait ainsi très vraisemblablement conduire à une diminution rapide du nombre des demandes. Un aménagement adéquat des lieux et des horaires de consultation des documents, de même que la perception d'émoluments pour les informations qui occasionnent un surcroît de travail particulier, sont aussi de nature à décharger l'administration. L'acquisition d'une certaine routine dans l'octroi de l'accès aux documents officiels permettra de rationaliser le travail à moyen terme. La procédure et les formulaires doivent être standardisés. En tous les cas, le choix du mode de mise en œuvre de la loi aura une influence déterminante sur les frais liés à son application. Comme l'administration dispose de diverses possibilités d'action à cet égard, elle pourra donc prendre une certaine influence sur le coût de mise en œuvre de la loi. Une partie des coûts sera sans autre compensée avec les émoluments versés, étant donné que l'accès n'est en principe pas gratuit. Pour fixer le montant de l'émolument, le surcroît de travail devra être pris en compte. L'évaluation régulière prévue à l'art. 19 du projet sera très précieuse de ce point de vue¹⁵⁵. Dans un délai de trois ans après l'entrée en vigueur du projet, un rapport devra en effet être présenté; ce document devra examiner les coûts engendrés par l'introduction du principe de la transparence et proposer, le cas échéant, les mesures nécessaires. Il est à noter enfin que le traitement des demandes de renseignements fondées sur la LPD n'a posé aucun problème sur le plan financier. On estime aussi que la loi sur la

transparence pourrait, à moyen terme, permettre à l'administration de gagner en efficacité. Pour l'instant, il est cependant impossible d'évaluer ne serait-ce qu'approximativement l'ampleur de ce gain. On pense qu'une certaine rationalisation résultera de l'amélioration de la gestion des documents. Il est à noter que les craintes souvent exprimées, selon lesquelles l'introduction du principe de transparence représentera pour l'administration une charge extrêmement lourde, ne paraissent guère fondées: si l'on analyse les expériences concrètes faites par l'administration du canton de Berne, on constate que l'introduction du principe de transparence n'a guère posé de problèmes; les citoyens n'ont en particulier pas

153 Etude prospective, op.cit., p. 19 ss. 154 Communiqué de presse de l'Administration fédérale des finances du 12 avril 2001. 155 Cf. aussi l'étude prospective, op.cit., p. 25 s.

1877 pris d'assaut les services administratifs¹⁵⁶. Il en va de même en Suède¹⁵⁷ et au Québec notamment, où l'administration publique n'est nullement gênée dans son activité par l'application de ce principe. Ces exemples montrent également que tous les acteurs apprennent très vite; dès qu'il est clair que certaines informations ne sont pas accessibles, on ne doit plus s'attendre à ce qu'un grand nombre de demandes soit déposé. Les moyens pour mettre en œuvre la loi sur la transparence ne sont pas encore annoncés dans le plan financier 2004–2006. 3.1.2 Impacts sur l'informatique L'informatisation de l'administration est un élément important favorisant la mise en œuvre du projet. Elle conduit à diminuer le surcroît de travail administratif en facilitant l'accès immédiat aux documents. La communication des documents sous forme électronique doit donc être encouragée. Le Conseil fédéral y accordera une attention particulière durant la phase d'exécution. A long terme, on espère constituer un registre centralisé des documents officiels qui puisse être mis à disposition tant sur Internet ainsi que sur le réseau informatique interne. L'organisation et la coordination informatique nécessaires à cet effet se traduiront toutefois par un travail énorme. A court terme, il paraît donc raisonnable de privilégier des solutions décentralisées, laissant aux services le soin de publier eux-mêmes sur Internet la liste des documents rendus accessibles. Après achèvement du processus de standardisation des systèmes de gestion informatique des dossiers, le registre central pourra être constitué sans trop de difficultés. Les coûts d'introduction ou de modernisation des systèmes électroniques d'enregistrement et de gestion des documents ne sont pas directement imputables au projet. Les mesures qui sont à l'origine de ces coûts résultent en effet déjà de la LAr¹⁵⁸, de la LOGA¹⁵⁹ et des instructions du 13 juillet 1999 concernant la gestion des documents dans l'administration fédérale du DFI¹⁶⁰. A court et à moyen termes, le soutien technique de l'informatique à la mise en œuvre du principe de transparence devra être concentré sur un nombre limité de mesures complexes. Il faudra ainsi créer un site Internet consacré à la transparence, qui permettra, grâce à un système de recherche simple, de retrouver d'abord les sites recherchés et finalement les documents souhaités. Les investissements nécessaires à cet effet ne dépasseront pas 100 000 francs. L'entretien pourra être assuré au moyen des structures existantes, par exemple par le secrétariat du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence.

156 Nuspliger, K., Einleitung, in Staatskanzlei des Kantons Bern, 365 Tage Öffentlichkeitsprinzip: eine Bilanz, 1996, p. 3; Farine-Hitz, A., Transparence de l'information officielle: les impacts du principe de publicité dans le canton de Berne, travail de mémoire IDHEAP, Berne, 1998. 157 Cottier, B., La publicité des documents administratifs, 1982, p. 142. 158 RS 152.1 159 RS 172.021 160 FF 1999 4988 ss

1878 3.2 Répercussions sur l'économie L'introduction du principe de transparence dans l'administration fédérale aura des retombées positives sur l'économie suisse. L'accès facilité à une masse de connaissances supplémentaires nouvelles permettra aux différents acteurs économiques de décider en meilleure connaissance de cause (p.ex. avant et pendant les procédures législatives ou en rapport avec l'exécution de certaines tâches de la Confédération qui touchent l'économie de près). Les PME, notamment, tireront profit d'une mise à disposition des informations en provenance du secteur public, dans la mesure où cet accès facilité leur permettra de mieux tirer parti de ce potentiel d'informations. Les consommateurs bénéficieront eux aussi de cette application conséquente du principe de transparence de l'administration. L'exploitation des informations du secteur public par l'économie recèle probablement un potentiel de marché considérable. La Commission européenne partage cet avis et a l'intention de créer des conditions générales facilitant de telles utilisations au niveau communautaire (cf. ch. 5.2.2). Les nouvelles facilités d'accès aux informations de l'administration profiteront notamment au secteur des techniques de la communication et de l'information et plus précisément aux entreprises produisant des contenus pour le réseau Internet ou pour la communication mobile (ce que l'on appelle «l'industrie du contenu»). L'utilisation de documents officiels à des fins commerciales est bien entendu soumise à certaines restrictions, notamment en ce qui concerne les droits d'auteur¹⁶¹. Le changement de culture d'entreprise que l'on espère susciter en poussant les autorités à communiquer plus consciemment et de manière plus ouverte ainsi que l'augmentation de l'efficacité de l'activité administrative que l'on attend accessoirement de l'introduction du principe de transparence profiteront tout particulièrement à l'économie, notamment en contribuant à accroître ou du moins à maintenir l'attrait de la Suisse en tant que place économique. Inversement, il est très improbable que l'introduction du principe de transparence ait des retombées néfastes sur l'économie. La protection des données personnelles (selon l'art. 3, let. b, LPD, les données des personnes morales peuvent elles aussi entrer dans cette catégorie), des secrets professionnels, des secrets d'entreprise, des secrets de fabrication et des autres secrets spéciaux (comme le secret bancaire) demeure garantie dans le cadre du projet (cf. commentaires des art. 4, 7, al. 1, let. g, ainsi que de l'art. 9).

3.3 Autres conséquences Le rapport entre le projet et la législation sur la protection des données a déjà été commenté de manière détaillée (cf. plus particulièrement les commentaires des art. 9, 11 à 16, et 23). Le projet n'aura pas d'effets particuliers sur les cantons et les communes.

161 Cf. p.ex. ordonnance du 21 décembre 1994 sur les émoluments de l'Office central fédéral des imprimés et du matériel (RS 172.041.11).

1879 4 Programme de la législature Le projet a été annoncé comme objet des Grandes lignes dans le Rapport du 1er mars 2000 sur le Programme de la législature 1999–2003 (ch. 2.6 Institutions de l'Etat)¹⁶².

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité Le projet se fonde sur la compétence de l'Assemblée fédérale de traiter les objets qui relèvent de la compétence de la Confédération et qui ne ressortissent pas à une autre autorité fédérale (art. 173, al. 2, Cst.¹⁶³). L'art. 16, al. 3, Cst., qui garantit la liberté d'information, ne renverse pas le principe du secret de l'administration au profit du principe de transparence. Il prévoit simplement un standard minimal selon lequel toute personne a le droit de se procurer des informations aux sources généralement accessibles et de les diffuser. L'art. 180, al. 2, Cst. imposant au Conseil fédéral le devoir de renseigner le public sur son activité en temps utile et de manière détaillée dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y

oppose, ne renverse pas non plus le principe actuel du secret de l'activité administrative. Le constituant n'a cependant pas interdit au législateur d'introduire un tel principe. Les travaux préparatoires l'attestent: lors de la discussion devant le Conseil national des variantes possibles dans le cadre de la mise à jour de la Constitution fédérale, le chef du Département fédéral de justice et police d'alors avait clairement affirmé qu'il voulait réaliser le principe de transparence au niveau législatif, une base constitutionnelle ne s'avérant pas nécessaire¹⁶⁴. La Commission des institutions politiques du Conseil national avait proposé d'introduire le principe de transparence pour les autorités fédérales dans l'avant-projet du 2 juillet 1999 de l'arrêté fédéral sur les médias et les mesures à prendre dans le domaine de la politique de la presse.

162 FF 2000 2168 et 2189 163 RS 101 164 «[D]as Öffentlichkeitsprinzip wollen wir auf Gesetzesstufe realisieren, weil keine Verfassungsgrundlage nötig ist.» (BO 1998 N 2554, séance du 9 décembre 1998).

1880 5.2 Relations avec le droit international public et le droit communautaire 5.2.1 Droit international public Ni l'art. 10 CEDH¹⁶⁵ ni l'art. 19, al. 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II)¹⁶⁶ ne confèrent un droit d'accès à l'information des autorités. La liberté d'information s'arrête aux sources généralement disponibles¹⁶⁷. La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu qu'une obligation de l'Etat d'autoriser l'accès à des informations que celui-ci détient ou l'obligation d'informer ne pouvait découler de l'art. 8 CEDH que dans certaines circonstances particulières¹⁶⁸. Le projet est dans tous les cas conforme à la CEDH et au Pacte ONU II, qui n'offrent pas, par principe, une protection plus étendue. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a plaidé en faveur d'une ouverture de l'administration dans une recommandation du 1er février 1979 (Recommandation 854/1979), notamment en reconnaissant au public un droit d'accès aux documents de l'administration. Le 12 février 2002, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté une nouvelle recommandation relative à l'accès aux documents officiels (Recommandation [2002]2). Les principaux éléments de cette recommandation sont les suivants: – les restrictions résultant de la Convention STE no 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel¹⁶⁹ sont réservées (art. II, al. 2); – garantie d'un accès généralisé aux informations des autorités, à l'exception des documents qui ne sont pas terminés (art. III); le requérant n'a pas à motiver sa demande (art. V, al. 1); – la décision d'accorder ou de refuser l'accès revient à l'autorité qui détient le document (art. VI, al. 1); – l'accès est limité notamment pour protéger la sécurité publique, la sphère privée et d'autres intérêts privés légitimes, la politique économique et monétaire de même que le caractère confidentiel des décisions des autorités

165 RS 0.101 166 RS 0.103.2 167 Pour l'art. 10 CEDH, voir Mahon, P., L'information par les autorités, RDS II, 1999, p. 272 ss; Barrelet, D., Droit de la communication, 1998, n° 336, p. 99; Vorbrodts Stelzer, S., Informationsfreiheit und Informationszugang im öffentlichen Sektor: eine Untersuchung anhand schweizerischer und europäischer Gerichtspraxis, 1995, p. 18 ss. Voir également arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 19 février 1998, Affaire Guerra et. al. contre Italie. Pour le Pacte ONU II, voir Mahon, P., L'information par les autorités, RDS II, 1999, p. 272 s; Vorbrodts Stelzer, S., Informationsfreiheit und Informationszugang im öffentlichen Sektor: eine Untersuchung anhand schweizerischer und europäischer Gerichtspraxis, 1995, p. 17. 168 Voir l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 19 février 1998, Affaire Guerra et. al. contre

Italie (commenté in Mahon, P., L'information par les autorités, RDS II, 1999, p. 287). Voir également les arrêts *Leander c/Suède* du 26 mars 1987 et *Gaskin c/Royaume-Uni et Irlande* du 7 juillet 1989. 169 RS 0.235.1

1881 qui sont encore en préparation. Cette limitation ne s'applique pas si un intérêt public prépondérant s'y oppose (art. IV); – les requérants ont le droit d'obtenir une copie (art. VII, al. 1); – ils ont aussi accès à la procédure de vérification d'une décision refusant l'accès menée devant un tribunal ou une autorité indépendante (art. IX); – mesures complémentaires: information du public sur le droit d'accès; formation spécifique du personnel des administrations (art. X). Le projet correspond à ces recommandations dans la plupart des points essentiels. En matière de protection de l'environnement, la convention de la Commission Economique pour l'Europe des Nations Unies (CEE/ONU) sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (convention d'Aarhus) a été signée par la Suisse le 25 juin 1998, mais n'a pas encore été ratifiée. Elle confère un droit à l'information en matière d'environnement aux personnes physiques ou morales, abstraction faite de leur nationalité ou domicile et indépendamment de toute preuve d'un intérêt justifié. La requête d'information peut être refusée si la protection d'intérêts tels que la sécurité nationale, la confidentialité des données personnelles, commerciales ou industrielles est prépondérante. Les motifs de refus doivent être communiqués à l'auteur de la requête. Les dispositions spécifiques sont l'objet d'une réglementation spéciale dans le cadre de la législation fédérale sur la protection de l'environnement qui est en cours d'élaboration. Il existe également une recommandation du Conseil de l'OCDE sur l'information environnementale adoptée le 3 avril 1998 qui reprend un bon nombre d'éléments de la convention d'Aarhus.

5.2.2 Droit communautaire Avec l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, le droit d'accès aux documents des organes de l'Union européenne est désormais garanti au niveau des traités constitutifs des Communautés. L'art. 255 du traité CE prévoit ainsi que tout citoyen de l'Union et toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège dans un Etat membre a un droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission. En application de ces dispositions, le Parlement et le Conseil ont, le 30 mai 2001, adopté le Règlement (CE) 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission¹⁷⁰. Ce règlement vient remplacer les Règlements du Conseil (93/731 CE) et de la Commission (94/90 CE) qui régissaient l'accès aux documents de ces organes jusqu'à présent. Le Règlement 1049/2001 unifie les règles d'accès aux documents de tous les organes de l'Union européenne. Pour les Etats membres, sa validité n'est cependant qu'indirecte: lorsque l'administration d'un Etat membre reçoit une demande d'accès à des documents de l'UE, elle doit consulter les organes de l'UE avant d'autoriser l'accès s'il n'est pas établi d'emblée que le document en question est soit accessible, soit secret. Dans le préambule du Règlement, les Etats membres sont par ailleurs invités à adapter leur droit national à la législation de l'Union européenne en ce qui

¹⁷⁰ JO CE L 145 du 30.5.2001, 43 à 48.

1882 concerne l'accès aux documents de l'Union européenne et, plus particulièrement, à respecter les prescriptions des organes de l'UE relatives à la classification des documents officiels et à leur sécurité (art. 5 du Règlement 1049/2001 et ch. 15 du préambule). La procédure d'accès aux documents prévue par le Règlement est très largement conforme aux solutions en vigueur dans les Etats examinés plus haut (ch. 1.1.1.3) de même qu'au projet.

En vertu de ces dispositions, les organes sont notamment tenus de créer des registres devant faire état de (presque) tous les documents, accessibles ou non. Lorsqu'un document n'est secret qu'en partie, le reste doit être rendu accessible (accès partiel). Les décisions refusant l'accès peuvent être contestées devant le Médiateur de l'Union européenne ou la CEJ. L'instance de recours doit trancher l'affaire dans les quinze jours. Il est à noter que la Commission européenne a élaboré un projet de directive du 5 juin 2002 concernant la réutilisation de documents du secteur public ou leur exploitation à des fins commerciales. Ce projet contient des dispositions de principe relatives à la mise à disposition de documents officiels (si possible sous forme électronique et dans le format souhaité), aux émoluments perçus pour ce service (tarifs conçus en fonction des frais, transparence de la structure des émoluments) et à l'égalité de traitement de tous les demandeurs (non-discrimination, interdiction de conventions d'exclusivité). Cette directive devrait permettre d'éliminer les distorsions de la concurrence ainsi que les différences et flottements juridiques subsistant dans le domaine de l'utilisation des informations du secteur public et de promouvoir ainsi la production de contenus numériques.

5.3 Forme de l'acte à adopter

Les dispositions fondamentales relatives à l'organisation et à la procédure des autorités fédérales doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale (art. 164, al. 1, let. g, Cst.171). Comme l'introduction du principe de transparence dans l'administration vient renverser la pratique actuelle, fondée sur le principe du secret, la forme de la loi au sens formel s'impose.

5.4 Délégation du droit de légiférer

En complément de celles qui sont énumérées dans la loi sur la transparence, le Conseil fédéral peut prévoir d'autres exceptions pour les unités de l'administration fédérale décentralisée, ainsi que pour les personnes et organismes extérieurs à

171 RS 101 172 Dans le même sens, voir Mahon, P., *L'information par les autorités*, RDS II, 1999, p. 340 ss (342); Kölz, A./ Häner, I., *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2e éd., 1998, n° 145, p. 51; Ehrenzeller, B., *Öffentlichkeit der öffentlichen Verwaltung? Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends: Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller*, 1993, p. 46 ss; Moor, P., *Droit administratif*, vol. II, 1991, ch. 2.2.5.7, p. 169 (laisse la question ouverte, tout en laissant entendre la nécessité d'une intervention du législateur); Müller, J. P., in: Aubert, J.-F. et al., *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, vol. II, chapitre consacré à la liberté d'information, 1986, n° 53; Poncet, C., *La liberté d'information du journaliste: un droit fondamental? Etude de droits suisse et comparé*, in: *Revue internationale de droit comparé*, 1980, p. 731 ss (756).

1883 l'administration fédérale, si l'accomplissement des tâches qui leur ont été déléguées l'exige, si leur capacité de concurrence est atteinte ou si les tâches qui leur ont été déléguées sont d'importance mineure (art. 2, al. 3). Selon l'art. 10, al. 2, du projet, le Conseil fédéral peut prévoir une procédure spéciale pour l'accès à des documents officiels de représentations suisses à l'étranger et de missions auprès d'organisations internationales. D'après l'art. 10, al. 4, du projet, le Conseil fédéral règle les modalités de procédure d'accès. Il doit tenir compte des besoins particuliers des médias. De plus, il peut prévoir des modalités spéciales lorsqu'un grand nombre de demandes porte sur les mêmes documents et fixer des délais de traitement plus longs pour les demandes qui nécessitent un surcroît important de travail. Selon l'art. 17, al. 4, du projet, le Conseil fédéral fixe les détails et le tarif des émoluments d'accès aux documents officiels. En vertu de cette même disposition, les demandes donnant lieu à peu de travail sont exemptes d'émoluments. Le Conseil fédéral

a aussi la compétence d'édicter des dispositions relatives à la gestion des documents officiels, à l'information sur ces documents ainsi qu'à leur publication (art. 21).

1884 Table des matières Condensé 1808 1 Partie générale 1809 1.1 Point de la situation 1809 1.1.1 Pratique actuelle en matière d'accès à l'information 1809 1.1.1.1 Au niveau fédéral 1809 1.1.1.2 Au niveau cantonal 1811 1.1.1.3 Au niveau international 1812 1.1.1.3.1 Introduction 1812 1.1.1.3.2 Suède 1813 1.1.1.3.3 Etats-Unis d'Amérique 1813 1.1.1.3.4 France 1814 1.1.1.3.5 Belgique 1815 1.1.1.3.6 Canada 1815 1.1.2 Création d'une loi sur la transparence: arguments pour et contre 1816 1.1.2.1 Arguments pour l'introduction du principe de transparence 1816 1.1.2.2 Arguments contre l'introduction du principe de transparence 1818 1.1.3 Grandes lignes du projet de loi sur la transparence 1819 1.1.3.1 Objectifs 1819 1.1.3.2 Aspects essentiels du projet 1819 1.1.3.3 Rapport avec d'autres actes législatifs de la Confédération 1821 1.2 Résultats de la phase préliminaire 1823 1.2.1 Travaux préparatoires sur le plan fédéral 1823 1.2.2 Procédure de consultation 1824 1.2.3 Principales modifications par rapport à l'avant-projet 1825 1.3 Mise en œuvre de la loi: prévisions 1826 1.4 Classement des interventions parlementaires 1827 2 Partie spéciale 1827 2.1 But et champ d'application 1827 2.1.1 But (art. 1) 1827 2.1.2 Champ d'application à raison des personnes (art. 2) 1828 2.1.2.1 Administration fédérale, autres organismes et personnes (art. 2, al. 1) 1828 2.1.2.2 Exceptions (art. 2, al. 2 et 3) 1830 2.1.3 Champ d'application à raison de la matière (art. 3) 1832 2.1.4 Réserve de dispositions spéciales (art. 4) 1832 2.1.5 Documents officiels (art. 5) 1833 2.1.5.1 Documents officiels en général (art. 5, al. 1 et 2) 1833 2.1.5.1.1 Introduction 1833 2.1.5.1.2 Notion de document (art. 5, al. 1, let. a) 1834 2.1.5.1.3 Information «détenue par une autorité» (art. 5, al. 1, let. b) 1835

1885 2.1.5.1.4 Information «concernant l'accomplissement d'une tâche publique» (art. 5, al. 1, let. c) 1836 2.1.5.1.5 Documents virtuels (art. 4, al. 2) 1838 2.1.5.2 Documents non officiels (art. 5, al. 3) 1839 2.1.5.2.1 Documents commercialisés par une autorité (art. 5, al. 3 let. a) 1839 2.1.5.2.2 Documents inachevés (art. 5, al. 3, let. b) 1840 2.1.5.2.3 Documents destinés à l'usage personnel (art. 5, al. 3, let. c) 1842 2.1.5.3 Régime juridique des informations échappant à la loi sur la transparence 1843 2.2 Droit d'accès aux documents officiels 1843 2.2.1 Principe de transparence (art. 6) 1843 2.2.1.1 Droit d'accès (art. 6, al. 1) 1843 2.2.1.2 Consultation des documents officiels (art. 6, al. 2) 1844 2.2.2 Exceptions au droit d'accès (art. 7) 1846 2.2.2.1 Mécanisme permettant de limiter, de différer ou de refuser le droit d'accès (art. 7, al. 1) 1846 2.2.2.1.1 Atteinte notable à la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité (art. 7, al. 1, let. a) 1848 2.2.2.1.2 Entrave considérable à l'exécution de mesures concrètes d'une autorité conformément à son objectif (art. 7, al. 1, let. b) 1850 2.2.2.1.3 Mise en danger de la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse (art. 7, al. 1, let. c) 1851 2.2.2.1.4 Mise en péril des intérêts de la politique extérieure et des relations internationales de la Suisse (art. 7, al. 2, let. d) 1851 2.2.2.1.5 Mise en péril des relations confédérales (art. 7, al. 1, let. e) 1852 2.2.2.1.6 Mise en danger des intérêts de la politique économique ou monétaire nationale (art. 7, al. 1, let. f) 1852 2.2.2.1.7 Mise en péril de secrets professionnels, de secrets d'affaires ou de secrets de fabrication (art. 7, al. 1, let. g) 1853 2.2.2.1.8 Divulgarion d'informations fournies librement par un tiers à une autorité, qui a garanti le secret (art. 7, al. 1, let. h) 1853 2.2.2.2 Atteinte à la sphère privée (art. 7, al. 2) 1854 2.2.3 Cas particuliers (art. 8) 1854 2.2.3.1 Procédures de co-rapport et de consultation des offices (art. 8, al. 1) 1855 2.2.3.1.1 Documents officiels relatifs à une procédure de co-rapport (art. 8, al. 1, let. a) 1855

1886 2.2.3.1.2 Documents officiels relatifs à une procédure de consultation des offices (art. 8, al. 1, let. b, et al. 2) 1856 2.2.3.2 Documents officiels contenant des informations sur les positions prises dans des négociations en cours ou futures (art. 8, al. 3) 1856 2.2.3.3 Documents inconditionnellement accessibles: rapports évaluant les prestations de l'administration fédérale et l'efficacité des mesures prises (art. 8, al. 4) 1857 2.2.3.4 Accès aux documents officiels contenant des données personnelles (art. 9, 11 et 12, al. 3) 1857 2.2.3.5 Demandes abusives 1858 2.3 Procédure d'accès aux documents officiels 1859 2.3.1 Introduction: aperçu de la procédure 1859 2.3.1.1 Procédure de demande d'accès et procédure de médiation 1859 2.3.1.2 Procédure de décision et procédure de recours 1859 2.3.2 Demande d'accès (art. 10) 1860 2.3.2.1 Généralités (art. 10, al. 1 et 3) 1860 2.3.2.2 Réglementation des modalités de procédure par le Conseil fédéral (art. 10, al. 4) 1861 2.3.2.2.1 Besoins particuliers des médias (art. 10, al. 4, let. a) 1861 2.3.2.2.2 Grand nombre de demandes et demandes nécessitant un surcroît important de travail (art. 10, al. 4, let. b et c) 1862 2.3.3 Consultation de la personne concernée (art. 11) 1863 2.3.4 Prise de position de l'autorité (art. 12) 1863 2.3.5 Médiation (art. 13) 1864 2.3.6 Recommandation (art. 14) 1865 2.3.7 Décision (art. 15) 1866 2.3.8 Recours (art. 16) 1866 2.3.8.1 Commission fédérale de la protection des données et de la transparence 1866 2.3.8.2 Procédure de recours 1867 2.3.9 Emoluments (art. 17) 1867 2.3.9.1 Caractère onéreux de la procédure (art. 17, al. 1 et 2) 1867 2.3.9.2 Montant de l'émolument (art. 17, al. 3) 1868 2.3.9.3 Tarif et perception des émoluments pour la remise d'imprimés ou de supports d'information similaires (art. 17, al. 4 et 5) 1869 2.4 Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence 1869 2.4.1 Attribution de la fonction 1869 2.4.2 Tâches (art. 18) 1870 2.4.3 Evaluation (art. 19) 1871 2.4.4 Droit d'obtenir des renseignements et de consulter les documents (art. 20) 1872

1887 2.5 Dispositions finales 1872 2.5.1 Exécution (art. 21) 1872 2.5.2 Modifications de lois fédérales (art. 22) 1873 2.5.2.1 Accès aux documents officiels contenant des données personnelles (art. 19, al. 1bis [nouveau], LPD) 1873 2.5.2.2 Publication sur Internet d'informations des autorités contenant des données personnelles (art. 19, al. 3bis [nouveau], LPD) 1874 2.5.2.3 Coordination de la procédure (art. 25bis [nouveau] LPD) 1874 2.5.3 Référendum et entrée en vigueur (art. 23) 1874 3 Conséquences 1875 3.1 Pour la Confédération 1875 3.1.1 Répercussions financières et effets sur l'état du personnel 1875 3.1.2 Impacts sur l'informatique 1877 3.2 Répercussions sur l'économie 1878 3.3 Autres conséquences 1878 4 Programme de la législature 1879 5 Aspects juridiques 1879 5.1 Constitutionnalité 1879 5.2 Relations avec le droit international public et le droit communautaire 1880 5.2.1 Droit international public 1880 5.2.2 Droit communautaire 1881 5.3 Forme de l'acte à adopter 1882 5.4 Délégation du droit de légiférer 1882 Loi fédérale sur la transparence de l'administration (Projet) 1888

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration (Loi sur la transparence, LTrans) In Bundesblatt Dans Feuille fédérale In Foglio federale Jahr 2003 Année Anno Band 1 Volume Volume Heft 09 Cahier Numero Geschäftsnummer 03.013 Numéro d'affaire Numero dell'oggetto Datum 11.03.2003 Date Data Seite 1807-1887 Page Pagina Ref. No 10 127 080 Die elektronischen Daten der Schweizerischen Bundeskanzlei wurden durch das Schweizerische Bundesarchiv übernommen. Les données électroniques de la Chancellerie fédérale suisse ont été reprises par les Archives fédérales suisses. I dati

elettronici della Cancelleria federale svizzera sono stati ripresi dall'Archivio federale svizzero.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.