



Ordonnance relative à la loi fédérale sur le principe de la transparence. Commentaire

1. Introduction

La nouvelle loi fédérale sur le principe de transparence de l'administration du 17 décembre 2004 (loi sur la transparence ; LTrans)¹ renverse le principe du secret des activités administratives au profit de la transparence. En vertu de cette loi, toute personne a un droit subjectif à la consultation des documents officiels, qu'elle peut faire valoir en justice. La procédure d'accès 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 devant la Commission fédérale de la protection des données et de la transparence, puis devant le Tribunal fédéral². En règle générale, un émolument est perçu, sous réserve d'exceptions.

S'il est vrai que les principales bases légales se trouvent dans la nouvelle loi sur la transparence, cette dernière renvoie plusieurs fois aux dispositions d'exécution qui doivent être édictées. Dans le message du 12 février 2003 relatif à la loi sur la transparence (FF 2003 1807), de nombreux passages indiquent en outre que l'ordonnance devra concrétiser et expliciter certaines dispositions de la loi.

L'ordonnance sur la transparence (P-OTrans) compte 23 articles, divisés en neuf sections, ainsi que deux annexes concernant d'une part le tarif des émoluments et d'autre part la modification du droit en vigueur. Pour permettre une meilleure vue d'ensemble, la plupart des articles renvoient aux normes de la loi qui leur correspondent.

L'ordonnance sur la transparence concrétise certaines dispositions de la loi sur la transparence et vise à garantir une mise en œuvre uniforme de cette dernière. Son champ d'application s'étend à l'administration fédérale, aux organismes et personnes visés à l'art. 2, al. 1, let. b, LTrans ainsi qu'aux services du Parlement. Elle définit en premier lieu certaines notions. Elle précise la notion de document, règle différents aspects de la procédure d'accès et détermine les modalités de consultation. Elle fixe également les détails et le tarif des émoluments et contient des dispositions relatives à la gestion, à l'information et à la publication des documents officiels.

¹ Projet soumis au référendum FF 2004 6807

² Selon la future loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral, la Commission fédérale de la protection des données et de la transparence sera supprimée et remplacée par le Tribunal administratif fédéral.

Le présent commentaire a pour but d'être un outil de travail d'une part pour les autorités et autres organismes soumis au principe de transparence et d'autre part pour le public qui entend exercer son droit d'accès aux documents officiels.

La loi sur la transparence et son ordonnance d'exécution entrent en vigueur [date prévue : le 1^{er} janvier 2006].

2. Définitions (art. 1 P-OTrans)

L'art. 1, al. 1, P-OTrans définit la notion de « documents commercialisés » que l'on trouve à l'art. 5, al. 3, let. a, LTrans. Cette définition reprend les éléments essentiels exposés dans le message (FF 2003 1839, ch. 2.1.5.2.1).

Selon l'art. 5, al. 3, let. b, LTrans, les documents qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration, ne constituent pas des documents officiels (FF 2003 1840, ch. 2.1.5.2.2). L'art. 1, al. 2, P-OTrans prescrit qu'un document a atteint son stade définitif d'élaboration si un des critères prévus par cette disposition s'applique. Ces critères sont mentionnés dans le message (FF 2003 1840, ch. 2.1.5.2.2).

La let. a prévoit comme premier critère la signature de l'autorité qui a établi le document. La signature peut être manuscrite ou digitale ou peut être apposée sur un document au moyen d'un tampon. Un document est également signé s'il est muni d'une mention telle que « signé », « vu » ou « approuvé ».

Un document officiel a également atteint son stade définitif d'élaboration s'il a été transmis sans réserve à une personne, un service ou une autorité (al. 2, let. b). C'est le cas lorsque la remise d'un document se fait à titre d'information ou pour prise de position, ou si ce document constitue la base d'une décision ou de tout autre utilisation par son destinataire. A ce propos, on peut citer comme exemple le projet de proposition au Conseil fédéral transmis par l'office responsable à son département. La mise en circulation d'un document au sein d'une équipe de travail ou la transmission de celui-ci par un collaborateur à son supérieur pour qu'il soit corrigé, complété ou finalisé ne constitue par contre pas une transmission à un destinataire au sens de la présente disposition. Un document est définitivement transmis lorsque la décision de lui donner la suite qu'il comporte relève largement de la compétence de son destinataire.

Les explications du message citées ci-dessus attachent une grande importance à la garantie de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité. Cet aspect n'est pas touché, vu que l'art. 8, al. 2, LTrans prévoit que les documents constituant la base d'une décision ne peuvent pas être rendus accessibles avant que cette dernière n'ait été prise. De plus, après la décision, le droit d'accès pourra également être différé ou refusé en vertu de l'art. 7, al. 1, let. a LTrans, s'il peut encore porter notablement atteinte à la libre formation de l'opinion et de la volonté de l'autorité.

L'al. 3 définit la notion de document destiné à l'usage personnel. Il correspond à la définition du message (FF 2003 1842) et précise que cette notion vise également les documents utilisés exclusivement par un cercle restreint de personnes. Il s'agit par exemple des documents qui sont utilisés comme base de travail ou comme

moyen auxiliaire (notes manuscrites, copies de travail, propositions de correction, aide-mémoire, notes d'accompagnement) au sein d'une équipe ou qui sont échangés entre un collaborateur et son supérieur. Il en va de même pour les documents échangés entre un chef de département et ses collaborateurs personnels, ses conseillers ainsi que ses directeurs d'office.

Sont également considérés comme des documents destinés à l'usage personnel les informations à caractère personnel qui sont sans rapport avec l'accomplissement de tâches publiques. Tel est le cas par exemple des courriers électroniques qui ont un contenu strictement privé ou des tableaux personnels qui ornent un bureau. La notion de document officiel ne couvre pas ce genre d'informations ; ces dernières ne sont donc pas visées par l'ordonnance sur la transparence.

3. Droit d'accès aux documents officiels

3.1 Egalité en matière d'accès (art. 2 P-OTrans)

Le principe de la transparence garantit l'information du public, c'est-à-dire l'*information collective*. L'art. 6, al. 1, LTrans prescrit que « toute personne » a le droit de consulter des documents officiels. Elle ne doit pas justifier d'un intérêt particulier (FF 2003 1843). Il en résulte qu'un document rendu accessible à une personne l'est également au public.

Le principe d'égalité d'accès pour toute personne a également pour conséquence que le droit d'accès de certaines personnes ou d'un certain groupe de personnes ne saurait en principe être limité. Soit un document est accessible en vertu de la loi sur la transparence et dans cette hypothèse toute personne dispose du même droit subjectif de consulter ce document ; soit un document n'est pas ou que partiellement accessible et dans ce cas il n'existe pas de droit d'accès en vertu de la loi précitée. Dans cette dernière hypothèse, l'autorité a toutefois un certain pouvoir d'appréciation pour déterminer si elle entend autoriser certaines personnes à consulter des documents ou des parties de documents qui ne sont pas accessibles à certaines conditions. Dans ce cas, le principe d'égalité de traitement n'est pas applicable, vu qu'il ne s'agit pas de documents accessibles en vertu de la loi sur la transparence (FF 2003 1847).

3.2 Assistance (art. 3 P-OTrans)

L'art. 6, al. 1, LTrans fixe le droit pour toute personne d'accéder aux documents officiels; l'art. 3 P-OTrans définit la ligne de conduite de l'autorité. Cette dernière ne doit pas seulement informer le demandeur mais aussi l'assister dans ses démarches. Cela signifie qu'elle doit l'aider, dans la mesure du raisonnable, à formuler sa demande, à identifier le document souhaité et à déterminer, si nécessaire, l'autorité compétente pour traiter la demande. Comme il résulte du message (FF 2003 1861, ch. 2.3.2.1), la loi sur la transparence n'a toutefois pas pour but de transformer l'autorité en documentaliste en la chargeant de procéder à des recherches destinées à réunir pour le demandeur une documentation détaillée sur

un sujet précis. L'autorité saisie jouit donc d'une certaine marge d'appréciation de la situation mais doit viser au maximum d'efficacité possible.

Une information précise des documents accessibles permet d'éviter les demandes d'accès floues et une longue recherche des documents sollicités. Elle peut ainsi diminuer la charge de travail liée au traitement d'une demande.

L'autorité doit tout particulièrement être vigilante à coopérer avec les demandeurs qui sont dans une situation plus vulnérable, tels que les personnes âgées, illettrées, étrangères ou handicapées. En ce qui concerne cette dernière catégorie de personnes, la nouvelle loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (RS 151.3) est entrée en vigueur le 01.01.04. L'art. 14, al. 1, de cette loi prescrit que dans les rapports avec la population, les autorités prennent en considération les besoins particuliers des handicapés de la parole, de l'ouïe ou de la vue. L'ordonnance y relative (RS 151.31) prévoit, aux art. 9 à 11, un certain nombre de prescriptions techniques très détaillées. L'autorité saisie d'une demande d'accès présentée par une personne handicapée devra dès lors tenir compte de ces dispositions.

Pour faciliter le droit d'accès au demandeur, l'autorité communique avec ce dernier dans sa langue, à la condition toutefois qu'il s'agisse d'une langue officielle. L'autorité n'a en principe pas l'obligation de s'exprimer dans une autre langue (p. ex. en anglais), même si le demandeur ne connaît aucune langue officielle.

Si les documents sont accessibles sur Internet ou s'ils font l'objet d'une publication officielle, l'autorité peut se limiter à communiquer au demandeur les références nécessaires (art. 6, al. 3, LTrans et art. 3, al. 2, P-OTrans). L'autorité évite ainsi la charge de travail lié au traitement de la demande et les frais y relatifs. Il est à noter que l'art. 3, al. 2, P-OTrans est de nature potestative.

En vertu de l'al. 3, le demandeur n'a pas le droit d'exiger une traduction des documents officiels qui n'existent que dans une seule langue.

3.3 Consultation sur place (art. 4 P-OTrans)

Selon l'art. 6, al. 2, LTrans, le demandeur a, en principe, le choix de consulter les documents officiels sur place ou d'en demander des copies. L'art. 4 P-OTrans règle les détails de la consultation sur place et détermine en particulier le lieu de consultation. Les documents sont en principe disponibles auprès de l'autorité compétente pour traiter la demande d'accès (art. 12 P-OTrans). Le demandeur ne peut pas exiger de l'autorité compétente qu'elle transmette les documents accessibles à une autre autorité, afin qu'il puisse les consulter dans les locaux de cette dernière.

Chaque autorité dispose d'une marge de manœuvre pour déterminer les modalités relatives au lieu de consultation ; il est par exemple possible de prévoir une unité faisant fonction de centrale. Un espace sera prévu, dans lequel le public pourra s'installer pour consulter les documents demandés de façon adéquate. Il n'est toutefois pas indispensable d'aménager un local à cette fin. Il suffit que la consultation ait lieu, par exemple, au centre de documentation, à la bibliothèque

ou à la salle de lecture de l'autorité. Ces locaux sont en effet aménagés de telle manière qu'ils offrent en règle générale des conditions adéquates pour consulter des documents officiels. De plus, la consultation a lieu en présence des employés qui y travaillent, ce qui permet d'assurer la sécurité des documents.

Les documents peuvent être consultés aux heures ordinaires d'ouverture de bureau. Si nécessaire, l'autorité peut convenir d'autres heures de consultation avec le demandeur.

En vertu de l'al. 2, l'autorité peut se limiter à autoriser la consultation d'une copie du document, lorsque par exemple l'état de conservation du document l'exige. Elle n'est donc pas tenue de mettre l'original à la disposition du demandeur, même s'il le demande.

L'al. 3 prescrit que l'identité du demandeur peut être contrôlée lorsqu'il entre dans un bâtiment de l'autorité aux fins de consulter sur place des documents officiels. Il résulte de cette disposition qu'il n'existe pas de droit absolu à l'anonymat lors de la consultation.

Cette disposition n'a toutefois pas pour but de créer une base légale spéciale en matière de contrôle, comme cela résulte expressément du renvoi au droit de domicile de la Confédération (art. 62f de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration ; RS 172.010). Ce renvoi indique également que les contrôles à l'entrée des bâtiments de l'administration doivent être effectués conformément aux règles d'usage, l'autorité se limitant en principe à exiger une pièce d'identité. Si le demandeur refuse que son identité soit contrôlée, l'accès aux bâtiments de l'autorité lui est refusé et il doit renoncer à toute consultation sur place.

Le fait que cette disposition se réfère aux "bâtiments" n'exclut évidemment pas que le contrôle soit effectué avant de pénétrer dans le bâtiment proprement dit, par exemple déjà au moment où l'on pénètre dans une enceinte close.

3.4 Remise d'une copie (art. 5 P-OTrans)

Le demandeur pourra en principe choisir la forme dans laquelle il entend obtenir une copie du document. Une personne handicapée de la vue pourra par exemple exiger que les documents soient mis à sa disposition dans une forme adéquate, par exemple sous forme d'un fichier numérique (voir ch. 3.2).

L'autorité donnera suite à la requête du demandeur, sous réserve d'éventuelles restrictions liées à la conservation du document. Dans ce cas, l'autorité aura par exemple la faculté d'exiger du demandeur qu'il consulte le document en question sur place ou qu'il accepte que le document lui soit remis sous une autre forme.

Si l'autorité ne dispose pas de l'infrastructure nécessaire pour reproduire un document officiel (par exemple sous forme d'une photographie ou d'une bande vidéo), cela ne constitue pas un motif suffisant pour imposer au demandeur un autre mode de reproduction. En effet, si l'autorité se trouve dans l'impossibilité de reproduire elle-même un document, elle a la faculté de mandater un spécialiste, par exemple, dans le cas précité, un photographe. Les frais de reproduction seront

dans tous les cas pris en compte lors du calcul de l'émolument (art. 17 LTrans et art. 15 et ss P-OTrans).

Il découle de la loi sur la transparence que ne peuvent être rendus accessibles que les documents officiels existant déjà. La seule exception prévue à l'art. 5, al. 2, LTrans concerne les documents virtuels qui peuvent être établis sur la base d'informations existantes par un traitement informatisé simple, ce qui signifie que l'autorité est tenue d'exécuter de tels traitements (FF 2003 1838, ch. 2.1.5.1.5).

En ce qui concerne les documents officiels protégés par le droit d'auteur, l'art. 5, al. 2, P-OTrans prescrit que l'autorité doit rendre le demandeur attentif aux restrictions d'utilisation. Les documents visés sont les documents qui ont un caractère individuel (art. 2 de la loi sur le droit d'auteur [LDA])³. Il s'agira en principe de tout document autre qu'une simple communication courante, telle qu'une lettre professionnelle standardisée, un formulaire ou un bref communiqué. Ne sont pas protégés par le droit d'auteur notamment les lois, ordonnances, accords internationaux et autres actes officiels, ainsi que les décisions, procès-verbaux et rapports qui émanent des autorités ou des administrations publiques (art. 5 al. 1 LDA).

Dans le cadre de relations contractuelles avec des tiers externes à l'administration, par exemple lors de l'octroi d'un mandat aux fins d'expertise, les parties ont intérêt à régler la question du droit d'auteur resp. du droit d'accès selon la loi sur la transparence dans le cadre de leur contrat, dans la mesure où cela ne correspond pas déjà à la pratique actuelle.

3.5 Pesée des intérêts entre la protection de la sphère privée de tiers et l'intérêt public à la transparence (art. 6 P-OTrans)

L'art. 7, al. 2, LTrans prescrit qu'un intérêt public à la transparence peut, dans certaines situations exceptionnelles, l'emporter sur le droit du tiers à la protection de sa sphère privée. Afin que l'accès puisse être accordé dans de telles hypothèses, la loi sur la transparence, il a été décidé de modifier la loi sur la protection des données en prévoyant une base légale à l'art. 19 LPD. En vertu de cette disposition, l'autorité sera en droit de communiquer des données personnelles dans le cadre de son activité en matière d'information, si ces données sont en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques et si la communication répond à un intérêt public prépondérant. Conformément à l'art. 11 LTrans, la personne concernée aura le droit d'être entendue et pourra prendre part à la procédure. L'autorité ne sera toutefois pas liée par la prise de position de la personne concernée, si cette dernière s'oppose à la consultation de documents officiels contenant ses données personnelles.

Pour appliquer l'art. 7, al. 2, LTrans, l'autorité compétente doit procéder à une pesée des intérêts en présence pour déterminer lequel de l'intérêt public à la transparence ou de l'intérêt du tiers à la protection de sa sphère privée prévaut (al. 1). A cette fin, l'art. 6 P-OTrans énumère certains critères à titre d'exemple. A ce stade, il convient de rappeler encore une fois que l'autorité n'accordera l'accès aux documents officiels contenant des données personnelles *qu'à titre exception-*

³ Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins ; RS 231.1.

nel. Si l'intérêt privé prévaut, l'autorité pourra non seulement refuser mais aussi limiter ou différer le droit d'accès (art. 7, al. 1, LTrans).

L'al. 2 énumère certains cas où il est fort probable que l'intérêt public à la transparence l'emporte sur l'intérêt du tiers à la protection de sa sphère privée. Cette liste n'est pas exhaustive. L'autorité peut donc s'appuyer sur d'autres éléments spécifiques au cas d'espèce.

Selon l'al. 2, l'intérêt public à la transparence peut notamment prévaloir dans les cas suivants:

- Existence d'un besoin particulier d'information de la part du public: des événements particuliers en rapport avec l'administration (p. ex. des affaires de corruption) peuvent justifier que des informations contenant des données personnelles soient rendues accessibles.
- Existence d'un intérêt public: la publication est nécessaire pour protéger des intérêts publics spécifiques, tels que l'ordre, la sécurité et la santé publics.
- Position privilégiée de la personne concernée : si une personne prend part de manière privilégiée à un acte de l'administration (p. ex. lors d'une audition ou en qualité d'expert), si elle est partie à un contrat avec une autorité soumise à la loi sur la transparence, si elle a obtenu une concession ou si elle a obtenu des avantages d'une certaine importance, notamment financiers (p. ex. des subventions ou autres aides financières), elle doit tenir compte du fait que des informations concernant ce rapport privilégié peuvent être publiées. Il en va de même pour les rapports de surveillance, soit lorsqu'une activité est exercée sur la base d'une autorisation d'une autorité.

Lors de la pesée des intérêts, l'autorité doit toutefois toujours prendre en compte l'intérêt en jeu du tiers à la protection de sa sphère privée. Les critères suivants doivent plus particulièrement être retenus:

- Fonction ou position de la personne concernée: un simple citoyen, une personne occupant une position subalterne dans l'administration (notamment les collaborateurs spécialisés qui n'occupent pas un poste à responsabilité) ou une personne qui n'est pas liée à une autorité par un rapport « privilégié » ont un intérêt plus grand à la protection de leur sphère privée qu'une personne ayant une vie publique ou qui est haut placée dans la hiérarchie de l'administration.
- Nature des données personnelles: la LPD distingue d'une part les données personnelles et d'autre part les données sensibles et les profils de la personnalité. Font partie de cette seconde catégorie, les données dont le traitement abusif comporte un risque plus élevé pour la personne concernée (les opinions ou les activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales; la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race; des mesures d'aide sociale; des poursuites ou des sanctions pénales et administratives [art. 3, let. c, LPD]). La publication de telles données est autorisée si elle est justifiée par l'existence d'un intérêt public très important. Ce cas de

figure constituera toutefois l'exception, la primauté du droit de la personne concernée à la protection de sa sphère étant la règle générale.

- Conséquences possibles d'une publication: il s'agit ici de prendre en compte les conséquences concrètes possibles pour la personne concernée ou pour un tiers. Une publication peut avoir de graves conséquences pour la personne concernée même s'il ne s'agit pas de données sensibles ou de profils de la personnalité (p. ex. la publication de l'identité d'un requérant d'asile peut mettre en danger sa vie et son intégrité ainsi que celles des membres de sa famille restés dans le pays d'origine). Dans le cadre de cette évaluation, il y a également lieu de tenir compte du fait que la publication de données personnelles peut conduire à des abus (p. ex. la publication d'un grand nombre de données sur une personne pourrait favoriser l'usurpation de son identité). Les conséquences financières doivent en outre être prises en considération. Dans tous les cas, l'autorité doit estimer la probabilité d'un abus et son degré de gravité.

4. Demande d'accès et compétences

4.1 Contenu de la demande (art. 7 P-OTrans)

Il résulte implicitement de l'art. 10 LTrans que la demande d'accès n'est soumise à aucune exigence de forme. Conformément à l'art. 7, al. 1, P-OTrans, le demandeur ne devra ni motiver sa demande, ni citer les bases légales applicables, ni encore formuler des conclusions formelles et précises.

Si la demande est adressée par écrit, elle peut être envoyée par courrier, par télécopie ou par courrier électronique. Afin de diminuer sa charge de travail, il est utile que l'autorité favorise la voie électronique, en indiquant son adresse électronique sur la page d'accueil de son site ainsi qu'en mettant à disposition du demandeur un formulaire électronique standard.

L'art. 10, al. 3, LTrans prévoit expressément que "la demande doit être formulée de manière suffisamment précise". Il convient de concrétiser cette condition dans le cadre de l'ordonnance, afin d'instaurer une pratique uniforme au sein de l'administration. L'art. 7, al. 2, P-OTrans prescrit que la demande d'accès doit contenir des indications suffisantes pour permettre l'identification du document recherché et cite à cette fin quelques exemples. Il s'agira pour le demandeur d'aider l'autorité à déterminer le document souhaité en lui indiquant les références accessibles du document (par exemple sa date, son titre ou sa référence), le domaine précis, l'autorité qui pourrait avoir publié des documents sur ce thème, la date de leur publication, la période concernée etc. A son tour, l'autorité devra prendre les mesures nécessaires pour aider le demandeur à affiner le cas échéant sa demande (art. 3 P-OTrans) et pour essayer d'identifier les documents souhaités. Comme il résulte du message (FF 2003 1861, ch. 2.3.2.1), l'exigence d'une demande suffisamment précise ne doit pas être interprétée de manière trop stricte : il suffit que le document soit identifiable par l'autorité saisie sans complications excessives. Le degré de précision exigé dépendra également des moyens à disposition du demandeur.

Si l'autorité n'arrive pas à identifier les documents souhaités, l'art. 7, al. 3 et 4, P-OTrans prévoit que l'autorité peut inviter le demandeur à préciser sa demande dans un délai de dix jours. Le cas échéant, elle a la faculté d'exiger de ce dernier qu'il le fasse par écrit. S'il ne fournit pas les indications requises dans le délai imparti, sa demande est considérée comme retirée. Cette disposition a le mérite de créer une situation claire et ne pénalise pas de manière excessive le demandeur, puisqu'il aura toujours la faculté de réitérer sa demande. L'autorité doit dans tous les cas attirer l'attention de ce dernier sur ce mécanisme et l'assister dans ses démarches (art. 3 P-OTrans). Le délai pour prendre position (art. 12 LTrans) commencera à courir à compter de la date de réception des indications supplémentaires fournies par le demandeur.

4.2 Demandes d'accès aux documents officiels des représentations suisses à l'étranger (art. 8 P-OTrans)

Selon l'art. 10, al. 2, LTrans (FF 2003 1861, ch. 2.3.2.1), le Conseil fédéral peut prévoir une procédure spéciale pour l'accès aux documents officiels des représentations suisses à l'étranger et des missions suisses auprès d'organisations internationales. Pour des raisons de clarté, l'ordonnance mentionne également expressément la mission auprès des Communautés européennes, qui ne sont pas des organisations internationales au sens propre du terme mais des organisations supranationales. Par « représentation suisse », on entend l'ensemble des représentations diplomatiques et consulaires à l'étranger ainsi que les bureaux du développement et de la coopération. L'art. 8 P-OTrans s'inspire de l'art. 14 de l'ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données du 14 juin 1993 (OLPD ; RS 235.11).

Les représentations suisses à l'étranger transmettent à la centrale de Berne les demandes d'accès portant sur des documents officiels qu'elles ont elles-mêmes établis ou qu'elles ont reçus en tant que destinataire principal. Cette centrale exécute la procédure d'accès. Si une demande d'accès concerne des documents officiels relevant des domaines dont l'autorité en charge n'est pas le Département fédéral des affaires étrangères, la demande est transmise au département compétent pour prise de position (cf. art. 11, al. 1 et 2 P-OTrans). Dans ce cas, la centrale du DFAE ne joue qu'un rôle de relais.

En revanche, il appartient au Département fédéral de l'économie de définir les procédures applicables au traitement des demandes d'accès concernant les documents officiels de la Mission permanente de la Suisse près de l'OMC et l'AELE.

Il convient de relever que les représentations et missions ne sont pas tenues d'accepter des demandes d'accès qui tombent dans le domaine de compétence d'autres autorités. En effet, il incombe aux demandeurs étrangers ainsi qu'aux Suisses de l'étranger d'adresser leur demande à l'autorité compétente en Suisse.

Pour le surplus, le DFAE règle les modalités (al. 2). Il doit en particulier fixer les délais de traitement, en tenant compte du temps nécessaire à la représentation suisse pour transmettre la demande d'accès et les documents sollicités à la centrale en Suisse. Il doit également désigner le service compétent au sein du département pour donner suite à la demande d'accès. Il devra également indiquer

l'organe compétent pour représenter le DFAE dans le cadre d'une procédure de médiation ou d'une procédure de recours. En ce qui concerne les modalités d'accès, le DFAE a notamment la faculté de prévoir que la consultation sur place ne peut avoir lieu qu'à Berne (FF 2003 1861).

4.3 Besoins particuliers des médias (art. 9 P-OTrans)

L'art. 10 P-OTrans prévoit que l'autorité saisie s'efforcera de répondre aux demandes formulées par les médias en tenant compte, dans la mesure du possible, du caractère urgent des informations à communiquer. En effet, les délais fixés par la loi sur la transparence peuvent être trop longs pour les besoins de l'actualité, notamment lors d'une situation politique particulière. Au sens de cette disposition, on entend par médias les personnes qui s'occupent à titre professionnel de la publication d'informations dans la partie rédactionnelle d'un média. Toute personne qui fait valoir cette disposition, doit rendre vraisemblable sa qualité de média. A défaut, elle sera traitée comme les autres demandeurs.

Il convient de relever que le principe d'égalité de traitement doit être respecté. Les journalistes accrédités et les journalistes indépendants ne sauraient par exemple être traités différemment en vertu de cette disposition.

4.4 Demandes d'accès nécessitant un surcroît important de travail (art. 10 P-OTrans)

L'art. 10, al. 4, let. b et c, LTrans confère la compétence au Conseil fédéral de déroger aux dispositions légales de procédure dans deux hypothèses, soit lorsqu'une autorité est saisie d'un grand nombre de demandes portant sur les mêmes documents (let. b) ou lorsque des demandes nécessitent un surcroît important de travail (let. c). Cette seconde hypothèse est réalisée, lorsque par exemple les données personnelles qui doivent être rendues anonymes nécessitent un travail complexe ou lorsque des spécialistes doivent examiner minutieusement un important paquet de documents, afin de déterminer si ces derniers ou certains d'entre eux tombent sous le coup des clauses d'exceptions prévues par la loi sur la transparence (FF 2003 1862).

Lorsque l'autorité sera saisie d'un grand nombre de demandes, il sera dans son intérêt de publier d'office les documents sollicités, dans la mesure où ils sont accessibles. S'ils ne le sont pas, l'autorité pourra publier sa prise de position dans une feuille officielle en appliquant par analogie l'art. 36, let. c, PA (RS 172.021). Cette hypothèse ne nécessite pas d'être réglée dans le cadre de l'ordonnance sur la transparence. Le Conseil fédéral n'édicte par conséquent aucune règle spéciale en exécution de la norme de délégation prévue à l'art. 10, al. 4, let. b, LTrans.

Pour les demandes nécessitant un surcroît important de travail, l'art. 10, al. 4, let. c, LTrans prescrit que le Conseil fédéral peut prolonger les délais de traitement. Cette disposition est concrétisée à l'art. 10 P-OTrans.

Le délai prévu à l'art. 12, al. 1, LTrans pour le traitement d'une demande d'accès est de 20 jours. En vertu de l'art. 12, al. 2, LTrans, ce délai peut être prolongé de 20 jours lorsque la demande d'accès porte sur un grand nombre de documents ou sur des documents complexes ou difficiles à se procurer (les documents contenant des données personnelles sont soumis à une réglementation particulière). Les délais ordinaires pour traiter une demande d'accès sont donc concrètement fixés dans la loi. L'art. 10 P-OTrans permet de déroger à ces délais dans des situations extraordinaires. Cette disposition doit toutefois s'appliquer de manière restrictive ; les délais ordinaires prévus par la loi sur la transparence risqueraient sinon de rester lettre morte.

Selon l'art. 10, al. 1, P-OTrans, une demande d'accès nécessite un surcroît important de travail lorsque l'autorité n'est pas en mesure, avec son personnel et son infrastructure, de traiter la demande d'accès, sans entraver de manière considérable l'accomplissement d'autres tâches. Le simple fait que le personnel de l'autorité doive accomplir un certain nombre d'heures supplémentaires de travail ne suffit pas ; Il faut que le traitement de la demande d'accès constitue véritablement une entrave considérable à l'exécution d'autres activités. Pour déroger à la prolongation du délai ordinaire de 20 jours prévue à l'art. 12, al. 2, LTrans, il faut des motifs qualifiés. En d'autres termes, l'autorité doit se trouver dans une situation telle qu'elle n'est pas en mesure d'exécuter ses tâches essentielles et de traiter simultanément la demande d'accès. La notion de « personnel » vise les employés de l'autorité ayant les compétences et les connaissances nécessaires pour traiter la demande d'accès.

Si l'al. 1 est applicable, l'autorité doit traiter la demande d'accès dans un délai raisonnable. Ce délai sera déterminé en fonction des circonstances concrètes du cas d'espèce et conformément au principe de la proportionnalité. La jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en matière de déni de justice formel contient un certain nombre d'indications.

Comme dans le cas de la prolongation ordinaire de délai selon l'art. 12, al. 2, LTrans, la personne qui a déposé la demande doit alors également être informée. Il faut lui indiquer dans quel délai l'autorité prendra position.

4.5 Prise de position (art. 11 P-OTrans)

Conformément à l'art. 10 LTrans, la demande d'accès est adressée à l'autorité qui a produit les documents officiels ou qui les a reçus en tant que destinataire principal. Cette disposition ne détermine pas en revanche l'autorité compétente pour traiter une demande d'accès portant sur des documents officiels susceptibles de concerner différentes autorités. L'art. 11 P-OTrans prévoit dès lors certaines règles d'attribution de compétence en distinguant cinq hypothèses :

- Si un document a été élaboré par différentes autorités, l'al. 1 prévoit comme critère d'attribution de compétence celui de la responsabilité de l'affaire (en allemand « Federführung »): la demande d'accès sera donc traitée par l'autorité en charge de l'affaire. Il est possible que cette dernière décide d'accorder l'accès, alors que les autres autorités concernées y seraient en principe opposées.

- Si la demande d'accès porte sur plusieurs documents qui concernent la même affaire et qui ont été établis ou reçus par différentes autorités soumises à la loi sur la transparence, l'al. 2 prévoit, pour des motifs d'économie de procédure, que la demande d'accès sera traitée par une seule autorité. Ici aussi, la compétence est attribuée à l'autorité en charge de l'affaire. Dans les hypothèses visées aux al. 1 et 2, l'autorité compétente a bien entendu la faculté de prendre contact avec les autres autorités intéressées et de les consulter sur l'accessibilité des documents que ces dernières ont établis ou qu'elles ont reçus. Si le caractère accessible de ces documents est controversé, elles ont l'obligation de donner leur avis comme cela résulte de l'art. 15, al. 1 OLOGA concernant la participation des unités administratives concernées (RS 172. 010.1). Il convient également de relever que la clause de compétence prévue à l'al. 2 a uniquement pour but de faciliter la procédure au demandeur. Ce dernier ne doit ainsi pas présenter une demande à chaque autorité concernée.
- Si le dossier ne relève pas de la responsabilité d'une seule autorité, l'al. 3 prescrit que toutes les autorités intéressées devront se mettre d'accord pour désigner l'autorité compétente. Cette dernière devra prendre position sur la demande d'accès, d'entente avec les autres autorités intéressées. Elle devra donc obtenir le consentement de chaque autorité qui a établi le document sollicité ou qui l'a reçu en tant que destinataire principal de la part de tiers qui ne sont pas assujettis à la loi sur la transparence. Si un accord ne peut pas être trouvé, il incombera à chaque autorité de se prononcer sur les documents qu'elle a établis ou qu'elle a reçus en tant que destinataire principal de la part de tiers qui ne sont pas soumis à la loi sur la transparence (voir art. 10, al. 1, LTrans). A défaut d'accord entre les autorités pour désigner l'autorité compétente, le demandeur peut, si le délai ordinaire de traitement prévu par la loi sur la transparence est échu, entamer une procédure de médiation (art. 12, al. 1, let. b. LTrans).
- Si la demande d'accès porte sur des documents qui ont été élaborés à la demande d'une autre autorité, cette dernière devra être entendue avant que l'autorité compétente ne prenne position (al. 4). Par « demande », on vise l'hypothèse dans laquelle une autorité établit un document sur la base d'indications spécifiques de la part d'une autre autorité. Cette disposition vise en particulier les avis de droit et autres expertises. Dans ce cas, l'autorité « mandante » doit être entendue par l'autorité qui a établi le document, avant que cette dernière ne prenne position. S'il s'agit de documents élaborés par une autorité sur mandat d'une commission parlementaire, les dispositions spéciales prévues aux art. 4 à 9 de l'ordonnance sur l'administration du Parlement⁴ s'appliquent.
- Si la demande d'accès porte sur des documents classifiés, l'al. 5 prévoit que la compétence et la procédure sont régies par les dispositions applicables en matière de protection des informations et de classification. Il s'agit de l'ordonnance du 10 décembre 1990 sur la classification et le traitement d'informations de l'administration civile (RS 172.015) et de l'ordonnance du 1^{er} mai 1990 concernant la protection des informations militaires (RS

⁴ RS 171.115.

510.411). Ces deux ordonnances font actuellement l'objet d'une révision tendant à une unification de la réglementation. Il existe, en outre, plusieurs accords en matière de protection des informations entre la Suisse d'une part et d'autre part certains Etats étrangers, des organisations internationales et l'Union européenne. Les prescriptions édictées par les différents départements et unités administratives concernées pour mettre en œuvre les ordonnances précitées s'appliquent également à la protection et à la classification des informations.

Conformément à l'al. 5, 2^{ème} phrase, l'autorité habilitée à classer devra en particulier examiner si la mesure de classification se justifie encore. Si tel est le cas, l'accès pourra être refusé. Dans l'hypothèse contraire, la mesure devra être levée et l'accès pourra être accordé (FF 2003 1847-1848). Il conviendra de procéder de la même manière pour les demandes portant sur des informations protégées par un accord international. Il s'agira en particulier d'examiner si l'accord en question désigne une autorité compétente pour traiter la demande d'accès (par exemple le Bureau de l'intégration sera compétent pour traiter les demandes d'accès portant sur des documents officiels qui tombent sous le coup de l'accord en matière de protection d'informations conclu avec l'Union européenne). Il est à noter que le droit d'accès devra être limité le moins possible : si un document doit être classifié uniquement en raison de certaines informations, ces dernières doivent être protégées ; l'accès peut être accordé pour le surplus.

En cas de conflits de compétence, les dispositions des art. 7 et ss PA s'appliquent (FF 2003 1836, ch. 2.1.5.1.3).

Il incombera à chaque autorité de déterminer le personnel compétent pour traiter la demande d'accès. Afin que la mise en œuvre du principe de transparence se fasse de la façon la plus simple possible, la décision d'accorder ou de refuser l'accès devrait pouvoir être prise à un niveau hiérarchique qui soit le plus bas possible (FF 2003 1826, ch. 1.3). L'autorité pourrait par exemple prévoir que la demande d'accès est en principe traitée par le personnel scientifique mais qu'elle peut également l'être par le personnel administratif, si les documents officiels sont accessibles au public, s'ils sont désignés comme tels, s'ils ont déjà été rendus accessibles ou s'ils le sont en vertu d'une disposition légale (p. ex. art. 8, al. 5, LTrans et art. 9 de la loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation (RS 172.061)). Il serait également possible de prévoir que la demande d'accès doit être traitée par le chef de l'unité administrative si elle présente des difficultés particulières, notamment par rapport à l'application d'une des exceptions prévues à l'art. 7 LTrans.

Si l'accès est accordé, la prise de position de l'autorité n'est soumise à aucune exigence de forme. L'autorité peut donc transmettre les documents accessibles au demandeur (art. 5 P-OTrans) ou fixer avec lui un rendez-vous pour la consultation (art. 4 P-OTrans). Si l'accès est refusé ou restreint, l'autorité doit indiquer dans sa prise de position les clauses d'exceptions applicables (art. 12, al. 4, LTrans).

5. Procédure de médiation et recommandation

5.1 Procédure de médiation (art. 12 P-OTrans)

L'art. 13 LTrans prévoit la possibilité de soumettre la demande d'accès au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (préposé), lorsque l'autorité n'y donne pas suite de manière satisfaisante pour le demandeur. En cas de communication de données personnelles à des tiers, la personne concernée aura également la faculté de saisir le préposé, si l'autorité entend accorder l'accès aux documents malgré l'opposition de celle-ci.

Le préposé n'agit pas d'office mais uniquement sur la base d'une demande en médiation déposée par écrit (FF 2003 1864, ch. 2.3.5).

L'art. 12 P-OTrans fixe les lignes directrices du déroulement de la procédure de médiation. Vu que cette procédure n'aboutit pas à une décision au sens de l'art. 5 PA, il ne s'agit pas d'une procédure administrative.

Selon l'al. 1, le préposé dispose d'un pouvoir d'examen particulièrement large, dès lors qu'il peut examiner non seulement si la façon dont la demande d'accès a été traitée est conforme à la loi mais aussi si elle répond au critère de l'opportunité. En effet, la loi sur la transparence confère à l'autorité un certain pouvoir d'appréciation concernant certains aspects du traitement de la demande d'accès, par exemple par rapport au mode de consultation des documents officiels. Dans certaines situations, l'autorité aura donc le choix entre plusieurs solutions, qui seront a priori toutes légales. Le rôle du préposé ne sera dès lors pas seulement d'examiner si l'autorité saisie a correctement appliqué la loi mais également si la solution adoptée par cette dernière est appropriée aux circonstances du cas d'espèce (examen de l'opportunité).

La question de savoir si la demande d'accès a été traitée conformément à la loi rappelle que, dans l'exercice de leur activité, les autorités sont toutes subordonnées à l'ordre juridique. Le préposé examinera donc si l'autorité saisie de la demande d'accès a par exemple correctement appliqué l'art. 5 LTrans qui définit la notion de documents officiels, les exceptions prévues à l'art. 7 LTrans ou encore les dispositions concernant la protection des données personnelles (art. 9 LTrans).

Il est à noter que le large pouvoir d'appréciation du préposé est tempéré par le fait qu'il n'a pas la compétence pour rendre des décisions, mais uniquement d'émettre des recommandations au cas où la médiation n'aboutit pas.

Conformément à l'art. 20 LTrans, le préposé a accès aux documents officiels dans le cadre de la procédure de médiation, même si ceux-ci sont protégés par le secret (FF 2003 1872, ch. 2.4.4). L'autorité a donc l'obligation de lui fournir tous les documents dont il a besoin; elle ne peut se soustraire à ce devoir en invoquant la confidentialité ou le caractère secret des informations.

L'al. 2 définit la fonction du préposé en tant que médiateur dans le cadre de la loi sur la transparence: en cas de conflit relatif à une demande d'accès, son rôle sera de tenter une médiation et, au besoin, de proposer une solution propre à aplanir les problèmes. Le dialogue permet souvent d'atteindre ce résultat. Nombre de litiges sont en effet imputables à des difficultés de communication entre les citoyens et les représentants des autorités. A cet égard, le processus de médiation, qui

permet aux parties de s'exprimer l'une en face de l'autre dans un contexte de confidentialité et avec l'aide d'un médiateur, est propre à mettre fin à de nombreux conflits. Lorsqu'il examine une affaire, le préposé se doit d'adopter une position neutre et non partisane, à l'instar du juge dans le cadre d'une procédure judiciaire. Il doit entendre toutes les parties à la procédure de médiation oralement ou par écrit. Lorsque les documents officiels contiennent des données personnelles d'un tiers qui n'a pas eu la faculté d'exercer auparavant son droit d'être entendu, le préposé devra l'inviter à prendre position s'il considère que ces documents peuvent être rendus accessibles.

Si la médiation aboutit, l'affaire est classée (art. 13, al. 3, LTrans). Conformément à l'art. 12, al. 3, P-OTrans, le préposé constate le résultat par écrit, par exemple dans un procès-verbal, et le communique aux parties. Dans certaines situations, il pourra s'avérer judicieux que ces dernières signent le document constatant le résultat de la procédure de médiation. En cas d'échec, le préposé établit une recommandation écrite à l'attention des parties, conformément à l'art. 14 LTrans.

Il est à noter qu'en vertu de l'art. 17, al. 2, let. b, LTrans il ne sera pas perçu d'émolument pour la procédure de médiation.

5.2 Recommandation (art. 13 P-OTrans)

Dans le cadre de sa recommandation, le préposé émettra un avis sur la manière de traiter l'affaire. S'il confirme entièrement la prise de position de l'autorité, il pourra se limiter à se référer aux motifs exposés par cette dernière (art. 12, al. 4, LTrans) ou les compléter s'il le juge nécessaire. S'il ne partage pas la conclusion de l'autorité, il devra indiquer dans quelle mesure l'accès aux documents officiels doit être accordé; s'il s'agit d'un accès partiel, il devra mentionner les restrictions et les motifs y relatifs. Si une recommandation est motivée de manière claire et précise, les différentes parties à la procédure de médiation, y compris l'autorité saisie, seront en mesure d'évaluer correctement la situation. Une telle recommandation pourra ainsi soit convaincre une autorité d'accorder l'accès, soit dissuader le demandeur d'exiger une décision au sens de l'art. 15 LTrans.

En vertu de l'art. 13, al. 1, P-OTrans, la recommandation du préposé devra expressément indiquer la possibilité pour les parties à la procédure de médiation d'exiger une décision au sens de l'art. 15 LTrans, ainsi que le délai applicable pour présenter leur demande.

En vertu de l'al. 2, le préposé devra veiller à ce que ses recommandations ne contiennent aucune information susceptible de porter atteinte à l'un des intérêts énumérés à l'art. 7, al. 1, LTrans. Ceci est d'autant plus important que ses recommandations seront publiées (al. 3). La publication des recommandations du préposé est un moyen de persuasion important, au motif qu'elle met en relief les points forts et les points faibles de l'activité étatique. Elle peut également avoir un effet préventif contre les demandes abusives. Elle a lieu immédiatement après que le préposé a établi sa recommandation. En principe, les recommandations du préposé doivent être publiées sur Internet.

Selon l'art. 13, al. 3, seconde phrase P-OTrans, la protection des données personnelles des participants à la procédure de médiation sera garantie ; le préposé devra par exemple rendre anonyme l'identité des parties. Si ce n'est pas possible, il renoncera à publier sa recommandation (al. 4).

Pour le surplus, il est renvoyé au commentaire du message relatif à l'art. 14 LTrans (FF 2003 1865, ch. 2.3.6).

6. Emoluments (art. 14 - 16 P-OTrans)

Selon l'art. 17 LTrans, l'accès aux documents officiels est en principe soumis au paiement d'un émolument, sauf pour le règlement des demandes qui occasionnent peu de frais, pour la procédure de médiation (art. 13 LTrans) et pour la procédure de première instance (art. 15). Il incombe au Conseil fédéral de fixer les détails.

L'élaboration du tarif des émoluments relatif à la loi sur la transparence doit tenir compte de l'objectif poursuivi par le principe de la transparence et, dans une juste mesure, du principe de la couverture des frais. Cette loi vise à promouvoir une administration plus transparente. La faculté d'exercer le droit d'accès ne répond donc pas seulement aux intérêts des personnes privées mais aussi à l'intérêt public de la transparence. Lorsque l'accès est accordé à une personne, il doit l'être pour tout le monde („access to one, access to all“; cf. art. 2 P-Otrans). Pour atteindre l'objectif poursuivi par l'introduction du principe de la transparence dans l'administration fédérale, l'accès aux documents officiels doit rencontrer le moins d'obstacles possible. L'art. 17, al. 2, let. a, LTrans prévoit par conséquent qu'il n'est pas perçu d'émolument pour les demandes qui occasionnent peu de frais. De plus, les coûts liés au prélèvement de l'émolument ne doivent pas être plus élevés que ceux liés à l'exécution de la prestation (art. 15, al. 1, P-OTrans).

6.1 Principe (art. 14 P-OTrans)

En vertu de l'art. 14 P-OTrans, l'ordonnance générale sur les émoluments du 8 septembre 2004 (OGEmol ; RS 172.041.1) s'applique, sous réserve des dispositions spéciales de l'ordonnance sur la transparence.

L'ordonnance générale sur les émoluments est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005. Conformément à l'art. 1, cette ordonnance définit les principes régissant la perception des émoluments par l'administration fédérale pour les décisions qu'elle rend et les prestations qu'elle fournit. Les dispositions de cette ordonnance qui seront applicables au domaine de la transparence, sont notamment les suivantes : l'assujettissement (art. 2), la renonciation aux émoluments (art. 3, al. 1 et 2, let. a), l'avance et le paiement anticipé (art. 10), l'échéance (art. 12), la remise, la réduction et le sursis au paiement (art. 13) ainsi que la prescription (art. 14). Il est à noter que les dispositions de l'ordonnance générale sur les émoluments concernant la perception d'émolument suite à une décision de l'autorité ne sont pas applicables. En effet, l'art. 17, al. 2, let. c, LTrans prévoit qu'il n'est pas perçu d'émolument pour les décisions rendues en vertu de l'art. 15 LTrans.

L'art. 14 P-OTrans réserve certaines règles spéciales par rapport à l'ordonnance générale sur les émoluments (art. 15 à 16 P-OTrans).

6.2 Réduction ou remise de l'émolument (art. 15 P-OTrans)

L'art. 17, al. 2, let. a, LTrans prescrit qu'il n'est pas perçu d'émolument pour le règlement de demandes qui occasionnent peu de frais. Par «frais» (en allemand : « Aufwand »), on entend non seulement les coûts de reproduction mais aussi le temps de travail consacré à l'examen et à la préparation des documents officiels. L'art. 15, al. 1, P-OTrans est formulé de telle manière qu'il ne sera pas perçu d'émolument si sa perception occasionne des frais d'un montant supérieur au montant des prestations fournies. Cette disposition est de nature impérative. Elle correspond à l'art. 3, let. a, de l'ordonnance du Département fédéral de l'intérieur du 1^{er} décembre 1999 sur les émoluments perçus par les Archives fédérales (ordonnance sur les émoluments ArchF ; RS 172.041.15). Il est à noter que l'art. 3, al. 2, let. b, OGEmol prévoit une disposition analogue de nature potestative.

L'al. 1, seconde phrase prescrit qu'il ne sera pas facturé d'émolument pour un montant inférieur à CHF 100.-. Il concrétise ainsi le principe en fixant un plafond. Pour les émoluments ne dépassant pas ce montant, il y aura dès lors lieu de considérer que les frais de perception y relatifs sont plus élevés que les coûts de la prestation fournie. Cette disposition permet également au demandeur de savoir à partir de quel montant un émolument est facturé.

L'art. 15, al. 2, P-OTrans prescrit que les frais exclusivement liés aux besoins particuliers des personnes handicapées ne sont pas pris en compte dans le calcul de l'émolument. A l'instar de l'obligation pour l'autorité d'assister de manière générale les personnes handicapées dans leurs démarches (voir art. 3, al. 1, P-OTrans ; ch. 3.2), cette règle se fonde sur la nouvelle loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (RS 151.3). Ce principe signifie par exemple qu'un document disponible que sous forme papier, devrait être scanné gratuitement, lorsqu'une personne handicapée de la vue l'exige. En pratique, cette disposition devrait avoir une portée restreinte, puisque les documents produits ou reçus de la part de tiers après l'entrée en vigueur de la loi sur la transparence sont en règle générale disponibles sous forme électronique et donc accessibles aux personnes souffrant d'un tel handicap.

L'art. 15, al. 3, P-OTrans prévoit que l'autorité a la faculté de réduire ou de remettre l'émolument lorsqu'elle refuse l'accès aux documents officiels. Inversement, dans certaines situations, il sera justifié de percevoir un émolument même en cas de refus, lorsqu'il s'agit par exemple d'une demande nécessitant beaucoup de travail, d'une demande abusive ou d'une demande manifestement adressée à une autorité afin de rendre plus difficile son activité.

Il s'agit d'une disposition de nature potestative et constitue une norme spéciale par rapport à la réglementation prévue dans l'ordonnance générale sur les émoluments. Cela ne signifie toutefois pas qu'une réduction ou une remise de l'émolument n'est possible que dans les cas mentionnés à l'art. 14, al. 2, P-OTrans. Les dispositions de l'ordonnance générale sur les émoluments sont également applicables (notamment l'art. 3, al. 1 et 2 let. a ainsi que l'art. 13 OGEmol).

Il sera toujours possible de fournir gratuitement certaines informations aux médias. Le principe d'égalité de traitement devra être respecté.

6.3 Tarif des émoluments et information sur les coûts prévisibles (art. 16 P-OTrans)

Selon l'art. 4 OGEmol, les émoluments sont calculés de manière à ce que leur produit total ne dépasse pas le montant total des coûts de l'unité administrative. Le montant total de ces coûts se compose des éléments suivants : coûts de personnel directs de l'unité administrative, coût direct des postes de travail de l'unité administrative (notamment frais d'entretien, d'exploitation et d'amortissement des bâtiments, du mobilier, des installations, des appareils ou des machines utilisés), participation appropriée aux coûts des prestations de services (soit en règle générale un supplément de 20 % sur les frais de personnel directs), ainsi que les frais spéciaux de matériel et d'exploitation. Selon l'art. 5, al. 1, OGEmol, les tarifs des émoluments sont fixés en fonction du temps consacré ou à forfait.

A l'instar de l'ordonnance sur les émoluments ArchF, l'ordonnance sur la transparence fixe un tarif des émoluments en annexe (art. 16, al. 1, P-OTrans).

Selon ce tarif, la photocopie A4 ou A3 sera facturée 20 centimes soit trois centimes pour le matériel de reproduction et 17 centimes pour le temps nécessaire pour reproduire les documents. Par exemple, pour photocopier 100 pages de documents, l'émolument sera de CHF 20.— c'est-à-dire CHF 3.- pour les frais de matériel de reproduction et CHF 17.— pour le temps de travail nécessaire (y compris les opérations antérieures et postérieures à la reproduction proprement dite : triage, agrafage etc.).

L'examen et la préparation des documents seront facturés CHF 100.— / heure. L'ordonnance sur les émoluments ArchF prévoit le même tarif horaire pour les mandats d'expertise. Il convient de relever que l'Administration fédérale des finances calcule chaque année les coûts directs en personnel et en place de travail. Pour l'année 2004, le personnel scientifique (classe de traitement 26) coûtait CHF 108.65 / heure et le personnel administratif (classe de traitement 17) CHF 75.82 / heure (y compris les coûts de la place de travail). Vu que le travail lié à l'examen et à la préparation de documents n'est pas aussi exigeant que la rédaction d'un avis de droit, il se justifie de prévoir un tarif horaire légèrement inférieur au montant des coûts établis par l'Administration fédérale des finances en ce qui concerne la classe de traitement 26. En même temps, s'il s'agit de demandes simples, elles pourraient être réglées par le personnel en classe 18 ou 20.

Comme le prescrit expressément l'art. 17, al. 3, LTrans, les dispositions en matière de tarif d'émoluments prévues dans d'autres lois spéciales sont réservées (voir FF 2003 1868-1869). Tel est le cas par exemple dans le domaine des télécommunications (ordonnance du l'Office fédéral de la communication du 22 décembre 1997 sur les redevances dans le domaine des télécommunications [RS 784.106.11]). Il en va de même pour l'accès aux documents archivés (ordonnance sur les émoluments des Archives fédérales).

L'art. 16, al. 2, P-OTrans prévoit une règle spéciale selon laquelle l'autorité doit informer le demandeur du montant de l'émolument, lorsqu'elle prévoit qu'il sera supérieur à CHF 100.— L'art. 9 OGEmol prescrit une obligation d'informer uniquement lorsque la prestation génère des coûts extraordinaires. Le demandeur doit confirmer sa demande d'accès dans un délai de 10 jours. A défaut, cette dernière est considérée comme retirée. Cette disposition a le mérite de créer une situation claire pour l'autorité et ne pénalise pas de manière excessive le demandeur puisqu'il aura toujours la faculté de réitérer sa demande. Il est à noter que le délai pour prendre position fixé à l'art. 12 LTrans, commencera à courir à compter de la date de réception de la confirmation.

Il conviendra dans un première phase d'informer de manière générale le demandeur sur l'obligation de percevoir un émolument, soit directement si la demande est présentée oralement, soit de manière générale, par exemple sur la page Internet du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence ou sur celle de l'autorité.

La personne du demandeur peut être distincte de celle de la personne assujettie, c'est-à-dire de la personne qui est tenue de payer l'émolument dû. Par exemple, si le demandeur est une personne mineure, le débiteur de l'émolument sera la personne qui détient l'autorité parentale sur elle. Dans une telle hypothèse, l'autorité aura la faculté d'exiger une avance appropriée ou un paiement anticipé conformément à l'art. 10 OGEmol, pour garantir le recouvrement de sa créance.

Pour faciliter le recouvrement de l'émolument, l'autorité pourra prévoir différentes modalités de paiement. Elle pourra par exemple exiger du demandeur qu'il paie le montant dû au moment de la consultation des documents ou prévoir que les documents expédiés par la Poste ne lui soient remis que contre remboursement.

7. Gestion et publication des documents officiels, information relative aux documents officiels

7.1 Gestion des documents officiels (art. 17 P-OTrans)

La gestion des documents officiels selon la loi sur la transparence est régie par l'art. 22 de l'ordonnance du 22 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA ; RS 172.010.1), par les Instructions du Département fédéral de l'intérieur du 13 juillet 1999 concernant la gestion des documents dans l'administration fédérale, ainsi que par la législation fédérale relative à l'archivage. Comme il résulte de l'art. 17, l'ordonnance sur la transparence se limite à compléter ces dispositions.

La gestion des documents officiels qui ne sont pas soumis au champ d'application de la loi sur la transparence, continue à être régie par la législation applicable en matière d'archivage. En effet, comme l'indique le message (FF 2003 1841, ch. 2.1.5.2.2), la notion de document officiel au sens de la loi sur la transparence n'équivaut pas exactement à celle de document selon l'art. 3, al. 1, LAr, qui comprend également les pièces qui sont utilisées à titre personnel par les employés de la Confédération (« dossiers personnels » ou « Handakten »).

Une gestion efficace permettra de réduire au minimum les frais encourus par l'autorité pour le traitement d'une demande et, par ce biais, d'éviter que la perception d'un émolument prohibitif ne dissuade le public d'exercer son droit d'accès aux documents officiels. La loi sur la transparence ne crée toutefois pas de nouvelles règles relatives à la gestion des documents; les autorités soumises à cette loi ne seront en particulier pas tenues de créer de nouveaux registres.

Le site des Archives fédérales publie un certain nombre d'informations concernant la gestion des documents officiels (www.bundesarchiv.ch).

7.2 Information relative aux documents officiels (art. 18 P-OTrans)

Le message relatif à la loi sur la transparence souligne l'importance que les autorités devront accorder à l'information sur les documents officiels, si elles souhaitent une mise en oeuvre simple et efficace de cette loi. L'art. 18 P-OTrans concrétise leurs obligations, tout en leur laissant une certaine marge d'appréciation. L'information se basera sur les moyens existants déjà aujourd'hui.

En vertu de la let. a, l'autorité est tenue de fournir une information générale sur les domaines et les affaires importantes qui relèvent de sa compétence. Cette information doit permettre au demandeur de déterminer l'autorité compétente dans un certain domaine, resp. les affaires pour lesquelles il existe des documents auprès d'une autorité.

En vertu de la let. b, l'autorité devra, en outre, mettre à disposition d'autres informations qui peuvent faciliter la recherche de documents. Différentes mesures sont envisageables. L'autorité pourra par exemple publier sur Internet une liste des documents classés en fonction des thèmes traités, établir des listes centralisées ou un registre des documents officiels, qui seront, si possible, accessibles sur Internet. Elle pourra également informer le public sur les documents officiels existants dans le cadre de l'information relative aux domaines et aux affaires relevant de sa compétence (al. 1, let. a). Ces instruments devront se baser sur les systèmes déjà existants et utiliser les données (les méta informations) collectées en vertu de la législation sur l'archivage. Certaines autorités utiliseront également leurs systèmes automatisés de gestion des dossiers (p. ex. GEVER). Cette disposition n'exige en revanche pas la création de nouvelles machines de recherche décentralisées.

En vertu de l'art. 18 P-OTrans, l'autorité n'est tenue d'informer le public que si aucune disposition légale (p. ex. l'art. 7 et 8 LTrans) ne s'y oppose. En cas d'atteinte à des intérêts mentionnés à l'art. 7 LTrans, il y a lieu de renoncer à toute information, de la limiter ou de la différer.

Il convient de rappeler que le degré de précision qui peut être exigé d'une demande d'accès dépend de l'étendue des informations mises à disposition par l'autorité. Si cette dernière publie des informations précises sur les documents accessibles, elle pourra, en contrepartie, requérir du demandeur une désignation exacte des documents sollicités.

7.3 Publication des documents officiels (art. 19 P-OTrans)

Les dispositions concernant la publication de documents officiels sont des mesures relevant de l'information active qui est étroitement liée au droit d'accès créé par la loi sur la transparence (information passive). L'information d'office a pour base légale l'art. 180. al. 2, Cst, ainsi que les art. 10, al. 1 et 11 LOGA (RS 172.010).

Le recours à la technologie électronique en matière de communication permet une mise en œuvre du principe de la transparence simple et peu coûteuse. Il est donc dans l'intérêt de chaque autorité de procéder, si possible, à une large publication des documents dès leur établissement ou leur réception, à la condition toutefois qu'aucun intérêt public ou privé et qu'aucune disposition légale spéciale ne s'y opposent.

Les autorités ont un certain pouvoir d'appréciation pour mettre en œuvre cette obligation de publication. Elles sont ainsi compétentes pour déterminer les documents considérés comme « importants ». Seront jugés comme tels les documents fondamentaux d'une affaire, les documents au centre de l'actualité, les documents présentant un intérêt particulier pour les citoyens, ainsi que, dans certains cas, les documents qui ont fait l'objet de plusieurs demandes. Il incombera en outre à chaque autorité de désigner le service compétent pour procéder à leur publication.

La publication ne doit pas entraîner de frais disproportionnés. En d'autres termes, cela signifie que l'autorité peut renoncer à publier un document si elle doit, à cette fin, le rendre anonyme ou si la publication sur Internet requiert des mesures techniques compliquées et coûteuses. La publication ne doit pas non plus être contraire à une disposition légale ; le document doit donc être accessible en vertu de la loi sur la transparence et sa publication sur Internet ne doit pas porter atteinte aux droits d'auteur ni aux droits relevant de la propriété intellectuelle.

Lorsque des documents seront publiés sur Internet, la protection des données personnelles devra être garantie. La base légale pour publier des données personnelles dans le cadre de l'information active ou passive est prévue à l'al. 3bis de l'art. 19 LPD. L'autorité devra toutefois faire preuve d'une grande retenue lorsqu'il s'agira de publier des données personnelles de tiers externes à l'administration (voir également art. 16, al. 3, de la loi fédérale sur les publications officielles [RS 170.512]). Pour ces cas, une publication sera envisageable si l'autorité a obtenu le consentement tacite ou explicite de la personne concernée, s'il existe un consentement de cette dernière ou s'il est invraisemblable selon les circonstances du cas d'espèce (nature des données et connexité) que la publication puisse lui porter préjudice. De plus, les données personnelles devront être effacées, dès qu'il ne sera plus nécessaire de les rendre disponibles.

7.4 Conseiller à la transparence (art. 20)

A l'instar de la législation en matière de protection des données personnelles, l'art. 20 P-OTrans prévoit la désignation d'un conseiller à la transparence auprès de

chaque département et auprès de la Chancellerie fédérale. Il incombera au département concerné d'examiner s'il est nécessaire que les offices qui relèvent de son autorité désignent également un conseiller. Cette nécessité pourra être différente selon les offices, au motif qu'ils ne seront pas tous concernés de la même façon par la mise en œuvre de la transparence. Il est également envisageable de désigner un conseiller par domaine concerné.

Il sera nécessaire de créer un nouveau poste dans très peu de cas. Il suffira, en règle générale, qu'un employé formé à cet effet assume cette nouvelle tâche. Vu que chaque département dispose d'un conseiller à la protection des données (art. 23 OLPD), ce dernier pourrait, par exemple, se charger des tâches relevant du domaine de la transparence.

La tâche principale du conseiller à la transparence sera de conseiller les unités administratives, de promouvoir l'information et la formation des collaborateurs et de concourir à l'application des prescriptions de la loi sur la transparence. Il devra être pour les autres collaborateurs, celui qui dispose des connaissances nécessaires en matière de transparence. Il n'a en principe pas de tâche de représentation vers l'extérieur (par exemple le traitement des demandes d'accès), mais l'autorité est libre de lui conférer une telle compétence. Le cas échéant, plusieurs conseillers pourront également être désignés au sein d'une même autorité.

Ce système permettra d'assurer une plus grande efficacité et facilitera les contacts avec le préposé. L'objectif poursuivi est en particulier de décharger ce dernier. Dans la mesure du possible, beaucoup de questions doivent pouvoir être résolues au sein de l'autorité.

8. Evaluation (art. 21 P-OTrans)

En vertu de l'art. 19 LTrans, il incombe au préposé d'évaluer l'application et l'efficacité de la loi sur la transparence. L'al. 2 prévoit en particulier qu'il est tenu de soumettre au Conseil fédéral un premier rapport sur les coûts de mise en œuvre, dans un délai de trois ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi sur la transparence.

L'évaluation des effets de la LTrans requiert une base de données adéquate. C'est pourquoi la présente disposition énumère les données qui doivent être transmises au préposé par les autorités soumises à la loi. Ces chiffres peuvent constituer un point de départ pour une évaluation approfondie sur un problème en particulier. Une fois que le rapport aura été établi, il conviendra d'examiner si les données doivent continuer à être collectées sous cette forme ou s'il est possible d'y renoncer, au motif qu'un nouvel examen complet des coûts n'est plus nécessaire.

Les autorités concernées par la disposition précitée sont les unités administratives au sens de l'art. 6, al. 1, let. b à f, de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010.1) ainsi que les unités désignées différemment mais ayant des fonctions identiques telles que les Secrétariats généraux, les groupes, les offices (sans les subdivisions), les commissions à pouvoir décisionnel et les autres unités relevant de l'administration. Il en va de même pour les

organismes et personnes de droit public ou de droit privé soumis au principe de transparence (art. 2, al. 1, let. b, LTrans).

9. Dispositions finales

9.1 Modifications du droit en vigueur (art. 22 P-OTrans)

A part les modifications matérielles à apporter aux ordonnances mentionnées ci-après, il y a lieu de modifier la dénomination de « Préposé fédéral à la protection des données » et de « Commission fédérale de la protection des données » dans un certain nombre d'ordonnances. Conformément à l'art. 16, al. 3, de l'ordonnance sur les publications officielles (RS 170.512.1), la Chancellerie fédérale effectuera ces adaptations sans procédure formelle.

9.1.1 Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010.1)

L'art. 8, al. 1, LTrans exclut tout droit d'accès aux documents officiels afférents à la procédure de co-rapport, afin de préserver la libre formation de l'opinion et de la volonté du Conseil fédéral en tant qu'autorité collégiale. Comme l'ont montré les travaux de mise en œuvre, cette disposition doit être concrétisée.

Vu que l'exception prévue par la loi sur la transparence pour les documents officiels afférents à la procédure de co-rapport ne concerne qu'une partie d'un processus décisionnel comportant plusieurs phases, il convient de déterminer expressément à partir de quel moment cette exception s'applique. La décision formelle du Conseil fédéral fixe clairement la fin de ce processus. Au sens de la présente disposition, la procédure de co-rapport débute par conséquent lorsque le département responsable signe sa proposition.

La proposition signée par le département compétent, les co-rapports des autres départements, les répliques et les dupliques sont donc des documents afférents à la procédure de co-rapport et sont dès lors exclus du champ d'application de la loi sur la transparence. Il en va de même pour les projets de co-rapports, pour les répliques et les dupliques puisqu'ils sont élaborés au cours de cette procédure. En revanche, les documents élaborés par l'office responsable de l'affaire à l'intention de son département, tels que le projet de proposition, ne sont pas considérés comme des documents afférents à la procédure de co-rapport au sens de la loi sur la transparence, puisque leur contenu représente encore l'opinion interne de l'office concerné (et donc de l'administration fédérale) et non celle du Conseil fédéral. Conformément à l'art. 8, al. 2, LTrans, l'accès à de telles informations ne pourra toutefois être accordé que lorsque le Conseil fédéral aura pris sa décision.

9.1.2 Ordonnance sur la protection des marques

La modification apportée à l'art. 38, al. 1, de l'ordonnance sur la protection des marques (OPM ; RS 232.111) n'est pas une conséquence directe de l'introduction du principe de la transparence. Elle favorise toutefois la transparence et est donc

étroitement liée aux objectifs de la loi. Seule la version française de l'al. 2 est modifiée pour des raisons d'ordre grammatical.

En vertu de l'art. 38 OPM actuellement en vigueur, l'Institut de la propriété intellectuelle donne aux tiers des renseignements sur les demandes d'enregistrement pendantes, moyennant le paiement d'une taxe. Selon la teneur de cette disposition, le tiers n'a pas la faculté de demander des renseignements sur des demandes d'enregistrement qui ont été retirées ou rejetées, puisque de telles demandes ne sont plus pendantes. Une telle restriction du droit d'obtenir des renseignements n'est plus opportune sous différents rapports.

Un des principes de base de la propriété industrielle est l'octroi de la protection en échange de la divulgation. Les titulaires de brevets, de marques et de droits sur un design doivent divulguer leurs droits s'ils veulent faire valoir leur droit d'exclusivité. Les tiers ne peuvent respecter cette prérogative que s'ils en ont connaissance. Pour ces mêmes raisons, ceux-ci doivent également avoir la possibilité d'obtenir des renseignements sur les demandes d'enregistrement. En effet, si une action en justice est déposée après qu'une marque a été enregistrée, le titulaire peut faire valoir rétroactivement des dommages à partir du moment où le défendeur a eu connaissance du contenu de la demande d'enregistrement.

L'art. 38 OPM actuellement en vigueur ne tient que partiellement compte de ce besoin d'informations. S'il est vrai qu'un tiers peut obtenir de l'Institut de la propriété intellectuelle des renseignements sur une demande d'enregistrement pendante, il n'a plus cette faculté, dès que la demande n'est plus pendante, soit parce que le demandeur l'a retirée soit parce que l'Institut l'a rejetée (art. 38 OPM). Cette restriction du droit d'information est d'autant plus paradoxale que les données sont accessibles au public aussi longtemps que la demande est pendante. Le fait de tenir ces informations après coup secrètes est en fin de compte inefficace et n'est justifié par aucun intérêt digne de protection. Au contraire, il est clairement dans l'intérêt des tiers de ne pas rester dans le vague sur l'issue d'une demande d'enregistrement.

9.1.3 Ordonnance sur la protection des données (RS 235.11)

Dans l'ensemble de l'ordonnance sur la protection des données, il y a lieu de remplacer les dénominations de « Préposé fédéral à la protection des données » et de « Commission fédérale de la protection des données » par celles de « Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence » et de « Commission fédérale de la protection des données et de la transparence ».

L'art. 14, al. 1, OLPD doit être modifié afin de l'adapter à l'art. 8 P-OTrans. Lors de l'application de cette disposition, il s'est avéré qu'en fixant la compétence dans l'ordonnance les besoins pratiques n'étaient pas pris en compte. Le DFAE doit avoir la faculté de régler différemment la compétence interne pour traiter les demandes de renseignements (art. 8 LPD) qui sont adressées aux représentations et aux missions suisses à l'étranger.

L'art. 31, al. 2, OLPD règle les relations directes entre d'une part le préposé et d'autre part les autorités (à l'exception du Conseil fédéral) et les personnes pri-

vées. Une fois modifiée, cette disposition s'appliquera non seulement au domaine de la protection des données mais aussi à celui de la transparence.

Conformément à l'art. 32, al. 1, OLPD modifié, les autorités seront également tenues de communiquer au préposé les projets législatifs en rapport avec le droit d'accès à des documents officiels. En effet, conformément à l'art. 18, let. c, LTrans, ce dernier est également compétent pour prendre position sur les projets d'actes législatifs fédéraux ou les mesures de la Confédération qui touchent fondamentalement le principe de la transparence. Il y a lieu, en outre, d'apporter une modification rédactionnelle à l'art. 32, al. 1, seconde phrase, OLPD afin qu'il résulte clairement de cette disposition que l'obligation pour les départements et la Chancellerie fédérale de communiquer leurs décisions et leur directives au préposé, ne concerne que la protection des données, soit le domaine pour lequel ce dernier a un pouvoir de surveillance.

9.2 Entrée en vigueur (art. 23 P-OTrans)

La loi sur la transparence et son ordonnance entreront en vigueur le 1^{er} juillet 2006.