



EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT
DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE
DIPARTIMENTO FEDERALE DI GIUSTIZIA E POLIZIA
DEPARTAMENT FEDERAL DA GIUSTIA E POLIZIA

POUR UNE ADMINISTRATION PUBLIQUE PLUS TRANSPARENTE

Projet de loi fédérale sur la transparence de
l'administration
et
rapport explicatif

Projet mis en consultation

Table des matières

RAPPORT EXPLICATIF		7
<hr/>		
1	PARTIE GÉNÉRALE	7
<hr/>		
11	POINT DE LA SITUATION	7
111	PRATIQUE ACTUELLE EN MATIÈRE D'ACCÈS À L'INFORMATION	7
111.1	Au niveau fédéral	7
111.2	Au niveau cantonal	9
111.3	Au niveau international	9
111.31	Introduction	9
111.32	Suède	10
111.33	Etats-Unis d'Amérique	11
111.34	France	11
111.35	Belgique	12
111.36	Canada	12
112	TRAVAUX PRÉPARATOIRES SUR LE PLAN FÉDÉRAL	13
113	CLASSEMENT DES INTERVENTIONS PARLEMENTAIRES	15
114	NÉCESSITÉ D'UNE LOI SUR LA TRANSPARENCE	15
114.1	Motifs justifiant l'introduction du principe de transparence	15
114.2	Arguments à l'encontre de l'introduction du principe de transparence	17
12	GRANDES LIGNES DU PROJET DE LOI SUR LA TRANSPARENCE	17
121	OBJECTIFS	17
122	CONCEPT ET POINTS ESSENTIELS	17
13	RAPPORT AVEC D'AUTRES ACTES LÉGISLATIFS DE LA CONFÉDÉRATION	19
2	PARTIE SPÉCIALE	20
<hr/>		
21	BUT ET CHAMP D'APPLICATION	20
211	BUT (ART. 1 ^{ER})	20
212	CHAMP D'APPLICATION (ART. 2)	21
212.1	Administration fédérale et autres organismes et personnes (art. 2 al. 1 ^{er})	21
212.2	Accès aux données personnelles (art. 2 al. 2)	24
212.3	Documents juridictionnels (art. 2 al. 3 et 4)	25
213	DOCUMENTS OFFICIELS (ART. 3)	26
213.1	Documents officiels en général (art. 3 al. 1 ^{er} et 2)	26
213.11	Introduction	26
213.12	Notion de document (art. 3 al. 1 let. a)	26
213.13	Information « détenue par une autorité » (art. 3 al. 1 let. b)	28
213.14	Information « concernant l'accomplissement d'une tâche publique » (art. 3 al. 1 let. c)	29
213.15	Documents virtuels (art. 3 al. 2)	30
213.2	Documents non officiels (art. 3 al. 3)	31
213.21	Documents inachevés (art. 3 al. 3 let. a)	31
213.22	Documents destinés à l'usage personnel (art. 3 al. 3 let. b)	34
213.3	Régime juridique des informations échappant à la présente loi	34
22	DROIT D'ACCÈS AUX DOCUMENTS OFFICIELS	35
221	PRINCIPE DE TRANSPARENCE (ART. 4)	35

221.1	Droit d'accès (art. 4 al. 1 ^{er})	35
221.2	Exercice du principe de transparence (art. 4 al. 2 et 3)	36
221.21	Consultation des documents officiels (art. 4 al. 2)	36
221.22	Gestion et information (art. 4 al. 3 let. a et b)	37
222	EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE TRANSPARENCE : PESÉE DES INTÉRÊTS (ART. 5)	38
222.1	Mécanisme permettant de limiter, de différer ou de refuser le droit d'accès (art. 5 al. 1 ^{er})	38
222.2	Intérêts publics prépondérants (art. 5 al. 2)	41
222.21	Atteinte notable à la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité (art. 5 al. 2 let. a)	41
222.22	Mise en danger de la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse (art. 5 al. 2 let. b)	43
222.23	Mise en péril des intérêts de la politique extérieure et des relations internationales de la Suisse (art. 5 al. 2 let. c)	43
222.24	Mise en péril des relations confédérales (art. 5 al. 2 let. d)	44
222.25	Mise en danger des intérêts de la politique économique ou monétaire nationale (art. 5 al. 2 let. e)	44
222.3	Intérêts privés prépondérants (art. 5 al. 3)	44
222.31	Atteinte notable à la sphère privée (art. 5 al. 3 let. a)	45
222.32	Révélation de secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires (art. 5 al. 3 let. b)	45
222.33	Divulgaration d'informations fournies librement par un tiers à une autorité qui a garanti le secret (art. 5 al. 3 let. c)	45
223	CAS PARTICULIERS (ART. 6)	46
223.1	Documents exclus du droit d'accès (art. 6 al. 1 ^{er})	46
223.11	Documents relatifs à la procédure de co-rapport (art. 6 al. 1 ^{er} let. a)	46
223.12	Documents officiels relatifs aux positions de négociation concernant les négociations en cours ou futures (art. 6 al. 1 ^{er} let. b)	47
223.2	Documents officiels relatifs à la procédure de consultation des offices (art. 6 al. 2)	47
223.3	Documents inconditionnellement accessibles : rapports évaluant les performances et l'efficacité de l'administration fédérale (art. 6 al. 3)	47
223.4	Refus en cas de demande abusive	48
23	PROCÉDURE D'ACCÈS AUX DOCUMENTS OFFICIELS	48
231	INTRODUCTION: APERÇU SUR LA PROCÉDURE	48
231.1	Procédure relative à la demande d'accès et à la médiation	48
231.2	Procédure relative à la décision et au recours	49
232	DEMANDE D'ACCÈS (ART. 7)	49
233	RÉPONSE DE L'AUTORITÉ (ART. 8)	51
234	MÉDIATION (ART. 9)	53
235	RECOMMANDATION (ART. 10)	54
236	DÉCISION (ART. 11)	54
237	RECOURS (ART. 12)	54
238	ÉMOLUMENTS ET RÉMUNÉRATION (ART. 13)	56
238.1	Principe de la gratuité (art. 13 al. 1 ^{er})	56
238.2	Perception d'un émolument (art. 13 al. 2)	56
238.3	Tarif des émoluments (art. 13 al. 3)	57
238.4	Rémunération (art. 13 al. 4)	58
24	PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA TRANSPARENCE	58
241	NOMINATION ET STATUT DU PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA TRANSPARENCE (ART. 14)	58
242	ATTRIBUTIONS (ART. 15)	59
243	EVALUATION (ART. 16)	60
244	DROIT D'OBTENIR DES RENSEIGNEMENTS ET DE CONSULTER LES DOCUMENTS (ART. 17)	60

25	COMMISSION FÉDÉRALE DE LA PROTECTION DES DONNÉES ET DE LA TRANSPARENCE (ART. 18)	61
26	DISPOSITIONS FINALES	61
261	MODIFICATIONS DE LOIS FÉDÉRALES (ART. 19)	61
262	RÉFÉRENDUM ET ENTRÉE EN VIGUEUR (ART. 20)	61
3	MISE EN ŒUVRE	61
<hr/>		
4	IMPACTS	62
<hr/>		
41	RÉPERCUSSIONS FINANCIÈRES ET EFFETS SUR L'ÉTAT DU PERSONNEL	62
42	IMPACTS EN MATIÈRE INFORMATIQUE	65
43	AUTRES IMPACTS	65
431	EN GÉNÉRAL	65
432	CONSÉQUENCES SUR L'ÉCONOMIE	65
44	IMPACTS EN CAS DE NON-INTRODUCTION DU PRINCIPE DE TRANSPARENCE	66
5	RELATION AVEC LE DROIT COMMUNAUTAIRE ET INTERNATIONAL	66
<hr/>		
51	DROIT COMMUNAUTAIRE	66
52	DROIT INTERNATIONAL	66
6	BASES JURIDIQUES	67
<hr/>		
61	CONSTITUTIONNALITÉ	67
62	FORME DE L'ACTE À ADOPTER	68
63	DÉLÉGATION DU DROIT DE LÉGISFÉRER	68
64	COMPÉTENCE D'EXÉCUTION	69
65	MODIFICATION DU DROIT POSITIF	69

RAPPORT EXPLICATIF

1 Partie générale

11 Point de la situation

111 Pratique actuelle en matière d'accès à l'information

111.1 Au niveau fédéral

L'activité de l'administration est en principe secrète sous réserve d'exceptions. Le citoyen ne dispose d'aucun droit général à obtenir des informations sur l'ensemble de l'activité administrative¹. La liberté de l'information, garantie désormais à l'art. 16 Cst.², confère uniquement le droit de se renseigner aux sources généralement accessibles. Le Tribunal fédéral a déduit le principe du secret de l'administration des règles relatives au secret professionnel (art. 27 StF³) et des dispositions pénales protégeant le secret de fonction (art. 320 CP⁴). L'absence de droit subjectif général à l'information ainsi que le principe de l'administration secrète sont fermement critiqués en doctrine⁵.

Le principe du secret souffre pourtant maintes exceptions, si bien qu'une partie de la doctrine estime qu'il est trop catégorique de prétendre que le principe du secret prévaudrait pour l'administration⁶. Il existe en effet diverses règles que l'on peut classer en deux catégories selon qu'elles accordent soit un droit général, limité toutefois à une catégorie de documents, soit un droit d'accès limité non seulement à

¹ ATF 104 Ia 88, confirmé et précisé in ATF107 Ia 304. Voir également ATF 113 Ia 309.

² A défaut de précision, le présent texte se réfère à la Constitution fédérale du 18 avril 1999.

³ RS 172.221.10.

⁴ RS 311.10.

⁵ Mahon, P., L'information par les autorités, *RDS II*, 1999, p. 275ss ; Barrelet, D., *Droit de la communication*, 1998, n° 88ss, p. 26s et n° 937, p. 265 ; Breitenmoser, S./Uebersax, P., *Information, Medien und Demokratie : die Rechtslage in der Schweiz*, in : Hofmann, R. et al., *Information, Medien und Demokratie*, 1997, p. 315 et 350ss ; Barthe, C., *Zur Informationstätigkeit der Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzgesetzes des Bundes*, 1993, p. 60ss ; Seiler, H., *Die (Nicht-)Öffentlichkeit der Verwaltung*, *RDS I*, 1992, p. 415ss ; Moor, P., *Droit administratif*, vol. II, 1991, ch. 2.2.5.7, p. 169 ; Rossinelli, M., *Les libertés non écrites*, Lausanne, 1987, p. 190ss ; Müller, J. P., in : Aubert, J.-F. et al., *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, vol. III, chapitre consacré à la liberté d'information, 1986, n° 38ss ; Cottier, B., *La publicité des documents administratifs*, 1982, p. 187s ; Saladin, P., *Grundrechte im Wandel*, 1982, p. XXVIII et 137ss ; Barrelet, D., *Le droit du journaliste à l'information*, *SJZ*, 1979, p. 69. Schweizer, R., *Entwicklungen im Recht auf Zugang zu Verwaltungsinformationen*, *Medialex*, 1995, p. 77s rappelle cependant les avantages du principe du secret, tout en exposant aussi les inconvénients. Voir également ch. 13 ci-dessous.

⁶ Schweizer, R./ Burkert, H., *Verwaltungsinformationsrecht : Allgemeiner Überblick*, in : Koller, H. et al., *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht : Informations- und Kommunikationsrecht*, 1996, p. 20, n° 49 ; Kettiger, D., *Das Öffentlichkeitsprinzip in der neuen Bundesverfassung : Ein Beitrag zur Volksdiskussion*, *LeGes*, 1996, vol. 1, p. 48 ; Seiler, H., *Die (Nicht-)Öffentlichkeit der Verwaltung*, *RDS I*, 1992, p. 427 ; Cottier, B., *La publicité des documents administratifs*, 1982, p. 187s.

un contexte déterminé mais, en plus, à une catégorie de personnes. Il est pourtant exclu d'affirmer que le principe opposé de la transparence prévaudrait dans l'administration, car la somme des exceptions précédentes ne conduit pas encore à renverser le principe du secret. Dans le premier cas de figure, il s'agit des dispositions spéciales qui garantissent un accès général à certains documents seulement.

On évoquera les droits à l'information en rapport avec l'exercice des droits populaires⁷ ; la publicité des textes normatifs (loi sur les publications officielles⁸) ; le résultat de certaines expertises (art. 47 LPE⁹) ; les plans devant être mis à l'enquête publique dans le cadre des procédures fédérales de construction ; les plans d'expropriation (art. 30 LEx¹⁰) ; la publicité du rapport et des résultats de l'étude de l'impact sur l'environnement (art. 9 al. 8 LPE¹¹) ; la mise au concours publique des concessions dans le domaine de la radio et de la télévision (art. 12 al. 1^{er} LRTV¹²), en matière hydraulique (art. 60 al. 2 LFH¹³) ainsi que dans le domaine des télécommunications (art. 14 et 24 LTC¹⁴) ; les registres publics tels que le registre du commerce ou celui de l'état civil ; la publication du projet de décision ou de la requête tendant à une décision lorsque les parties à une procédure administrative sont en grand nombre (art. 30a PA¹⁵) ; les appels d'offres publics dans la procédure d'attribution des marchés publics (art. 13ss LMP¹⁶), etc.

Le second cas vise les multiples règles conférant des droits d'accès limités à une personne, à une catégorie de personnes ou liés à un contexte précis.

On songe ici au droit de consulter le dossier déduit de l'art. 29 al. 2 Cst. et consacré dans diverses lois de procédure (par exemple à l'art. 26s PA¹⁷) ; au droit d'accès des particuliers aux données personnelles les concernant qui résulte de la liberté personnelle¹⁸ ainsi que de l'art. 8 CEDH¹⁹ et consacré dans la LPD²⁰ ; aux nombreuses règles relatives à la communication des informations entre autorités, notamment l'entraide administrative ; au droit de consulter le registre foncier limité à celui qui justifie d'un intérêt (art. 970 al. 2 CC²¹), etc.

⁷ Mahon, P., L'information par les autorités, *RDS II*, 1999, p. 230ss ; Ramseyer, J., *Zur Problematik der behördlichen Information im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen*, 1992 ; Tschannen, P., *Stimmrecht und politische Verständigung*, 1995, p. 425 ; Barthe, C., *Zur Informationstätigkeit der Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzgesetzes des Bundes*, 1993, p. 48ss.

⁸ RS 170.512.

⁹ RS 814.01.

¹⁰ RS 711.

¹¹ RS 814.01.

¹² RS 784.40.

¹³ RS 721.80.

¹⁴ RS 784.10.

¹⁵ RS 172.021.

¹⁶ RS 172.056.1.

¹⁷ RS 172.021.

¹⁸ Mahon, P., L'information par les autorités, *RDS II*, 1999, p. 283ss ; 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.

¹⁹ ATF 122 I 153.

²⁰ RS 235.1.

²¹ RS 210.

L'absence de droit subjectif général à l'information ne signifie cependant pas que l'Etat saurait demeurer passif. Le Constituant a confié au Conseil fédéral le soin 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.). L'art. 10 LOGA²², notamment, concrétise cette obligation en contraignant le Conseil fédéral d'informer 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 des domaines spécifiques, par exemple à l'art. 6 LPE²³. Ces normes ne confèrent aux particuliers cependant aucun droit subjectif à l'information.

111.2 Au niveau cantonal

Seul le canton de Berne connaît actuellement un droit d'accès général garantissant à toute personne un droit inconditionnel de consulter des documents officiels pour autant qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant n'y fasse obstacle et sans qu'un intérêt légitime soit exigé. L'art. 17 al. 3 de la Constitution bernoise fonde ainsi 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 public²⁴ et l'ordonnance du 26 octobre 1994 sur l'information du public²⁵.

Certains cantons ont toutefois élargi la liberté d'information à un *droit à l'information*, limité pourtant à qui justifie d'un intérêt (BL ; AR)²⁶. La Constitution soleuroise donne quant à elle le mandat de régler le droit d'accès aux documents officiels²⁷.

Les cantons de SO, AG, GE, TI et VD sont en train d'examiner l'introduction du principe de transparence dans leur ordre juridique.

111.3 Au niveau international

111.31 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 l'Australie, la Belgique, le Danemark, la Finlande, la France, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, le Canada, l'Irlande, la Hongrie, les Etats-Unis d'Amérique, l'Afrique du Sud et l'Italie ont également accepté ce principe.

Ces Etats consacrent un droit d'accès aux documents de l'administration centrale comme à 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

²² RS 172.010.

²³ RS 814.01.

²⁴ RSB 107.1.

²⁵ RSB 107.111.

²⁶ La Constitution de BL n'exige pas un intérêt digne de protection pour la consultation des documents qui relèvent de la compétence du Parlement (sur la situation cantonale, voir les références citées in Mahon, P., L'information par les autorités, *RDS II*, 1999, p. 321ss).

²⁷ Mahon, *ibidem*.

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, souvent occasionnées par la nécessité d'adapter le droit d'accès à l'avènement des documents électroniques, vont toutes dans le sens d'une plus grande transparence. Dans aucun cas, le principe même de la transparence n'a été remis en question; ce qui tend à démontrer que ce principe est entré dans les mœurs, même si dans les premières années suivant son introduction, les requérants ont du souvent faire face à la réticence de fonctionnaires encore attachés à une certaine culture du secret.

On se limitera dans cette section 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. 51).

111.32 Suède

En Suède, chacun peut demander à consulter les documents administratifs. Nul n'est besoin de faire connaître son identité ni de justifier sa requête d'une manière ou d'une autre. Les services de l'administration doivent accéder immédiatement à la demande du requérant, dans la mesure où le document est disponible. 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 exceptionnelles ne sont pas directement applicables. Le législateur doit les concrétiser dans une loi spéciale. Il existe 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 supérieur. Le plus souvent, toutefois, on fait appel à l'ombudsman qui tente de résoudre le conflit par des recommandations.

111.33 Etats-Unis d'Amérique

En 1966, le Freedom of Information Act (FOIA) a introduit le principe de transparence aux Etats-Unis d'Amérique. Selon cet acte, les autorités fédérales doivent garantir la consultation des documents et des enregistrements de caractère documentaire comme les enregistrements d'images, de sons et de données. Les instructions générales et les décisions de principe doivent être accessibles dans un local ouvert au public. En outre ces documents doivent figurer dans un registre consultable librement. Chacun peut demander à les consulter.

Des exceptions à l'accessibilité sont prévues dans l'intérêt de la sûreté nationale et de la politique extérieure, ainsi qu'en ce qui concerne les actes 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. A vrai dire, 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 sensiblement complétée en 1996 pour faciliter l'accès par le biais des 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 digitalisé; le cas échéant sous forme anonymisée.

Presque tous les Etats fédérés ont introduit le principe de transparence.

111.34 France

En France le principe de transparence a été introduit par la loi du 17 juillet 1978. Toute personne a le droit de consulter les documents de caractère non nominatif. Sont considérés comme tels les documents qui ne contiennent pas d'informations nominatives. Les enregistrements sonores et visuels ou les enregistrements sur d'autres supports de données sont 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,
- pour protéger la sûreté de l'Etat et la sécurité publique,
- pour éviter de porter atteinte au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures,
- pour protéger la poursuite des infractions fiscales,
- pour protéger 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 le rejet de la requête ou la limitation de la consultation sous forme de décision écrite motivée. Si cette autorité 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 la première autorité maintient sa décision après que la CADA a remis son avis ou qu'elle ne réagisse 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 4 000 cas (le système français comprend aussi les administrations régionales et locales). Environ quatre cinquièmes des cas litigieux sont réglés dans le sens des recommandations de la CADA, lesquelles sont le plus souvent favorables à la communication.

111.35 Belgique

La Belgique a consacré le principe de transparence dans la loi du 11 avril 1994 (loi relative à la publicité de l'administration). La loi accorde 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 actes doit être refusée lorsque l'intérêt à la transparence a moins de poids 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 nationales,
- la poursuite des faits punissables,
- 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. Il existe d'autres motifs de rejet; ainsi lorsque la divulgation d'un document serait source de méprise, le document étant inachevé ou incomplet, que la demande concerne une information communiquée librement et à titre confidentiel à l'autorité ou que 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.

111.36 Canada

Depuis l'Access to Information Act, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1983, on peut demander à consulter des documents de toutes sortes. En règle générale, la

demande de consultation doit être rédigée sur un formulaire officiel contre paiement d'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 sous réserve d'en informer le requérant. La décision de rejet doit être motivée. Le rejet de la demande ou la limitation de la consultation peuvent être déferés dans le délai d'une année à l'"information commissioner". Celui-ci fait des recommandations sur l'affaire. Si la première autorité maintient le rejet de la demande ou la limitation de la consultation, sa décision peut être attaquée devant un tribunal fédéral dans un délai de 45 jours dès réception du rapport de l' "information commissioner".

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 (par exemple Québec, Ontario); il est combiné le plus souvent avec la législation sur la protection des données.

112 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 quatre-vingts. La Commission d'experts pour une conception globale des médias a ainsi rédigé 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 Jelimini du 18 juin 1980²⁸ et Binder du 8 octobre 1980²⁹, un groupe de travail interdépartemental a proposé à son tour 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 du précédent rapport, la Chancellerie fédérale a proposé dans un rapport intermédiaire du 22 mai 1989 d'édicter des directives réglementant cette question.

²⁸ 80.467 *classification des documents et opinion publique.*

²⁹ 80.544 *Informateurs et journalistes. Statut juridique.*

En avril 1991, un nouveau groupe de travail interdépartemental a préconisé dans un rapport intermédiaire une certaine ouverture de l'administration mais sans remplacer pour autant les diverses ordonnances et directives éparses par une règle uniforme.

En 1992, le Conseil fédéral s'est fixé dans son rapport sur le programme de législature 1991-1995 l'objectif d'être « *proche des citoyens grâce à une transparence accrue* »³⁰ ; il voulait à ce propos examiner la possibilité d'introduire le principe de transparence des activités de l'administration dans le cadre de la réforme gouvernementale³¹. 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 à l'unanimité en faveur de l'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 1990³² et Hess du 19 septembre 1991³³ exigeant l'introduction du principe de transparence, ont été transmises sous forme de postulat.

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 le principe de la transparence sous réserve d'exceptions aurait dû remplacer le principe du maintien du secret tempéré par l'exception de transparence³⁴. Ni le projet de Constitution 1996 ni la Constitution du 18 avril 1999 n'ont repris cette innovation.

Le 15 décembre 1997, le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à accepter trois motions du Conseil national qui préconisaient l'introduction du principe de la transparence (motion Hess du 11 mars 1997³⁵, motion Vollmer du 19 mars 1997³⁶ ainsi que la motion de la commission de gestion du Conseil national du 29 mai 1997³⁷). Le Conseil national a accepté les trois motions le 20 mars 1998³⁸. Le Conseil des Etats a accepté les motions Hess et Vollmer le 1^{er} octobre 1998 ; il a transmis la motion de la Commission de gestion du Conseil national comme postulat, car le délai imparti pour soumettre au Parlement les bases légales permettant l'introduction du régime de la transparence au sein de l'administration fédérale était trop bref (fin 1998).

³⁰ Objectif 59 (FF 1992 III 134s).

³¹ FF 1992 III 135.

³² 90. 775 *Droit du citoyen à l'information*.

³³ 91. 3303 *Régime de la transparence et réserve du secret au sein de l'administration*.

³⁴ Variante à l'art. 154 al. 2 projet de Constitution fédérale 1995.

³⁵ 97.3083 *Régime de la transparence et réserve du secret au sein de l'administration*.

³⁶ 97.3110 *Inscription du principe de la transparence dans une future loi sur l'information*.

³⁷ 97.3384 *Régime de la transparence au sein de l'administration* (BO CN 1998 735).

³⁸ BO CN 1998 734.

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 transparence³⁹.

113 Classement des interventions parlementaires

Vu le présent projet de loi, les deux motions et les deux postulats qui préconisent l'introduction du principe de transparence sous réserve d'exceptions (motion du conseiller national Hess du 11 mars 1997⁴⁰ ; motion du conseiller national Vollmer du 19 mars 1997⁴¹ ; motion du conseiller national Hess du 19 septembre 1991 transmise sous forme de postulat⁴² ; motion de la commission de gestion du Conseil national du 29 mai 1997 transmise sous forme de postulat⁴³) peuvent être classées et rayées du rôle.

114 Nécessité d'une loi sur la transparence

114.1 Motifs justifiant l'introduction du principe de transparence

Le principe de transparence est une extension de la politique d'information menée jusqu'à présent au sein de l'administration fédérale. Il s'agit d'une évolution plutôt que d'une révolution, puisque le gouvernement exerce déjà une politique d'ouverture (stratégie d'information active, procédures de consultation, etc.). La Constitution du 18 avril 1999 consacre 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.).

La situation actuelle qui pose en principe la règle du secret s'avère cependant de plus en plus insatisfaisante. La succession des travaux préparatoires depuis les années quatre-vingts et la critique constante de la doctrine (voir ch. 111.1 ci-dessus) montrent que la nécessité d'un changement n'est pas l'expression d'un phénomène de mode superficiel.

³⁹ 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.

⁴⁰ 97.3083 *Régime de la transparence et réserve du secret au sein de l'administration.*

⁴¹ 97.3110 *Inscription du principe de la transparence dans une future loi sur l'information.*

⁴² 91.3303 *Régime de la transparence et réserve du secret au sein de l'administration.*

⁴³ 97.3384 *Régime de la transparence au sein de l'administration.*

On peut dégager plusieurs éléments clefs du problème :

- Premièrement la société a évolué. L'information, tout en s'accéléralant et en se diversifiant, a pris une envergure nouvelle. Les efforts entrepris par la Confédération pour s'adapter ont essentiellement porté pour l'instant sur l'intensification et l'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 allégations officielles. Le principe de transparence devrait ainsi contribuer à améliorer les rapports entre l'Etat et ses administrés.
- Deuxièmement, le principe de transparence doit être envisagé comme un outil permettant de renforcer la démocratie. Il participe dans le contexte de la démocratie semi-directe à la libre formation de la volonté politique et permet non seulement au citoyen mais aussi au Parlement de renforcer sa propre position envers le gouvernement, en raison de l'importance de l'administration dans le processus législatif. L'administration contemporaine n'est plus celle de l'Etat de police : elle est devenue créatrice. La conception d'une bureaucratie secrète ne correspond plus à l'idéal moderne d'ouverture démocratique.
- Troisièmement, le principe de transparence peut être considéré comme un instrument supplémentaire pour renforcer le contrôle de l'administration. Tant le parlementaire que le citoyen disposent par ce truchement d'un nouvel instrument de surveillance leur conférant un accès direct aux sources d'information.
- Quatrièmement, la valorisation publique des informations détenues par l'Etat se révèle précieuse non seulement pour le public en général, qui bénéficie dès lors d'une masse de connaissances fiables qu'il peut exploiter, mais aussi au sein même de l'administration, assouplissant la collaboration entre les divers départements et services. L'efficacité de l'activité administrative devrait en sortir renforcée.
- Cinquièmement, la transparence favorise 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.
- Sixièmement, l'introduction généralisée d'un tel principe combat la pratique administrative actuellement hétérogène relative au secret au sein même de l'administration. De nombreuses prescriptions règlent aujourd'hui cette matière de façon éparse.
- Septièmement, une culture généralisée du secret encourage la multiplication des indiscretions qu'une politique plus ouverte contribuerait à relativiser et à objectiver. L'introduction du principe de transparence ne saurait en revanche les supprimer, car il existera toujours un noyau d'informations secrètes. L'introduction de la transparence contribuera simplement à rendre la discussion publique plus sereine en banalisant une série d'informations devenant désormais ordinaires.

- Enfin, la limitation du secret aux informations dont l'accès doit être refusé en raison d'un intérêt public ou privé devrait favoriser un maintien effectif de la confidentialité dans les affaires qui l'exigent.

114.2 Arguments à l'encontre de l'introduction du principe de transparence

Substituer au principe du secret celui de la transparence est un changement fondamental de la culture administrative. Il s'agit de ne pas sous-estimer les difficultés liées à son introduction.

On évoquera tout d'abord le principe de collégialité prévalant pour le Conseil fédéral selon lequel il importe d'éviter de faire publiquement état des avis des membres du collège qui n'ont pas été favorables à une décision. L'administration craint une complication du processus décisionnel et une restriction de sa liberté de décider en raison des pressions médiatiques que le principe de transparence peut engendrer. Les citoyens, de même que les entreprises, redoutent à leur tour que ce principe porte atteinte à leur vie privée pour les uns et à leurs secrets commerciaux pour les autres. Certains craignent également qu'un tel principe 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.

Afin de tenir compte de ces critiques, le projet de loi prévoit des exceptions spécifiques garantissant le maintien du secret.

D'un point de vue financier, l'administration appréhende une surcharge de travail pour répondre aux demandes en renseignement et les coûts qui en résulteraient. L'expérience internationale (Suède et Québec notamment) et nationale (canton de Berne) montre, dans ces cas, que le principe de transparence ne pose pas de problèmes pratiques particuliers et que les coûts y relatifs demeurent dans des proportions raisonnables.

12 Grandes lignes du projet de loi sur la transparence

121 Objectifs

Le présent projet de loi vise à rendre le processus décisionnel de l'administration plus transparent dans le but de renforcer le caractère démocratique des institutions publiques et d'améliorer le sentiment de confiance des citoyens envers les autorités. Il contribue également à ajuster la culture administrative à la société d'information moderne. Il renforce le contrôle de l'administration tout en améliorant l'efficacité de son fonctionnement. Une telle législation devrait enfin contribuer à harmoniser les pratiques administratives relatives au secret et à l'information.

122 Concept et points essentiels

Le projet de loi renverse le principe du secret des activités administratives au profit de celui de la transparence. Il institue les points suivants :

- Le principe de transparence confère à toute personne un droit d'accès généralisé aux documents officiels produits ou détenus par l'administration sans devoir justifier un intérêt particulier.

- Il fonde un véritable droit subjectif à l'accès aux documents officiels que toute personne peut faire valoir en justice.
- Le principe s'applique non seulement à l'administration fédérale mais également aux organismes extérieurs désignés par le Conseil fédéral dans la mesure où une tâche publique de la Confédération leur a été confiée.
- Le principe de transparence repose sur le système selon lequel l'accès accordé à une personne implique qu'il doit l'être en règle générale à toutes.
- L'exercice du principe de transparence 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.
- 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 bénéficient pas du principe de transparence : documents relatifs à la procédure de co-rapport (voir art. 15 LOGA⁴⁴) ; documents relatifs aux positions de négociation concernant les négociations en cours ou futures. Les documents officiels relatifs à la procédure de consultation des offices et qui donnent lieu par la suite à une décision du Conseil fédéral ne sont accessibles qu'après la décision du Conseil fédéral ; ce dernier peut décider des exceptions.
- L'accès aux documents relatifs aux procédures civiles, pénales, d'entraide judiciaire et administrative internationale, de règlements internationaux des différends ainsi qu'aux procédures juridictionnelles de droit public, aux procédures juridictionnelles administratives et aux procédures d'arbitrage continue à être régi dans les lois spéciales correspondantes.
- Les restrictions au droit d'accès ne doivent pas être motivées par des considérations liées à la réutilisation par le demandeur des informations requises.
- 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 est une extension de l'actuelle Commission fédérale de la protection des données.
- La procédure est en principe gratuite. Un émolument peut être perçu dans certains cas. Lorsqu'un document officiel se prête à une commercialisation, le Conseil fédéral peut prévoir que l'accès est rémunéré au prix du marché.
- L'administration doit signaler l'existence des documents officiels et fournir des informations expliquant de quelle manière et où les individus peuvent se procurer les documents sollicités.
- Les documents officiels doivent être en principe accessibles dans le format désiré par le demandeur, pour autant qu'un tel format soit disponible.

44 RS 172.010

Le présent projet *n'aborde* en revanche *pas* les points suivants :

- Les stratégies d'information d'office des autorités ;
- La publicité des séances des autorités ;
- La publicité du Conseil fédéral en tant qu'autorité collégiale ;
- La publicité du Tribunal fédéral, des autorités de justice militaire et du Parlement (y compris ses commissions) ainsi que de leurs administrations respectives ;
- Les publicités des commissions de recours et d'arbitrage
- L'extension du principe de transparence au niveau des administrations cantonales ;
- La communication d'informations entre autorités (entraide administrative) ;
- Les droits d'accès limités à des catégories de personnes, tels que les droits d'accès privilégié des médias à l'information (procédure d'accréditation) par exemple ;
- L'information spécifique liée à l'exercice des droits populaires.

13 Rapport avec d'autres actes législatifs de la Confédération

Fondement même du principe du secret de l'administration selon le Tribunal fédéral (voir ch. 111.1 ci-dessus), l'art. 27 du *Statut des fonctionnaires*⁴⁵ n'aura pas besoin d'être adapté compte tenu du fait que la loi sur la transparence n'entrera pas en vigueur avant le 1^{er} janvier 2001, c'est-à-dire à une date où le Statut des fonctionnaires aura été abrogé. L'art. 20 du projet de loi sur le personnel de la Confédération (LPers) réglera désormais la question du secret professionnel, du secret d'affaire et du secret de fonction. Cette disposition n'a par contre pas besoin d'être modifiée par le présent projet.

Il n'est pas non plus nécessaire de modifier l'art. 320 du *Code pénal* : « révéler un secret » au sens de cette disposition équivaudra dorénavant à divulguer des documents officiels inaccessibles en vertu du présent projet et à délivrer des renseignements sur leur contenu.

La *Loi fédérale sur l'archivage* (LAr)⁴⁶ contient déjà une disposition de coordination en précisant à son art. 9 al. 2 que « les documents consultables par le public avant d'être versés aux Archives fédérales le restent par la suite. » Pour les documents officiels dont l'accès est susceptible d'être accordé après leur versement aux archives, en particulier dans le cas où l'exception relative à la protection de la libre formation de l'opinion et de la volonté des autorités est en jeu (voir art. 5 al. 2 let. a du présent projet), les Archives fédérales, en tant qu'autorité qui « détient » les documents sollicités (voir art. 7 al. 1^{er}), seront amenées à trancher en se fondant sur le présent projet de loi. L'art. 13 LAr réglant 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 les Archives fédérales ont examiné si le document officiel demandé est bel et bien inaccessible au sens du présent projet. Une

⁴⁵ RS 172.221.10.

⁴⁶ FF 1998 3070.

modification législative ne paraît pas s'imposer. La répartition exacte des compétences et la coordination entre les Archives fédérales et l'administration ayant versé les documents pourront être réglées par le Conseil fédéral dans le cadre de sa compétence d'exécution (voir rapport explicatif ad art. 8). Notons enfin que la notion de « document » (« *Unterlagen* ») présente certaines analogies entre les deux lois sans être exactement identique. Une cohérence dans l'application est nécessaire (voir rapport explicatif ad art. 3 al. 1^{er} let. a *i. f.*).

La coordination avec la *loi fédérale sur la protection des données* (LPD)⁴⁷ est assurée par l'art. 2 al. 2 du présent projet (voir rapport explicatif ad art. 2).

Les droits en matière de *propriété intellectuelle* sont réservés à titre de règles spéciales. Le présent projet ne les évoque pas explicitement. Cette réserve implicite revêt une importance indéniable chaque fois qu'une copie d'un document protégé par le droit d'auteur est demandée. Rappelons que les lois, les ordonnances, les accords internationaux et autres actes officiels, de même que les décisions, procès-verbaux et rapports qui émanent des autorités ou des administrations ne sont pas des œuvres protégées par le droit d'auteur (voir art. 5 LDA⁴⁸).

Enfin, *diverses dispositions spéciales* sont susceptibles de s'opposer à l'accès à un document officiel, au même titre que l'existence d'un intérêt public ou privé prépondérant au secret (voir rapport explicatif ad art. 5 al. 1^{er} p. 40).

2 Partie spéciale

21 But et champ d'application

211 But (art. 1^{er})

Le projet de loi vise à favoriser l'accès du public aux documents officiels et à promouvoir ainsi la transparence de l'administration. Il n'est pas nécessaire de démontrer un intérêt particulier.

L'objectif de transparence affirmé à l'art. 1^{er} symbolise l'esprit d'ouverture du projet de loi qui doit guider les autorités dans son application. L'introduction de ce nouveau principe s'inscrit dans le cadre plus vaste des moyens visant à développer un climat de confiance entre les citoyens et leurs autorités. Il doit également contribuer à renforcer le caractère démocratique de l'administration en rendant le processus décisionnel plus transparent (voir ch. 114.1 ci-dessus).

Le terme accès du « public » utilisé à l'art. 1^{er} montre que le projet vise à promouvoir *l'information collective*, par opposition à l'information individuelle qui ne confère, elle, qu'un droit à des catégories choisies de personnes ou d'autorités. Le mot « public » a été préféré à celui de citoyen ou d'administré, car le présent projet ne vise pas seulement les Suisses et les Suissesses, mais également les étrangers, qu'ils soient domiciliés en Suisse ou non (voir rapport explicatif ad art. 4).

⁴⁷ RS 235.1.

⁴⁸ RS 231.1.

Par le choix du terme « accès » du public aux documents officiels, l'art. 1^{er} du projet de loi ne se limite pas à garantir la *consultation* de ceux-ci. Il inclut également le droit d'obtenir des renseignements sur leur contenu comme le souligne l'art. 4 al. 1^{er} : par exemple la date prévue de mise en consultation d'un projet de loi mentionnée dans un calendrier de travail. Les renseignements à délivrer doivent dans tous les cas reposer sur une base documentaire ou, pour le moins, être en rapport avec un document (voir rapport explicatif ad art. 3 al. 1^{er} let. a p. 27).

L'art. 1^{er} fait allusion par le biais du verbe « promouvoir » à la pratique actuelle en matière de relations publiques, signifiant que le présent projet de loi est un pas supplémentaire dans une évolution déjà amorcée vers un Etat plus transparent.

La notion de « document officiel » est définie à l'art. 3.

212 Champ d'application (art. 2)

212.1 Administration fédérale et autres organismes et personnes (art. 2 al. 1^{er})

Le projet de loi 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 désignés par le Conseil fédéral, mais dans la mesure seulement où une tâche publique de la Confédération leur a été confiée (let. b). Il résulte de cette définition que le champ d'application personnel ne comprend pas 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 aussi exclu du champ d'application, seule son administration en fait partie. Les cantons ne sont pas non plus compris dans le champ d'application, même dans la mesure où une tâche publique de la Confédération leur a été confiée.

La notion d'administration fédérale à la let. a est identique à celle qui figure à l'art. 178 de la Constitution mise à jour et à l'art. 2 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)⁴⁹. L'administration fédérale comprend les départements et la Chancellerie fédérale. Ils forment l'administration *centrale*. Les institutions de coordination qui coiffent les départements (organisations de projets et délégations) en font partie. Les corps de troupe et les unités de troupe de l'armée ne font pas partie de l'administration fédérale.

Les secrétariats généraux, les groupements et les offices des départements font partie de l'administration centrale.

Exemples:

Chancellerie fédérale: Contrôle administratif du Conseil fédéral. Département fédéral de l'intérieur: Groupement de la science et de la recherche et Office fédéral de la culture; Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Archives fédérales, Institut suisse de météorologie. Département fédéral de justice et police: Ministère public de la Confédération, Office fédéral de la police, Office fédéral de la justice. Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports: Office de l'auditeur en chef, Forces terrestres, Forces aériennes, Groupement de l'armement. Département fédéral des finances, Administration fédérale des finances, Caisse fédérale d'assurance, Administration fédérale

⁴⁹ RS 172.010.

des contributions. Département fédéral de l'économie: Secrétariat d'Etat à l'économie, Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie, Surveillance des prix.

L'administration fédérale ne se limite pas à l'administration centrale. Les unités administratives *décentralisées* en font aussi partie. Elles ont en commun la particularité que, tout en étant subordonnées sous une forme ou sous une autre à l'administration fédérale centrale, elles sont dotées d'une organisation spécifique. Les commissions à pouvoir décisionnel, à l'exception des commissions de recours visées aux art. 71a ss PA⁵⁰, 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 Confédération⁵¹.

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. Département fédéral de justice et police: Institut suisse de droit comparé, Institut fédéral de la propriété Intellectuelle. Département fédéral des finances: Régie fédérale des alcools, Contrôle fédéral des finances, Commission fédérale des banques. 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.

Aux termes de la let. b, le principe de transparence est aussi applicable aux organismes et aux personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale désignés par le Conseil fédéral, dans la mesure où une tâche publique de la Confédération leur a été confiée. La notion de tâche publique implique le transfert de tâches d'exécution et de tâches législatives de la Confédération. En revanche la prise en compte d'intérêts publics qui sont en rapport avec une activité de droit privé ne confère pas à celle-ci le caractère de tâche publique.

Afin de cerner plus précisément les organismes et personnes visés, le projet de loi délègue au Conseil fédéral le soin de les désigner ultérieurement. Il est prévu que le Conseil fédéral soumette au principe de transparence les organismes et personnes qui remplissent des tâches publiques significatives d'un point de vue qualitatif ou quantitatif.

Exemples dans le domaine du droit public : a) Etablissement de droit public doté d'une personnalité juridique propre: La Poste, Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (SUVA) ; b) Fondation de droit public: Parc national suisse, Pro Helvetia, Fonds spéciaux selon l'article 12 de la loi fédérale sur les finances de la Confédération (LFC), du 6 octobre 1989⁵² ; c) Société anonyme fondée sur une loi spéciale: Entreprise fédérale de télécommunications (Swisscom), Chemins de fer fédéraux suisses (CFF), Banque nationale suisse (BNS); Entreprises d'armement de la Confédération; Société de participation financière de la Confédération aux entreprises d'armement.

Exemples dans le domaine du droit privé: a) Association: Société suisse de radio et de télévision (SSR) ; b) Société anonyme de droit privé: Swissair SA (société d'économie mixte) ; c) Fondation: Fonds national suisse de la recherche scientifique.

⁵⁰ RS 172.021. Voir également art. 6 al. 1^{er} let. e de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA) du 25 novembre 1998 (RS 172.010.1)

⁵¹ RS 172.31.

⁵² RS 611.0.

L'incorporation de ces organismes et de ces personnes dans le champ d'application de la loi doit garantir que le principe de transparence s'applique aussi lorsque l'accomplissement des tâches publiques n'est plus le fait de l'administration centrale de la Confédération, mais celui des organismes et des personnes de droit public ou de droit privé auxquels elles ont été transférées. Cette extension du champ d'application se justifie au regard de la tendance croissante à de tels transferts. Aux yeux du citoyen, l'accès aux documents officiels ne saurait dépendre du fait qu'une tâche est accomplie par l'administration centrale ou par des organismes ou par des personnes de droit public ou de droit privé.

Il faut bien souligner le fait que le principe de transparence n'est applicable que dans la mesure où les organismes et les personnes de droit public ou de droit privé accomplissent une tâche publique; les autres affaires ne sont pas touchées. La loi n'est pas en mesure de distinguer d'une manière générale entre l'accomplissement d'une tâche publique et les autres activités; la distinction s'opérera dans les cas d'espèce.

Selon le projet de loi, le principe de transparence ne s'applique qu'aux documents qui concernent l'accomplissement d'une tâche publique. Seuls de tels documents sont réputés documents officiels (voir art. 3 al. 1 let. c). Les autres documents ne sont pas des documents officiels au sens de la loi.

L'application du principe de transparence à des organismes extérieurs à l'administration fédérale ne doit pas conduire à une distorsion de la concurrence par rapport aux entreprises privées qui n'accomplissent pas des tâches publiques. En outre les partenaires en affaires de tels organismes doivent aussi être protégés. L'accès à un document officiel peut notamment être refusé s'il doit en résulter la révélation d'un secret professionnel, de fabrication ou d'affaires (voir art. 5 al. 3 let. b).

Avec l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale mise à jour *les Services du Parlement* seront séparés de la Chancellerie fédérale sur le plan administratif et entièrement subordonnés à l'Assemblée fédérale; ils ne feront plus partie de l'administration fédérale.

Les Services du Parlement se composent de la direction (secrétaire général et deux remplaçants) ainsi que du secrétariat central, du secrétariat de langue italienne, des secrétariats des commissions et des délégations, du service de traduction, de la centrale de documentation, des services centraux et de l'organe parlementaire de contrôle de l'administration.

Il serait souhaitable que le principe de transparence s'applique aussi à l'administration de l'Assemblée fédérale. Il serait concevable de garantir une telle application en insérant dans la loi sur les rapports entre les conseils un renvoi à la présente loi.

Il en va de même pour l'*administration du Tribunal fédéral* qui n'appartient pas non plus à l'administration fédérale. L'application du principe de transparence pourrait là aussi être assurée par un renvoi à la présente loi. Cela signifierait, par exemple, que le public pourrait en principe consulter les procès-verbaux concernant des affaires administratives sur lesquelles les différents organes administratifs du Tribunal fédéral doivent se prononcer.

Exemples: procès-verbaux des discussions relatives au rapport de gestion, au devis et au bilan.

Il faut distinguer ces affaires administratives des procédures judiciaires devant le Tribunal fédéral. Les procès-verbaux des séances, les jugements et les décisions qui concernent une affaire juridique ne seraient pas touchés par le principe de transparence.

L'application du principe de transparence à l'administration des trois pouvoirs se justifie en regard de l'objectif législatif. Les problèmes que pourrait soulever le fait que des documents identiques se trouvent entre les mains de plusieurs autorités, mais qui ne sont pas toutes soumises au principe de transparence, peuvent ainsi être évités.

212.2 Accès aux données personnelles (art. 2 al. 2)

L'accès d'une personne aux *données personnelles la concernant* est régi par la législation sur la protection des données (art. 8 à 10 LPD⁵³).

Il est en revanche statué sur *l'accès aux documents officiels contenant des données personnelles d'autrui* selon le présent projet. L'art. 2 al. 2 réserve cependant la *communication des données personnelles contenues dans un document officiel* : dans ce cas, la procédure prévue par la LPD s'applique. Par conséquent, en face d'un document officiel contenant des données personnelles, l'autorité rend le document accessible en supprimant les données personnelles, c'est-à-dire en le rendant anonyme soit par une opération de caviardage, soit par le recours à des pseudonymes par exemple (voir rapport explicatif ad art. 5 al. 1^{er}). Dans ces cas de figure, le Préposé fédéral à la transparence doit être saisi en cas de litige, mais devra, si l'administré revendique la communication des données personnelles, se déclarer incompétent et transmettre d'office le dossier au Préposé fédéral à la protection des données pour tenter d'obtenir les informations requises (art. 9 al. 3). Il incombera alors à ce dernier de conduire la médiation au sens des art. 9 et 10 du présent projet (art. 31 let. e [nouvelle] LPD⁵⁴). Par souci d'économie de procédure, l'autorité devrait avoir préalablement tranché la question de savoir si l'accès au solde du document ne contenant pas de données personnelles pourrait, le cas échéant, être ou non communiqué en se fondant sur le présent projet de loi. Le Conseil fédéral réglera les détails dans le cadre de sa compétence générale d'exécution. En vertu de l'art. 19a (nouveau) LPD⁵⁵, lorsque la demande porte sur la communication de données personnelles contenues dans un document officiel, le Préposé fédéral à la protection des données sera habilité à en recommander la communication si l'intérêt public à la transparence l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret, même si les conditions de l'art. 19 al. 1^{er} LPD ne sont pas remplies.

En résumé, le Préposé fédéral à la transparence saisi conduira donc la médiation si la contestation ne porte pas sur la communication des données personnelles mais sur le solde du document. Si le litige porte sur la communication des données personnelles, il devra en revanche se déclarer incompétent et transmettre le

⁵³ RS 235.1.

⁵⁴ Voir art. 19 du présent projet.

⁵⁵ Voir art. 19 du présent projet.

dossier au Préposé fédéral à la protection des données. Le Préposé à la protection des données tiendra compte de la position de l'autorité sur le solde du document et conduira la médiation.

Il convient de préciser dans le cadre de l'interprétation du présent projet que *tout document mentionnant le nom d'une ou de plusieurs personnes n'est pas pour ce seul motif un document contenant des données personnelles*. Rares sont en effet les pièces qui ne contiennent aucun nom de personne. Seuls peuvent être considérés comme documents officiels contenant des données personnelles, au sens de l'art. 2 al. 2 du présent projet, les documents officiels dont les informations se réfèrent à une ou plusieurs personnes, notamment celles portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique ou morale de droit privé nommément désignée ou aisément identifiable, ou incluant la description du comportement d'une telle personne dans la mesure où la divulgation d'un pareil comportement est de nature à lui causer un préjudice. Les personnes morales de droit public ne sont pas visées : l'appréciation des services fédéraux sur une commune ne sont pas des informations à caractère personnel. Les notes d'un étudiant à l'EPFL, l'évaluation d'un fonctionnaire ou le dossier d'obtention du statut de réfugié le sont par contre.

Enfin, il importe de rappeler que les règles prévues dans les lois spéciales demeurent réservées (par exemple l'art. 14 de la loi fédérale sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération⁵⁶ ou l'art. 18 de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure⁵⁷).

212.3 Documents juridictionnels (art. 2 al. 3 et 4)

Selon l'art. 2 al. 3, la législation spéciale règle le statut des documents relatifs 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 PA], tels que la procédure dans les affaires relevant du pouvoir de commandement militaire⁵⁸) 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). Tant les procédures pendantes que celles qui sont closes sont visées. Les lois de procédure topiques s'appliquent et demeurent inchangées.

A contrario, les règles ordinaires du présent 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.

⁵⁶ RS 172.213.71.

⁵⁷ RS 120.

⁵⁸ 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).

Les droits de la partie à une procédure administrative de première instance de consulter le dossier ne sont pas touchés par le présent projet. L'art. 2 al. 4 le précise. Les art. 26s 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 assujettis au présent projet est en revanche accessible aux conditions ordinaires de la présente loi, c'est-à-dire sans justifier d'un intérêt quelconque et sous réserve de ne pas porter atteinte aux intérêts publics et privés.

213 Documents officiels (art. 3)

L'art. 3 définit la notion de document officiel.

213.1 Documents officiels en général (art. 3 al. 1^{er} et 2)

213.11 Introduction

Le projet de loi ne s'applique qu'aux « documents officiels ». Les autres documents échappent par principe au champ d'application du présent projet.

L'art. 3 al. 1 définit plus précisément la notion de « document officiel » en énumérant *trois conditions cumulatives* : l'information doit être enregistrée sur un support quel qu'il soit (art. 3 al. 1 let. a) ; elle doit être détenue par une autorité (art. 3 al. 1 let. b) ; elle doit concerner l'accomplissement d'une tâche publique (art. 3 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). L'al. 2 apporte une précision supplémentaire en considérant que certains documents virtuels constituent également des documents officiels.

213.12 Notion de document (art. 3 al. 1 let. a)

Selon l'art. 3 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 tout autant des rapports que des prises de position, des expertises, des décisions, des projets de lois, des statistiques, des dessins, des plans, des enregistrements sonores ou visuels, des documents existant sur support informatique, par exemple des messages électroniques ou des pages diffusées sur le réseau Internet. Elle comprend aussi les documents établis pour repérer et signaler ces documents (voir art. 4 al. 3 let. b). La forme du document importe donc peu. Les réseaux informatiques de communication interne (réseaux intranet) des autorités assujetties au présent projet de loi ne sont pas pour autant condamnés. Le principe de transparence n'exige en effet pas que l'administration mette spontanément l'ensemble des documents accessibles sur la place publique. La personne qui désire avoir accès à un document consultable sur le réseau intranet devra suivre la procédure prévue par la présente loi : sa demande d'accès, exprimée de manière suffisamment précise, doit viser un ou plusieurs documents déterminés ;

elle ne saurait avoir pour objet la connexion à l'ensemble du réseau. La demande sera examinée selon les règles ordinaires de la présente loi.

Le document doit avoir un *contenu informationnel* : il doit fournir une « information » (art. 3 al. 1 phrase introductive). La présente loi ne crée aucun droit d'accéder à des supports vierges tels que des blocs de papier ou des disquettes non formatées par exemple. 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 rapport explicatif ad art. 3 al. 1 let. c).

On déduit de l'exigence posée à l'art. 3 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 n'a pas pour intention de 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.

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 rapport explicatif ad art. 3 al. 2).

Si un demandeur met en doute la *véracité de la constatation d'inexistence* établie par l'administration, le Préposé fédéral à la transparence ainsi que l'instance de recours ne sauraient se limiter à prendre acte de la déclaration de l'administration. Ils doivent procéder à 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. 17 et 18 al. 3).

Lorsque 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 doit aider le demandeur à retrouver une éventuelle copie. Si un double se trouve dans les bureaux d'une autre administration, l'autorité devra transmettre spontanément la demande à celle-ci.

L'al. 1^{er} let. a interprété *a contrario* exclut toute *information non documentée*. Un renseignement général sur l'activité de l'administration qui ne trouverait aucun fondement dans un document quelconque en est dès lors exclu. La présente loi ne crée par exemple pas un droit à connaître l'attitude observée par une personne à la lecture d'un document ou le contenu d'une conversation non enregistrée. Le motif de cette règle est clair : pareilles informations révèlent une nature bien trop volatile pour faire l'objet d'un droit déductible en justice et attiseraient la diffusion d'informations encore au stade de rumeur. 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. 4 al. 1^{er}).

Bien que la notion de *document officiel* au sens du présent projet de loi n'équivaille pas exactement à celle de *document* selon l'art 3 al. 1^{er} de la loi fédérale sur l'archivage (LAr)⁵⁹, il serait souhaitable qu'une certaine cohérence intervienne dans l'application des deux notions.

213.13 Information « détenue par une autorité » (art. 3 al. 1 let. b)

Pour qu'une information tombe dans le champ d'application de la présente loi, il importe en outre selon l'art. 3 al. 1 let. b qu'elle soit « détenue par une autorité » et qu'elle « émane de celle-ci » ou qu'elle « lui a 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.

Par « autorité », on entend dans cet article l'administration fédérale de même que les organismes et personnes au sens de l'art. 2.

A cette condition s'ajoute de manière cumulative une exigence alternative : soit l'autorité est *l'auteur* du document qu'elle détient, soit celui-ci lui a été *communiqué*. Le projet de loi ne concerne donc pas les seuls documents conçus par l'administration, mais également l'ensemble des documents qu'elle a reçus. Peu importe la manière dont ceux-ci lui ont été communiqués : l'autorité peut en être la destinataire, elle peut en avoir reçu copie pour information, le document peut lui avoir été transmis par un tiers, etc. L'ouverture pratiquée ici n'a cependant pas forcément pour conséquence 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. 3 al. 1 let. c), ce qui exclut les informations personnelles ou purement privées. Ensuite, le fait que les documents officiels ont été fournis librement par un tiers à l'autorité avec l'assurance de demeurer secrets constitue un intérêt prépondérant à la non divulgation de ceux-ci (art. 5 al. 3 let. c). Enfin, à l'instar des documents officiels émanant de l'administration, 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. 5). Ainsi des documents émanant d'un canton ou d'un pays étranger ne connaissant pas le principe de transparence peuvent-ils tout de même être gardés secrets si leur divulgation devait perturber les relations confédérales dans le premier cas ou internationales dans le second (art. 5 al. 2 let. c et d). Un document rédigé par un particulier en possession de l'administration ne sera pas dévoilé s'il devait porter notablement atteinte à la sphère privée de son auteur (art. 5 al. 3 let. a).

Lorsque la demande a été adressée par erreur à une autorité qui n'est pas effectivement en possession des documents requis, il incombe au destinataire de la transmettre spontanément et sans délai à l'autorité compétente.

⁵⁹ FF 1998 3070. Rappelons que la différence principale réside dans les dossiers personnels que la LAr prend en compte, au contraire du présent projet (voir ad art. 3 al. 3 let. a).

**213.14 Information « concernant l'accomplissement d'une tâche publique »
(art. 3 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. 3 al. 1^{er} let. c).

La notion de *tâche publique* – identique à l'art. 2 let. b - est reprise de l'art. 3 al. 1^{er} LAr⁶⁰. 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.

L'art. 3 al. 1 let. c s'applique aux documents détenus par *toutes* les autorités et personnes assujetties à la présente loi, c'est-à-dire à la fois par l'administration fédérale (art. 2 al. 1 let. a) et par les organisations extérieures dans la mesure où une tâche publique de la Confédération leur a été confiée (art. 2 al. 1 let. b). Il résulte de cette disposition que les informations détenues par ces dernières, qui ne sont pas en relation avec l'exercice d'une telle tâche, ne tombent *pas* dans la notion de document officiel ; à titre d'exemple de tâche publique, on citera La Poste en ce qui concerne l'acheminement des envois de la poste aux lettres et des colis adressés pesant jusqu'à 2 kg (voir art. 3 LPO⁶¹) ou Swisscom dans un domaine relevant du service universel au sens des art. 14ss LTC⁶² (voir rapport explicatif ad art. 2).

La notion d'information qui « se rattache à l'accomplissement d'une tâche publique » précisée à l'art. 3 al. 1 let. c est également susceptible de comprendre des informations de nature *privée*. Le rattachement ne procède 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 de la présente loi s'il est utilisé pour exercer une tâche publique, par exemple s'il s'insère dans un processus de décision. Tel est 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. Dans ces hypothèses, les exceptions relatives à la protection de la vie privée ou des secrets commerciaux seront plus particulièrement susceptibles d'être invoquées. Dans une logique analogue, lorsque la Confédération recourt au droit privé dans ses tâches de gestion du patrimoine financier ou d'acquisition de matériel et de fournitures nécessaires à l'exercice de ses activités par exemple, elle reste soumise au principe de transparence. Les documents officiels se rapportant aux *contrats administratifs de droit privé* doivent par conséquent être communiqués selon les règles de la présente loi. Dans ces cas précis, l'exception concernant la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité (art. 5 al. 2 let. a), de même que la disposition protégeant les positions de négociation (art. 6 al. 1^{er} let. b) notamment, sont susceptibles de s'appliquer plus spécifiquement. 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) ne sont pas soustraits du champ d'application de la présente loi, mais les dispositions particulières les régissant doivent être

⁶⁰ FF 1998 3070.

⁶¹ RS 783.0.

⁶² RS 784.10.

interprétées à titre de *lex specialis*. Ainsi, entre autres exemples, la justification d'un intérêt pour consulter le registre foncier (970 al. 2 CC⁶³) demeure et n'est pas modifiée par le présent projet.

En revanche, les *documents destinés à l'usage personnel* détenus par l'administration ne se rattachent en principe pas à l'accomplissement d'une tâche publique. Ils échappent dès lors à la définition du document officiel (voir ch. 213.22 ci-dessous). Les *notes 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. Elles échapperont probablement pourtant dans de nombreux cas au principe de transparence, car elles représentent souvent un indice de caractère inachevé du document sur lequel elles ont été consignées. Dans certains cas toutefois, elles sont susceptibles de constituer en soi un document achevé : par exemple lorsqu'au lieu de répondre à une question posée dans le document principal ou d'y apporter une annotation dans un document séparé, le destinataire du texte libelle son opinion sur le texte principal.

Les informations de nature purement *technique* ne sont pas *a priori* soustraites de la présente loi. 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 n'ont au contraire qu'un rapport purement formel. Un fonctionnaire 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. Le même raisonnement peut être tenu pour les témoins (« *cookies* »), ces éléments d'information placés automatiquement lors de la consultation d'un site Internet sur le disque dur de l'ordinateur d'un fonctionnaire. Les témoins ne se rattachent pas à l'accomplissement d'une tâche publique dans la mesure où ils ne servent qu'à aider le fonctionnaire dans la visite du site en question, soit qu'ils l'amènent directement à la page à laquelle il était précédemment arrivé, soit qu'ils configurent l'apparence des pages ou définissent les options de consultation en fonction de critères de préférence du navigateur notamment. Précisons que ce mécanisme doit également être examiné sous l'angle inverse des serveurs des autorités qui placeraient automatiquement de telles informations sur les ordinateurs des personnes visitant les sites Internet des autorités. En effet à tout témoin placé sur les ordinateurs des particuliers correspond une somme d'informations personnelles les concernant et qui sont enregistrées sur le serveur Internet de l'administration visitée. Ces informations transmises automatiquement à l'administration sont la plupart du temps communiquées à l'insu des visiteurs. De telles informations ne devraient toutefois pas se rapporter directement à l'accomplissement d'une tâche publique. Elles ne sauraient être considérées comme des documents officiels.

213.15 Documents virtuels (art. 3 al. 2)

Il découle de l'art. 3 al. 2 que les documents officiels doivent préalablement exister pour qu'un accès puisse leur être donné (voir rapport explicatif ad art. 3 al. 2 let. a).

⁶³ RS 210.

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. 3 al. 2, les « documents pouvant être établis sur la base d'informations existantes par un traitement informatisé simple » sont 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 faire suite facilement à une telle sollicitation, l'obligation d'établir un document *ad hoc* pour répondre à une requête précise tombe ; dans cette configuration, l'administré sera informé qu'il pourra lui-même consulter la documentation de base aux conditions ordinaires de la présente loi. La simplicité du traitement porte évidemment sur l'utilisation par un individu moyen. La notion de « traitement informatisé simple » est appelée à évoluer en fonction du développement technologique. La pratique en tiendra compte. On songe aux progrès possibles en matière de traduction automatisée ou de synthèse automatique de longs documents.

213.2 Documents non officiels (art. 3 al. 3)

Selon l'art. 3 al. 3, les documents qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration (art. 3 al. 3 let. a) ou qui sont destinés à l'usage personnel (art. 3 al. 3 let. b) ne constituent pas des documents officiels.

213.21 Documents inachevés (art. 3 al. 3 let. a)

Le document doit avoir acquis sa version définitive ; il doit être *achevé*. L'art. 3 al. 3 let. a considère que les *documents inachevés* - c'est-à-dire les « documents qui [a.] n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration » - 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 en lui permettant de modifier et de faire évoluer ses projets avec toute la latitude nécessaire. Elle vise aussi à prévenir les risques de méprise potentiels dus au caractère provisoire du document en cause de même que les pressions externes qui s'ensuivent. Elle contribue en outre à soulager l'administration d'un lourd mécanisme d'organisation qu'une transparence impliquerait : sans quoi il serait indispensable de classer le moindre brouillon rédigé par un quelconque fonctionnaire. L'exclusion de tels 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. 5 al. 2 let. a) : elle doit permettre à l'administration 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, etc.

Le présent projet préfère recourir à la notion de document inachevé plutôt qu'à celle de *document interne* - se recoupant d'ailleurs en partie avec la première - développée en relation avec le droit de consulter le dossier tiré de l'art. 4 de la Constitution fédérale de 1874 et qui comprend les informations servant à préparer l'élaboration de la décision de l'autorité telles que les notes manuscrites des personnes participant à cette décision, les projets, les expertises internes, etc.⁶⁴ Cette exception au droit de consultation du dossier est critiquée en doctrine⁶⁵.

La notion de document (in)achevé est un *concept juridiquement indéterminé* que la présente loi n'est pas en mesure de définir avec précision de manière générale et abstraite. Si la pratique et la jurisprudence la préciseront en s'appuyant sur *divers indices* auxquels il conviendra d'accorder à chaque fois un poids plus ou moins grand en fonction du cas d'espèce, le Conseil fédéral pourra définir cette notion dans le cadre de sa 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 du présent projet de loi.

Premièrement un document est susceptible d'échapper au champ d'application de la présente loi lorsque son *usage exclusif* est réservé à son rédacteur (notes purement internes), à l'instar du plan de rédaction d'un texte, de fiches récapitulatives destinées à l'écriture d'un rapport ou des notes de séance - voire d'un enregistrement - destinés à l'élaboration d'un procès-verbal.

La *signature* ou *l'approbation* d'un document présentent également des indices sérieux en faveur de la nature achevée de celui-ci. Inversement, le fait qu'un rapport n'ait pas été approuvé ou signé n'empêche pas forcément qu'il soit assujéti à la présente loi si d'autres indices sont présents.

Un indice supplémentaire est celui de la *transmission à une autre autorité administrative ou à l'extérieur de l'administration*. Lorsqu'un fonctionnaire rédige une réponse à une interpellation par exemple et qu'il consulte d'une quelconque manière un autre département sur son projet de texte, 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 bien sûr 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 remis à leurs destinataires mais dont ces derniers n'ont pas encore pris connaissance, à l'instar d'un rapport d'un groupe de travail interdépartemental, signé par le président dudit groupe, remis au Conseil fédéral, mais dont celui-ci différerait l'examen. Un tel document est achevé si l'on accorde un poids prépondérant aux critères de la signature et de la transmission. Sa communication peut nonobstant 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 : on ne saurait exclure l'hypothèse de la communication à l'extérieur de l'administration d'un document officiel inachevé.

⁶⁴ ATF 115 V 297 (303).

⁶⁵ 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. 33ss ; Moor, P., *Droit administratif*, vol. II, 1991, ch. 2.2.7.6, p. 192.

Le critère de *l'enregistrement du document dans un système de classification, d'organisation et d'information administrative* est l'indice le plus pratique à mettre en œuvre. Mais, ce faisant, il conduit à repousser le problème, car, 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 »), il est nécessaire de se référer à la réglementation régissant les règles d'enregistrement pour définir la nature achevée d'un document, pour autant que celles-ci diffèrent de la notion de document officiel achevé tel que défini dans la présente loi. En droit fédéral, l'enregistrement de l'activité administrative est régi par l'art. 22 OLOGA⁶⁶. Le Département fédéral de l'intérieur a édicté le 13 juillet 1999 des *instructions concernant la gestion des documents dans l'administration fédérale*⁶⁷. La notion de « document » est définie à l'art. 3 des instructions précédentes. Elle est calquée sur la définition du même terme dans la loi fédérale sur l'archivage (art. 3 LAr), avec la précision supplémentaire que les informations enregistrées sur quelque support que ce soit doivent être « significatives ». Cette directive devrait être adaptée aux exigences du présent projet.

La *portée du document* est également de nature à fournir un indice de caractère achevé. Les documents mineurs tels que des invitations à rappeler quelqu'un ou des notes adhésives repositionnables devraient également échapper au champ d'application. Ils trouveront fréquemment leur aboutissement dans d'autres documents qu'ils auront d'une manière ou d'une autre aidé à produire.

Les *bases de données* forment un cas particulier : dans la mesure où elles sont en permanente évolution, elles sont constamment complétées et mises à jour. On peut estimer qu'elles sont achevées au sens de la présente loi à partir du moment où au moins une des fiches la constituant l'est. La simple structure vide de la base de données est selon les circonstances susceptible de présenter en tant que telle un caractère informationnel (voir rapport explicatif ad art. 3 al. 1 let. a) et de constituer un document officiel.

La notion de document devant être archivée telle qu'elle découle de l'art. 2 al. 1^{er} LAr, de même que celle de document ayant une « valeur archivistique » au sens de l'art. 3 al. 3 LAr, conservent une acception propre. En effet, le concept même de « document » au sens de l'art. 3 LAr comprend non seulement les documents qui ont été gérés de manière centralisée dans un office mais aussi ceux qui ont été déposés en dehors de celui-ci pour usage personnel, c'est-à-dire les « dossiers personnels » (« *Handakten* »)⁶⁸. Ces derniers contiennent des documents que l'on pourra souvent qualifier d'« inachevés », voire de documents « destinés à l'usage personnel » au sens du présent projet, tels des notices personnelles, des notes de séances, des projets de texte annotés, etc. Il n'est donc pas possible de se référer de manière absolue à la définition proposée dans la loi fédérale sur l'archivage pour déterminer le caractère achevé d'un document officiel au sens de la présente loi, puisque des documents officiels inachevés sont susceptibles d'avoir une valeur archivistique et qu'à l'inverse il n'est pas d'emblée exclu – même si ce cas de figure devrait être plus rare - que des documents non assujettis à l'obligation d'archivage constituent des documents officiels au sens du présent projet.

⁶⁶ RS 172.010.1.

⁶⁷ FF 1999 4988.

⁶⁸ FF 1997 II 841.

Les documents inachevés ne doivent pas être confondus avec les *documents préparatoires* : certains documents préparatoires ont atteint leur stade définitif d'élaboration. On ne saurait donc exclure de manière générale l'ensemble des documents préparatoires du champ d'application de la présente loi. Les différents états successifs d'un plan de route nationale, les ébauches d'études relatives à des tracés ferroviaires, les états partiels ou provisoires d'un document final - pour autant que ceux-ci soient en eux-mêmes achevés -, les différents éléments qui ont jalonné 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 soustraits d'emblée au champ d'application de la présente loi. Rappelons que leur consultation peut être interdite par l'application du mécanisme ordinaire de la pesée des intérêts : en démontrant par exemple que l'intérêt à la libre formation de l'opinion et de la volonté des autorités s'oppose dans un cas précis à la communication des documents sollicités (art. 5 al. 2 let. a).

213.22 Documents destinés à l'usage personnel (art. 3 al. 3 let. b)

Les documents destinés à l'usage personnel détenus par l'administration ne se rattachent en principe pas à l'accomplissement d'une tâche publique (voir rapport explicatif ad art. 3 al. 1 let. c). L'art. 3 al. 3 let. b les soustrait clairement de la définition du document officiel, à l'instar des portraits des enfants qui ornent une place de travail (information à contenu exclusivement privé) ou des tableaux personnels qui décorent un bureau (information à contenu exclusivement artistique). Le citoyen n'a aucun droit à accéder à de tels documents. Les lettres ou les courriers électroniques adressés personnellement à un fonctionnaire et ne relevant pas des affaires de service échappent donc à la notion de document officiel. En revanche, les lettres personnelles à contenu officiel constituent des documents officiels, car elles sont simultanément destinées à l'usage officiel. Les *notes personnelles*, manuscrites ou électroniques, *inscrites sur un document officiel* échappent au principe de transparence lorsqu'elles sont uniquement destinées à l'usage personnel.

213.3 Régime juridique des informations échappant à la présente loi

Les informations échappant au champ d'application du présent projet ne sont pas soumises au principe de transparence. Le citoyen n'a aucun droit d'y accéder sur la base de ce projet de loi. Si une norme spéciale régit spécifiquement cette question, elle s'applique. Si aucune règle particulière ne peut être trouvée, l'art. 3 ne signifie pas *a contrario* que l'administration a l'interdiction de les communiquer. 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 le présent projet, ainsi que, le cas échéant, selon la réglementation sur l'archivage puisque de tels documents doivent être archivés suivant les circonstances. La communication spontanée d'informations non documentées ou de documents inachevés n'est donc pas *a priori* inconcevable, pour autant qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant s'y oppose (voir art. 180 al. 2 Cst. ; art. 19 LOGA). Il s'ensuit que le principe actuellement en vigueur du secret sous réserve d'exceptions continue de prévaloir pour ceux-ci.

22 Droit d'accès aux documents officiels

221 Principe de transparence (art. 4)

221.1 Droit d'accès (art. 4 al. 1^{er})

L'art. 4 al. 1^{er} constitue le cœur du projet de loi : « Toute personne a le droit de consulter les documents officiels ou d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités (droit d'accès). » Il renverse 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 à l'art. 5 et à l'art. 6. Toute personne dispose dorénavant sur le fondement du présent projet d'un droit subjectif à accéder aux documents officiels sans devoir justifier un intérêt particulier.

Ce droit est ouvert à « toute personne », qu'elle soit suisse ou étrangère, domiciliée en Suisse ou à l'étranger, physique ou morale. Les mineurs ne sont pas d'emblée exclus. La loi ne fixe pas d'âge limite pour adresser une demande auprès d'une autorité. Elle ne saurait le faire puisque l'identité du demandeur n'est en principe pas exigée (voir ch. 221.21 ci-dessous et ch. 232 ci-dessous). Dans les hypothèses - exceptionnelles - où l'identité peut être demandée, le critère déterminant pour trancher de cas en cas la question de l'âge minimal devrait être celui de la maturité du demandeur mis en relation avec celui de la difficulté du document. Si le mineur n'est pas en mesure de saisir dans un cas précis le sens d'un document, il appartient au représentant légal de formuler la demande et de prendre connaissance du document à la place du mineur. Le même raisonnement peut s'appliquer par analogie aux interdits. Il est également envisageable de refuser l'accès à un document aux personnes incapables de discernement si leur demande, dans un cas particulier, devait être trop excentrique en qualifiant celle-ci d'abusives sur la base de la règle générale précisant que l'abus d'un droit n'est pas protégé (voir ch. 223.4 ci-dessous).

En garantissant l'accès à « toute personne » (art. 4 al. 1^{er}), c'est-à-dire au « public » (voir art. 1^{er}), 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. L'adage « *access to one ; access to all* » le résume en anglais. 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 modes de communication modernes empêcheraient d'ailleurs en pratique de mettre en œuvre une telle restriction. Les exceptions relatives à la sûreté intérieure et extérieure de la Suisse sont évidemment susceptibles de s'appliquer dans ce cas.

Le projet de loi ne confère en outre ni aux parlementaires, ni aux collectivités publiques, ni aux partis politiques, ni aux journalistes un accès privilégié. L'*information individuelle*, s'adressant uniquement à une personne précise ou à une autorité déterminée, reste régie dans les lois spéciales, à l'instar 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 regard particuliers de certaines commissions et autorités.

Toujours dans le but d'élargir le plus largement possible le champ des bénéficiaires, le présent projet de loi ne subordonne l'accès aux documents à aucune condition particulière en matière de *qualité pour agir*. Le demandeur n'a pas à justifier d'un intérêt à agir particulier. Cela découle du fait que l'art. 4 al. 1^{er} accorde le droit d'accès à « toute personne » sans autre précision. L'administration ne pourrait ainsi pas refuser l'accès à quelqu'un au motif qu'une chicane l'oppose au demandeur. Elle ne peut pas non plus lui demander d'indiquer les motifs de sa démarche. La simple curiosité suffit. L'autorité ne peut pas non plus s'enquérir du genre d'utilisation - commerciale ou non - que le demandeur prévoit. La saisine du Préposé fédéral à la transparence et de 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 seules personnes ayant préalablement déposé une demande d'accès. Les règles prévues dans les législations spéciales demeurent en tous les cas réservées (voir par exemple l'exigence de la justification d'un intérêt dans le cas du registre foncier à l'art. 970 al. 2 CC) ; le projet de loi ne l'exprime pas explicitement, car cela ressort des règles ordinaires.

D'un point de vue procédural, l'introduction du principe de transparence a pour conséquence de fonder une *présomption de liberté d'accès aux documents officiels*. Il s'ensuit désormais que le fardeau de la preuve pour renverser la présomption incombera à l'autorité : celle-ci est tenue de motiver, au moins sommairement, le refus de l'accès (voir art. 8 al. 3).

La règle de l'article 4 al. 1^{er} signifie *a contrario* que la publicité des *séances* des autorités ne tombe pas sous le coup du projet de loi ; ce point continue à être réglé dans les lois spéciales. Les procès-verbaux de telles séances de même que les notes préparatoires ou les résumés ultérieurs sont en principe publics. Ils restent secrets soit en vertu des lois spéciales, soit - si la loi spéciale est muette sur ce point - par le détour des intérêts publics ou privés prépondérants au secret, en particulier la disposition relative à l'atteinte à la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité (art. 5 al. 2 let. a).

221.2 Exercice du principe de transparence (art. 4 al. 2 et 3)

221.21 Consultation des documents officiels (art. 4 al. 2)

Selon l'art. 4 al. 2, le droit de consulter les documents officiels s'exerce soit par leur consultation sur place, soit par l'obtention d'une copie. La délivrance concrète de renseignements sur le contenu des documents officiels n'est en revanche pas spécifiée explicitement dans le présent article. Celle-ci peut avoir lieu sans forme particulière, c'est-à-dire par la communication orale d'un passage pertinent d'un rapport, par l'envoi d'un message électronique ou d'une télécopie, etc. Elle est en principe succincte.

La consultation des documents a lieu « sur place », c'est-à-dire à l'endroit où l'autorité les détient. En ce cas, le demandeur peut consulter soit une copie, soit l'original pour autant que ce dernier soit détenu par l'autorité à qui la demande a été faite. Les documents officiels doivent être en principe disponibles dans le format désiré pour autant que celui-ci existe auprès de l'autorité visée. Le projet de loi n'interdit pas à la personne de copier elle-même les documents, soit de manière manuscrite, soit par photographie, soit par scannage, soit 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 sur la base de l'art. 13 (voir rapport explicatif ad art. 13). L'administration ne doit pas rendre l'accès trop difficile en regard des buts du présent projet en prévoyant des horaires de consultation impraticables par exemple. Le demandeur peut être accompagné de tierces personnes lors de la consultation du document sur place. Cela découle naturellement du fait qu'il aurait aussi le droit d'obtenir une copie, accessible par définition à quiconque. Il découle de l'anonymat de la demande (voir rapport explicatif ad art. 7, ch. 232 ci-dessous) que le contrôle de l'identité des demandeurs n'est en principe pas admissible ; il ne pourrait l'être que si la sécurité ou la conservation des documents ne pouvait pas être assurée par un autre moyen. Le Conseil fédéral pourra prendre les dispositions d'exécution nécessaires dans l'exercice de sa compétence réglementaire.

De manière corollaire, le projet de loi ne prévoit pas de droit à un prêt des documents, en précisant 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 effectuée sur place, soit envoyée à domicile. Dans ces cas, un émolument peut être perçu (art. 13 al. 2 let. c). Le présent projet ne prévoit aucune restriction de copier. Les uniques bornes sont constituées par l'état physique du document qui seul doit autoriser ou non une telle opération. Cette limite n'est pas précisée expressément, car elle découle du principe d'égalité entre les demandeurs, déduit lui-même de l'art. 4 du projet (voir rapport explicatif ad art. 4) : 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.

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 qu'il peut obtenir une copie s'il le désire en formulant une demande subsidiaire.

Le Conseil fédéral pourra préciser par voie d'ordonnance les modalités d'accès en général dans le cadre de sa compétence d'exécution.

Lorsque l'accès à un document officiel a été *donné à tort*, le lésé, sur le fondement du présent projet, n'a d'autre ressource que d'actionner la Confédération en responsabilité⁶⁹.

221.22 Gestion et information (art. 4 al. 3 let. a et b)

Afin de faciliter l'exercice du droit d'accès aux documents officiels, l'art. 4 al. 3 let. a et b habilite le Conseil fédéral à édicter des dispositions concernant l'information sur les documents officiels et leur gestion. Les autorités sont en effet appelées à *soutenir le demandeur dans sa démarche*. Les fournisseurs d'informations doivent en

⁶⁹ Voir la loi sur la responsabilité (RS 170.32).

promouvoir activement la diffusion. A cet égard, la formation du personnel de l'administration revêt une importance essentielle.

Au moment d'édicter des dispositions relatives à la gestion des documents officiels, le Conseil fédéral tiendra compte des spécificités résultant de l'autonomie organisationnelle des unités administratives décentralisées ainsi que des organismes et personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale.

Les listes de documents accessibles peuvent être produites sur la base du système de classement informatisé prévu pour la gestion des documents. Les *instructions concernant la gestion des documents dans l'administration fédérale* du 13 juillet 1999⁷⁰ en constituent le fondement avec l'art. 8 LOGA sur lequel ces dernières sont fondées. En pratique, on s'inspirera utilement de l'expérience européenne qui suggère d'établir de grandes bases de données pour aider les citoyens et les entreprises à trouver leur chemin dans le dédale d'informations mises à disposition par l'administration. Dans ce cadre, les instruments modernes de communication peuvent être utilement mis à profit.

222 Exceptions au principe de transparence : pesée des intérêts (art. 5)

Afin de tenir compte des critiques formulées à l'encontre de l'introduction du principe de transparence (voir rapport explicatif ch. 114.2 ci-dessus), l'art. 5 énumère une liste de cas dans lesquels l'accès peut être limité, différé ou refusé si un intérêt public ou privé prépondérant s'y oppose.

L'art. 6 liste également une série de cas en déclarant inaccessibles certains documents sans que l'on se prononce explicitement sur la prépondérance des intérêts publics ou privés sous-jacents. Il contient également une exception au principe de la pesée des intérêts en déclarant accessible en soi un type de document précis (exception « positive » - voir art. 6 al. 3).

222.1 Mécanisme permettant de limiter, de différer ou de refuser le droit d'accès (art. 5 al. 1^{er})

L'accès à un document officiel peut être « limité, différé ou refusé » en vertu de l'art. 5 al. 1^{er} si un intérêt public ou privé prépondérant s'y oppose. L'autorité dispose à cet égard d'un libre pouvoir d'appréciation.

En application du principe de proportionnalité, et en vertu de l'art. 5 al. 1^{er}, 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 rapport explicatif ad art. 2 al. 2). Un émolument peut être perçu si cette opération nécessite un travail important (art. 13 al. 2 let. a). Les restrictions au droit d'accès ne doivent en outre pas être motivées par des considérations liées à la réutilisation par le demandeur des informations requises.

⁷⁰ FF 1999 4988.

L'autorité peut en outre assortir sa décision d'une *charge*, même si l'art. 5 al. 1^{er} ne le précise pas expressément. Ce procédé doit être préconisé en vertu du principe de proportionnalité et de l'intérêt public à la transparence dans l'hypothèse où l'autorité serait concrètement en droit de refuser l'accès à l'information.

Enfin, les intérêts publics ou privés justifiant un refus d'accès sont susceptibles d'évoluer dans le temps. L'accès peut ainsi d'après l'art. 5 al. 1^{er} être « différé », en le subordonnant 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), voire à reconsidérer la décision qu'elle a initialement prise. Le demandeur conserve par ailleurs le droit de déposer en tout temps une *demande de nouvel examen* lorsque les circonstances se sont notablement modifiées. L'autorité n'est pas tenue d'y procéder d'office. Pour que de telles mesures aient un sens, il est évident que l'échéance doit survenir avant le délai d'ouverture des archives.

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 rapport explicatif ad art. 4). L'accès ne devrait en principe pas, sur la base du présent projet de loi, être « limité » à des destinataires précis, mais à des parties de document seulement. Le risque existe sinon de réintroduire par la brèche l'exigence de la justification d'un intérêt pour accéder à certains types de documents. Il n'est cependant 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 pourront consulter le dossier afin d'obtenir une illustration des efforts entrepris par les autorités pour les 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 par ce biais envisageable.

Le mécanisme proposé par la présente loi est *dual* : si un document n'est pas public, il est secret ; si un document est secret, il n'est pas public. Un document ne peut donc être selon le présent projet de loi que public ou secret, ou, plus précisément si l'on s'en tient à la terminologie du texte de loi, *accessible* ou *non*. Cette dichotomie n'interdit pas à l'administration d'affiner le domaine des documents officiels non accessibles. Celle-ci reste libre de prévoir une gradation du niveau d'inaccessibilité. Le fait qu'un document soit secret au sens du présent projet signifie qu'il ne peut pas être connu *de tout le monde*. Cela n'implique bien évidemment pas *a contrario* qu'il ne peut être porté à la connaissance de *personne*. A l'opposé, le secret est toujours partagé par un groupe de personnes ou d'autorités plus ou moins restreint. L'administration peut donc édicter des règles particulières de protection du secret pour tous les documents officiels déclarés inaccessibles en vertu du présent projet de loi. Les catégories « secret », « confidentiel » ou « non classifié » connues en droit actuel ne sont dès lors pas fondamentalement remises en cause par le projet de loi (voir, dans le domaine civil, l'ordonnance du 10 décembre 1990 sur la classification et le traitement d'informations de l'administration civile⁷¹ ; dans le domaine militaire, l'ordonnance du Département militaire fédéral du 1^{er} mai 1990

⁷¹ RS 172.015.

concernant la protection des informations militaires⁷² ; sur les 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 intérieure⁷³ et l'ordonnance du 20 janvier 1999 sur les contrôles de sécurité relatifs aux personnes⁷⁴). Le Conseil fédéral reste libre de conserver les anciennes catégories ou peut se limiter à prévoir une seule alternative secret/ public. Il faut cependant garder à l'esprit que le mécanisme de qualification des documents proposé par le présent projet de loi tend à relativiser la classification apposée sur le document même. Celle-ci ne saurait avoir en principe une importance absolue, car le caractère secret d'une information est susceptible d'évoluer dans le temps.

Une *disposition légale spéciale* peut également s'opposer à la divulgation d'un document officiel ou poser des règles spécifiques d'accès. Cette limitation n'est pas prévue explicitement à l'art. 5 al. 1^{er}, car elle découle de la règle selon laquelle la norme spéciale l'emporte sur la norme générale.

Pour citer quelques exemples, les 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 (registre du commerce, registre foncier ou registre de l'état-civil notamment), les règles relatives au secret des signatures récoltées dans le cadre d'initiatives populaires⁷⁵, de référendums⁷⁶ ou de pétitions⁷⁷, les dispositions particulières nécessaires à la mise en œuvre de la convention d'Aarhus⁷⁸, les règles spéciales sur le secret bancaire, le secret de fabrication, le secret d'affaire, le secret professionnel, etc. demeurent inchangées⁷⁹.

Le présent projet de loi ne se prononce explicitement qu'en matière de données personnelles (art. 2 al. 2) et de procédures juridictionnelles (art. 2 al. 3 et 4). En cas de doute, on pourra exceptionnellement opposer au principe de la *lex specialis* celui de la prééminence de la loi postérieure sur l'antérieure.

L'intérêt privé ou public susceptible de justifier le secret doit toujours être « prépondérant » selon l'art. 5 al. 1^{er}. Le choix de cet adjectif présuppose une mise en balance avec d'autres intérêts : l'intérêt public ou privé au maintien du secret doit l'emporter sur l'intérêt public à l'accès aux documents. Le projet de loi procède en l'occurrence lui-même à cette pesée des intérêts en énumérant de manière exhaustive les différents cas d'intérêts publics ou privés prépondérants. Il suffit donc que l'accès à un document officiel soit susceptible de porter atteinte à un intérêt listé à l'art. 5 al. 2 et à l'art. 5 al. 3 pour que la prépondérance de l'intérêt au secret sur celui à la transparence soit donné.

En résumé, il revient à l'autorité en face de chaque demande, (1) après avoir déterminé qu'il s'agissait d'un document officiel, (2) d'examiner si une disposition

⁷² RS 510.411.

⁷³ RS 120.

⁷⁴ RS 120.4.

⁷⁵ Art. 71 al. 2 de la loi fédérale sur les droits politiques (RS 161.1).

⁷⁶ Art. 64 al. 2 de la loi fédérale sur les droits politiques (RS 161.1).

⁷⁷ Voir art. 3 al. 3 de loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (RS 120).

⁷⁸ Voir ch. 44 et ch. 52.

⁷⁹ Pour d'autres exemples, voir également ch. 13 et rapport explicatif ad art. 2 al. 2.

légale spéciale précisant, autorisant, restreignant ou refusant l'accès s'applique, (3) de déterminer sinon si le document demandé est énuméré à l'art. 6, (4) de rechercher l'existence d'une atteinte possible à un intérêt public ou privé au maintien du secret, (5) d'apprécier le cas échéant si l'accès doit être restreint, différé, refusé, ou assorti de charges ou de conditions.

222.2 Intérêts publics prépondérants (art. 5 al. 2)

L'alinéa 2 énumère de manière exhaustive les intérêts publics prépondérants susceptibles de s'opposer à la divulgation d'un document officiel.

222.21 Atteinte notable à la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité (art. 5 al. 2 let. a)

L'exercice du droit d'accès ne saurait conduire à perturber le bon fonctionnement de l'administration. L'accès à un document officiel ne doit pas « porter notablement atteinte à la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité » selon l'art. 5 al. 2 let. a du projet.

Le terme « autorité » a dans ce contexte précis une signification large. Il englobe non seulement les autorités qui sont soumises au champ d'application personnel de la présente loi - c'est-à-dire notamment les organismes et les personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale auxquelles une tâche publique a été confiée et qui ont été désignés par le Conseil fédéral (voir art. 2 al. 1er) -, mais également celles qui n'y sont pas assujetties tels que le Conseil fédéral, le Tribunal fédéral ou le Parlement, ou, sur le plan international, la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour internationale de justice par exemple.

Par le choix de l'expression « 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, l'empêchant de la sorte 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.

L'accès à un document officiel doit être susceptible de porter « notablement » atteinte d'après la lettre de la loi. Cette condition n'est pas remplie si la publication d'un document comporte pour seul risque celui de provoquer un débat nourri sur la place publique ou de conduire à mettre à l'agenda politique une problématique particulièrement sensible. Tout retard dans le processus de décision que peut susciter l'émergence d'une discussion publique ne constitue pas automatiquement un coup porté à la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité.

L'exception de l'art. 5 al. 2 let. a doit prendre en considération *l'aspect évolutif du contexte décisionnel* : un document déclaré secret sur la base de l'art. 5 al. 2 let. a au cours d'un processus de décision en marche ne devrait, en règle générale, 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 est prise, on ne saurait ignorer d'emblée le fait que la publication immédiate de documents précis soit, dans certaines hypothèses, de nature à porter

atteinte à une libre formation de l'opinion et de la volonté des autorités. Un délai de consultation après la décision pourrait selon les cas de figure être envisagé. Cette exception est donc susceptible dans certaines circonstances d'être invoquée même après la décision. Tel pourrait être le cas lorsqu'une règle spéciale prévoit qu'une autorité statue à huis clos. Une publicité immédiate des documents préparatoires après la décision conduit à dévoiler l'avis des membres que la loi pourtant protège. Ceux-ci n'auraient dès lors plus la liberté de diverger de la position qu'ils défendent officiellement. Il n'est donc pas exclu que, parfois, l'exception de l'atteinte à la libre formation de l'opinion et de la volonté puisse être invoquée après que la décision est tombée. Précisons que le présent projet ne devrait s'appliquer qu'à titre subsidiaire lorsqu'une loi spéciale prévoit la tenue de séances à huis clos, car l'accès aux documents devrait normalement être régi en premier lieu par la loi spéciale elle-même.

Le *Conseil fédéral* constitue un cas particulier. On se reportera au commentaire de l'art. 6 al. 1^{er} let. a et al. 2.

Les documents relatifs aux procédures civiles, pénales, d'entraide judiciaire et administrative internationale, de règlements internationaux des différends ainsi qu'aux procédures juridictionnelles de droit public, aux procédures juridictionnelles administratives et aux procédures d'arbitrage doivent également être évoqués dans ce contexte. Bien que leur accès continue à être régi dans les lois spéciales correspondantes en vertu de l'art. 2 al. 3, l'art. 5 al. 2 let. a est susceptible de s'appliquer aux *documents officiels qui ne sont pas élaborés dans le cadre proprement dit des procédures précédentes* mais qui concernent l'accomplissement d'une tâche publique. Il s'agit de documents qui demeurent en règle générale hors du dossier juridictionnel *stricto sensu*. L'exception garantissant une formation libre de l'opinion et de la volonté d'une autorité devrait s'appliquer par conséquent chaque fois que la divulgation d'un document officiel est susceptible d'interférer avec le déroulement de procédures déjà engagées ou d'opérations préliminaires à celles-ci. Par exemple un avis de droit, commandé à l'intérieur de l'administration en vue de l'ouverture éventuelle d'une action en justice, pourrait être très utile à un administré pour préparer sa défense en s'appuyant sur les conclusions de l'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 choisit pour ligne de défense un argumentaire opposé à l'avis de droit en question. Dans certaines circonstances, l'art. 5 al. 2 let. a est susceptible de s'appliquer après la clôture de la procédure: lorsque l'accès à un document officiel hors du dossier juridictionnel *stricto sensu* risque de porter ultérieurement notablement atteinte, 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, les procédures aboutissant à 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 pour les documents et informations établis par l'administration en vue de préparer l'ouverture de telles procédures.

Les documents officiels relatifs aux positions de négociation concernant des négociations en cours ou futures sont régis spécialement à l'art. 6 al. 1er let. b.

**222.22 *Mise en danger de la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse*
(art. 5 al. 2 let. b)**

Cette exception vise au premier chef les activités *policières, douanières et militaires*. Elle permet également de maintenir secrètes les mesures destinées à maintenir l'activité du gouvernement en cas de *situation extraordinaire*, d'assurer l'approvisionnement économique dans de tels cas ou de celer les informations qui conduiraient à entraver la sécurité d'infrastructures importantes.

Une mise en danger de la sûreté intérieure ou extérieure est exigée dans chaque cas concret. Une telle circonstance peut par exemple exister lorsque l'accès du public à un document officiel exposerait les citoyens au terrorisme, à la criminalité, à l'extrémisme violent, à l'espionnage, aux insurrections, à la subversion ou à la révolution. Toute divulgation d'informations de nature à mettre en danger la sécurité des individus peut ainsi être prévenue.

Les documents militaires font l'objet d'une classification spéciale en vertu de l'ordonnance du Département militaire fédéral du 1^{er} mai 1990 concernant la protection des informations militaires⁸⁰. Le présent projet laisse subsister cette réglementation aux conditions décrites plus haut (voir rapport explicatif ad art. 5 al. 1^{er} p. 39). Il en va de même de la classification spéciale en matière civile (voir *ibidem*).

222.23 *Mise en péril des intérêts de la politique extérieure et des relations internationales de la Suisse* (art. 5 al. 2 let. c)

Les relations extérieures comptent avec les questions relatives à la sûreté de l'Etat au nombre des domaines 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'informations qui perturberaient la sauvegarde de leurs intérêts dans leurs relations avec l'étranger. En particulier l'obtention d'informations sur des situations, des affaires, des intentions de l'étranger 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 correspondants ne parviennent pas à la connaissance du public ou à celle de la partie opposée (voir à ce sujet ch. 223.12 ci-dessous). L'intérêt public prépondérant à la confidentialité est manifeste dans ces domaines. Il en va de même pour les démarches diplomatiques dans les relations internationales. Comme, selon l'expérience, les Etats réagissent de manière très sensible à la critique publique ou aux interventions de l'étranger, la confidentialité constitue en règle générale un élément essentiel pour le succès de telles démarches. Pour illustrer ce principe de manière typique, on peut citer les interventions qui se font dans le cadre de la protection diplomatique et consulaire, par exemple en cas d'enlèvements de Suisses à l'étranger, de démarches en faveur des droits de l'homme, du droit international humanitaire ou dans les questions en matière d'asile.

⁸⁰ RS 510.411.

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 générale, de relations de la Suisse avec des interlocuteurs étrangers, semi-privés voire privés.

Il faut mentionner enfin que la Suisse peut être tenue sur la base d'engagements conventionnels internationaux ou d'une pratique internationale de ne pas rendre accessibles au public certains documents étrangers. A vrai dire il est d'usage sur le plan international que les informations fournies par un Etat étranger ou par une organisation internationale au titre d'informations internes ou confidentielles 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.

222.24 *Mise en péril des relations confédérales (art. 5 al. 2 let. d)*

Cette disposition prohibe la divulgation de renseignements ou d'informations de nature à compromettre les relations confédérales. On entend sous cette notion principalement les relations de cantons à cantons. Dans le cadre du présent projet, elle comprend également les relations entre la Confédération et les cantons. Le texte allemand l'établit clairement.

La divulgation de documents produits par un canton ne connaissant pas le principe de transparence, et qui sont secrets en vertu du droit cantonal, est susceptible suivant le contexte de perturber les relations confédérales et d'être par conséquent refusée.

222.25 *Mise en danger des intérêts de la politique économique ou monétaire nationale (art. 5 al. 2 let. e)*

La divulgation d'un document officiel ne saurait mettre en danger les intérêts de la politique économique ou monétaire nationale. Cette exception se justifie pour permettre à la Suisse de mener une stratégie spécifique en toute indépendance. Les effets désastreux découlant d'une annonce prématurée peuvent ainsi être prévenus.

Cette disposition ne doit pas être interprétée comme excluant d'emblée l'ensemble des documents détenus par la Banque nationale par exemple. Elle est limitée uniquement aux cas où la communication du document devait véritablement mettre en danger les intérêts de la politique économique ou monétaire, c'est-à-dire si cette divulgation venait à favoriser des mouvements spéculatifs ou devait affaiblir la politique monétaire de la Suisse.

222.3 *Intérêts privés prépondérants (art. 5 al. 3)*

L'existence d'intérêts privés prépondérants permet également de s'opposer à la divulgation d'un document officiel. L'art. 5 al. 3 les énumère de manière exhaustive.

222.31 *Atteinte notable à la sphère privée (art. 5 al. 3 let. a)*

Le principe de transparence ne doit pas porter notablement atteinte à la sphère privée des citoyens. La Constitution fédérale du 18 avril 1999 garantit désormais 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.). Pour les relations avec la protection des données personnelles, on se reportera au commentaire de l'art. 2 al. 2.

222.32 *Révélation de secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires (art. 5 al. 3 let. b)*

L'introduction du principe de transparence ne doit en aucun cas conduire à révéler des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires. Le présent projet de loi ne doit pas nuire à une concurrence loyale entre les différents acteurs économiques et scientifiques notamment. L'art. 5 al. 3 let. b s'applique aussi à l'administration fédérale ainsi qu'aux organismes et personnes de droit public ou privé chargés de tâches publiques et qui ont été désignés par le Conseil fédéral. Elle permet de protéger les stratégies commerciales, les recherches planifiées ou en cours, etc. Les règles spéciales sur la protection de tels secrets demeurent inchangées et restent applicables en parallèle.

222.33 *Divulgence d'informations fournies librement par un tiers à une autorité qui a garanti le secret (art. 5 al. 3 let. c)*

Lorsqu'un tiers (et non une autorité assujettie au présent projet puisque les documents officiels en sa possession sont soumis par définition au principe de transparence) fournit des informations à l'administration librement - c'est-à-dire sans obligation légale ou contractuelle – et avec l'assurance que celles-ci demeurent secrètes, l'accès à un document officiel susceptible de divulguer de telles informations doit être refusé. Les deux conditions de l'absence de contrainte et de la garantie de secret doivent être remplies cumulativement. Lorsqu'une personne est tenue sur la base d'un fondement juridique (une loi au sens matériel suffit) de donner une information, elle ne pourra pas exiger une garantie de secret sur la base du présent projet. Inversement, lorsqu'une personne communique librement une information à l'administration sans préciser que celle-là doit demeurer secrète, l'art. 5 al. 3 let. c ne s'applique pas. L'assurance du secret devrait en principe être demandée expressément ; une demande implicite ne devrait être admise qu'avec une très grande retenue si l'on se réfère au but de transparence que la présente loi promeut (voir art. 1^{er}).

L'art. 5 al. 3 let. c ne s'applique pas aux informations fournies librement par un canton ou un pays étranger, à défaut d'être en présence d'un intérêt privé propre. De tels documents doivent tout de même être gardés secrets si leur divulgation devait perturber les relations confédérales dans le premier cas ou internationales dans le second (voir rapport explicatif ad art. 5 al. 2 let. c et d).

223 Cas particuliers (art. 6)

L'art. 6 énumère une série de cas particuliers en soustrayant du droit d'accès certains documents ou en accordant un droit d'accès inconditionnel, sans que le législateur se prononce explicitement sur la prépondérance des intérêts publics ou privés sous-jacents.

Il s'agit tout d'abord des documents relatifs à la procédure de co-rapport (al. 1^{er} let. a) ainsi qu'aux positions de négociation concernant les négociations en cours ou futures (al. 1^{er} let. b) pour lesquels aucun droit d'accès n'est prévu.

Les documents relatifs à la procédure de consultation des offices sont traités à l'alinéa 2 alors que l'art. 6 al. 3 institue une exception « positive » au système de la pesée des intérêts en déclarant accessible en soi les rapports évaluant les performances et l'efficacité de l'administration fédérale.

Dans toutes les configurations, le fait qu'un document officiel ne bénéficie pas d'un droit d'accès sur la base de l'art. 6 al. 1^{er} et 2 ne signifie pas qu'il est inaccessible en soi. Les règles actuellement en vigueur sur l'information d'office par les autorités continuent à s'appliquer. L'information peut donc être donnée si telle est la volonté de l'administration et pour autant qu'aucun intérêt prépondérant ou qu'aucune règle spéciale ne s'y opposent (voir art. 180 al. 2 Cst.). Le particulier ne dispose en revanche pour ces documents d'aucun droit subjectif à y accéder sur le fondement du présent projet de loi.

223.1 Documents exclus du droit d'accès (art. 6 al. 1^{er})

223.11 Documents relatifs à la procédure de co-rapport (art. 6 al. 1^{er} let. a)

L'ensemble des documents relatifs à la procédure de co-rapport (voir art. 15 LOGA) ne saurait bénéficier d'un droit d'accès en vertu de l'art. 6 al. 1^{er} let. a. Rappelons que le Conseil fédéral, en tant qu'autorité gouvernementale, est soustrait du champ d'application du présent projet (voir rapport explicatif ad art. 2). Respectant le principe de collégialité prévalant pour le gouvernement fédéral (art. 12 LOGA), l'art. 6 al. 1^{er} let. a se conforme à la disposition instituant le secret de la procédure de co-rapport, y compris après la décision du Conseil fédéral (art. 21 LOGA mis en relation avec l'art. 15 LOGA). Par conséquent le principe de transparence ne saurait s'appliquer aux documents officiels servant à préparer les décisions du Conseil fédéral. La divulgation des notes des conseillers fédéraux, de leurs conseillers personnels et d'autres collaborateurs peut être rejetée tant sur la base de l'art. 21 LOGA que sur celle de l'art. 6 al. 1^{er} let. a ou de l'art. 5 al. 2 let. a du présent projet. Si de telles notes devaient constituer des documents inachevés au sens de l'art. 3 al. 3 let. a, elles ne seraient *ipso iure* pas soumises au présent projet de loi.

La procédure de co-rapport au sens du présent projet commence dès 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. Les art. 15 et 21 LOGA, imprécis sur ce point, seront ainsi clarifiés.

223.12 Documents officiels relatifs aux positions de négociation concernant les négociations en cours ou futures (art. 6 al. 1^{er} let. b)

L'art. 6 al. 1^{er} let. b soustrait du principe de transparence les documents officiels relatifs aux positions de négociation concernant les négociations en cours ou futures. Cette exception se rapporte à tout type de négociation: tant la conclusion de contrats que la conduite de négociations internationales sont ici visées. Le motif d'une telle exclusion s'explique par le fait qu'aucune négociation ne saurait être efficacement menée si une partie devait être contrainte dès l'origine de dévoiler ses cartes.

Les règles ordinaires permettant de maintenir le secret (art. 5 al. 2 et 3) s'appliquent par contre aux négociations closes. Par exemple 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.

223.2 Documents officiels relatifs à la procédure de consultation des offices (art. 6 al. 2)

La notion de consultation des offices correspond à celle qui figure à l'art. 4 de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA)⁸¹. 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, 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 existe donc en principe. Le Conseil fédéral peut cependant décider des exceptions. En pareil cas, les documents en question échappent au droit d'accès. Toutefois, en application du principe de proportionnalité, le Conseil fédéral peut adopter selon les circonstances une solution plus nuancée, par exemple en différant l'accès ou en ne prévoyant qu'un accès partiel. Dans l'hypothèse où le Conseil fédéral ne fait pas usage de sa compétence de décider des exceptions, les règles ordinaires prévues par le présent projet s'appliquent: l'accès aux documents relatifs à la procédure de consultation des offices existera donc après la décision du Conseil fédéral dans la mesure où il ne se heurte pas à des intérêts publics ou privés prépondérants (voir art. 5).

L'exception de l'art. 6 al. 2, n'est pas applicable aux documents officiels relatifs à la procédure de consultation des offices qui ne donnent pas lieu par la suite à une décision du Conseil fédéral. Seule la pesée des intérêts conformément à l'art. 5 permettra de savoir si l'accès peut être accordé et dans quelle mesure.

223.3 Documents inconditionnellement accessibles : rapports évaluant les performances et l'efficacité de l'administration fédérale (art. 6 al. 3)

L'art. 6 al. 3 forme également un cas particulier par rapport à la technique de la pesée des intérêts. A la différence des alinéas précédents, il garantit un accès *absolu* aux rapports évaluant les performances et l'efficacité de l'administration

⁸¹ RS 172.010.1.

fédérale (exception « positive »). Les règles de l'art. 5 al. 2 et 3 ne sauraient dès lors s'appliquer.

Les rapports visés par cet alinéa doivent bien entendu constituer des documents officiels au sens du présent projet. Ils doivent donc notamment concerner l'accomplissement d'une tâche publique (voir art. 3 al. 1^{er} let. c). L'objet de l'évaluation des performances et de l'efficacité est l'administration fédérale seulement. En aucun cas, il ne s'agit de l'évaluation d'une personne.

223.4 Refus en cas de demande abusive

Le présent projet ne réglemente pas expressément le cas des demandes abusives, car celui-ci peut être résolu en appliquant le principe général selon lequel l'abus 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 à de répétées reprises et de manière systématique afin d'accéder à un document auquel il a déjà eu accès, soit par le mécanisme de la présente loi, 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. Seule une demande « répétitive » au sens de l'art. 13 al. 2 let. b peut être soumise à un émolument (voir rapport explicatif ad art. 13 al. 2 let. b).

Le nombre de demandes n'est à lui seul jamais suffisant pour établir l'abus. Si la réponse à une demande nécessite un travail important, le projet de loi prévoit qu'un émolument peut être perçu (art. 13 al. 2 let. a).

23 Procédure d'accès aux documents officiels

231 Introduction: aperçu sur la procédure

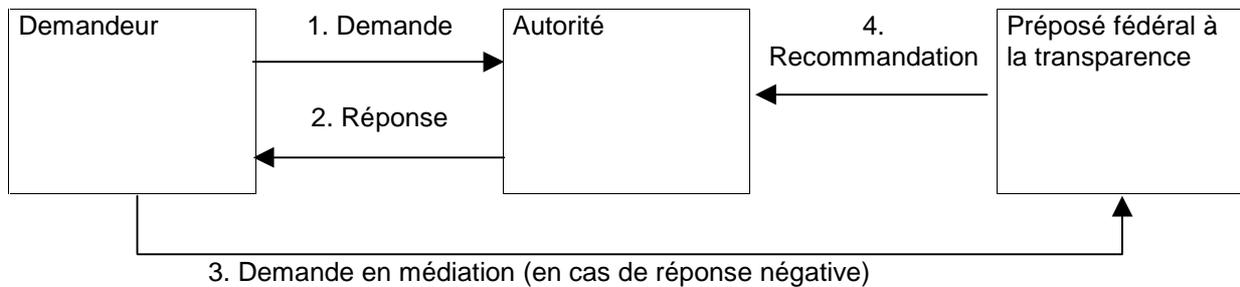
La procédure proposée ici peut se scinder en deux parties principales: d'une part la procédure relative à la demande d'accès et à la médiation, d'autre part la procédure relative à la décision et au recours. Les expériences pratiques faites avec cette procédure devront être recueillies ; des adaptations ultérieures ne sont pas exclues (voir art. 16).

231.1 Procédure relative à la demande d'accès et à la médiation

La procédure débute toujours par une demande tendant à obtenir l'accès à un ou plusieurs documents officiels. L'autorité compétente doit s'exprimer brièvement sur la demande (réponse). Si sa réponse ne satisfait pas entièrement la demande, il est possible de s'adresser, par le biais d'une demande en médiation, à un organe indépendant, le Préposé fédéral à la transparence. Celui-ci tentera de concilier les deux parties. Si la médiation réussit, la procédure sera considérée comme close. Sinon, le Préposé fédéral 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 prendre de décision en passant par les différentes étapes de la procédure administrative. Les procédures de médiation revêtent également une grande importance à l'étranger. On peut dès lors tabler sur le fait que, dans l'administration fédérale aussi, la procédure de médiation permettra de liquider une grande partie des cas litigieux.

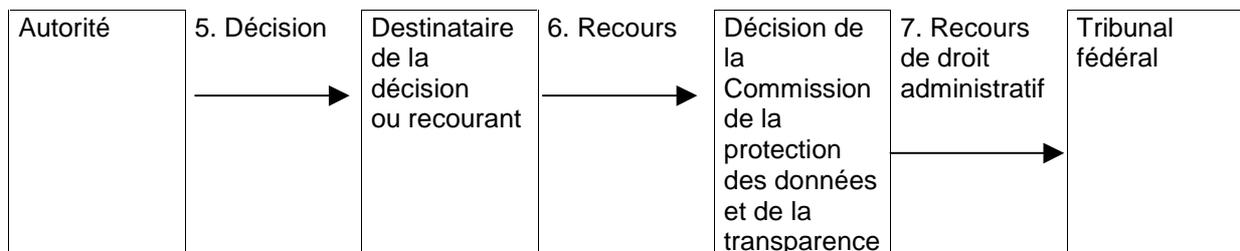
Schéma:



231.2 Procédure relative à la décision et au recours

L'autorité compétente doit alors rendre une décision si, à l'encontre de la recommandation du Préposé fédéral à la transparence, elle entend limiter, différer ou refuser l'accès à un document officiel, ou lorsque le demandeur requiert une décision parce qu'il n'est pas d'accord avec la recommandation du Préposé à la transparence. Un recours peut être formé contre cette décision auprès d'une commission de recours indépendante (Commission fédérale de la protection des données et de la transparence). L'affaire peut ensuite être portée devant le Tribunal fédéral.

Schéma:



232 Demande d'accès (art. 7)

La demande doit être adressée à l'autorité qui *détient* le document (al. 1^{er}), que celle-ci en soit l'auteur, la destinataire ou que le document lui ait été transmis (voir rapport explicatif ad art. 3 al. 1^{er} let. b). Ainsi, lorsque la demande porte sur un échange de lettres, le requérant peut s'adresser soit auprès de l'émetteur, soit auprès du destinataire, soit encore auprès des personnes qui en ont obtenu copie pour autant que l'une ou l'autre autorité soit assujettie aux dispositions de la présente loi. Lorsque les documents ont été versés aux Archives fédérales, le mécanisme exposé plus haut s'applique (voir ch. 13 ci-dessus).

L'esprit de transparence s'oppose à une trop grande formalisation de la demande initiale. L'administration doit se rapprocher des citoyens. Le présent projet en tient compte en autorisant une très grande liberté dans le *choix de la forme* de la

demande. Elle peut être faite sans forme - c'est-à-dire exprimée oralement, envoyée par télécopie, voire expédiée par messagerie électronique - ou adressée par écrit. Cela résulte de l'absence explicite de précisions quant à la forme à l'al. 1^{er}.

Le projet de loi ne pose aucune exigence en matière *d'identité du demandeur*. Ce choix résulte de l'ouverture du principe à tout le monde, sans limitation de nationalité ou de domicile (voir rapport explicatif ad art. 4). Le fonctionnaire en mesure de répondre sur le champ à une demande téléphonique ne saurait donc s'enquérir de la nature de son interlocuteur. Le fait que, pour des raisons pratiques évidentes, une adresse de référence doive être communiquée pour l'envoi des documents demandés ne signifie pas que l'administration est en droit de vérifier l'identité du demandeur. Certaines adresses de messagerie électronique ne permettent par exemple pas de deviner l'identité du correspondant. La signature manuscrite n'est d'ailleurs pas exigée puisqu'une demande informelle peut suffire. Le présent projet n'exige en principe pas non plus un tel contrôle pour la consultation des documents officiels sur place (voir rapport explicatif ad art. 4 al. 2).

Lorsque les documents sollicités sont *disponibles publiquement*, la notion d'« autorité qui les *détient* » au sens de l'art. 7 al. 1^{er} est plus floue. Le présent projet laisse une certaine marge de manœuvre à l'administration. Une solution pratique pour les documents sur support papier comme la Feuille fédérale ou le Recueil officiel des lois fédérales peut consister à transmettre d'office la demande auprès de la division de diffusion des publications de l'Office fédéral des constructions et de la logistique. 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 en formulant une demande subsidiaire.

Lorsque la *demande a été adressée par erreur* à une autorité qui n'est pas effectivement en possession des documents requis, il incombe à l'autorité destinataire de la transmettre spontanément et sans délai à l'autorité compétente.

Selon l'art. 7 al. 2, la « demande doit être formulée de manière suffisamment précise » et doit « permettre d'identifier les documents officiels demandés ». Le présent projet n'a en effet pas pour objet de convertir les autorités en documentalistes en les chargeant de procéder à des recherches destinées à fournir au requérant une documentation détaillée sur un sujet précis. Une demande contraignant par sa généralité l'administration à procéder à de longues recherches n'est pas en soi abusive : le demandeur ne se voit pas opposer un refus d'accès, mais reçoit une réponse lui demandant de préciser sa demande, sans trancher préjudiciellement sur le fond. Il importe de noter que l'exigence d'une demande suffisamment précise et permettant d'identifier les documents sollicités ne doit pas être interprétée de manière trop sévère : il suffit que le document soit identifiable par l'autorité destinataire de la demande sans complications excessives, nonobstant quelques erreurs ou imprécisions sans conséquence.

L'exigence précédente a pour corollaire d'appeler les autorités à soutenir activement le demandeur dans sa démarche (voir rapport explicatif ad art. 4 al. 3).

233 Réponse de l'autorité (art. 8)

Selon l'art. 8, l'autorité doit répondre à la demande. Ont qualité d'autorités 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 désignés par le Conseil fédéral, dans la mesure où une tâche publique de la Confédération leur a été confiée (voir art. 2). Est compétente pour répondre l'autorité qui détient le document officiel dont la consultation est demandée ou sur lequel des renseignements sont requis (art. 7 al. 1^{er}). La compétence au niveau de l'administration pour répondre peut être réglée soit dans l'ordonnance d'exécution de la présente loi, soit être laissée à chaque département. 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 le document se trouve en possession de plusieurs autorités, il faut admettre la compétence de chacune d'elles.

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 réponse se fait sans forme - c'est-à-dire oralement s'il s'agit de renseignements -, par la poste, électroniquement ou par télécopie s'il s'agit de remettre une copie ainsi que par une consultation sur place. La forme écrite n'est prescrite que lorsque la demande ne peut pas être admise en tout ou en partie. L'autorité doit indiquer sommairement les motifs pour lesquels elle limite, diffère ou refuse l'accès au document demandé. Afin de réduire la dépense administrative, il est envisageable de recourir à des formulaires standards.

L'autorité répond aussi rapidement que possible, mais en tous les cas dans les vingt jours à compter de la date de réception de la demande. On peut relever dans ce contexte que le projet de loi fixe en règle générale un délai de vingt jours ; des exceptions ne sont prévues que pour la recommandation (voir art. 10) et la procédure de recours (voir art. 12), pour lesquelles le délai est de trente jours.

Comme les réponses négatives ne doivent être motivées que de manière sommaire, le délai de vingt jours est approprié. Lorsque la demande peut sans autre être admise, une réponse, sans forme, peut être communiquée dans un délai encore plus court. C'est aussi l'intérêt du demandeur que le délai soit court, car il demande 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. Exceptionnellement le délai peut être prorogé lorsque la demande concerne des documents nombreux, complexes ou qu'il est difficile d'obtenir. Un document est considéré comme complexe notamment lorsque son contenu n'est pas généralement compréhensible et qu'il doit être examiné par des spécialistes au regard des motifs d'exceptions au principe de transparence. Il en va de même dans le cas où le contenu est certes compréhensible d'une manière générale mais où la question de savoir s'il y a des motifs d'exceptions réclame des explications détaillées. La pesée des intérêts prescrite par la loi (voir art. 5) ne doit pas être entravée par la fixation de délais courts.

Dès que l'autorité se rend compte qu'elle ne pourra pas se déterminer sur la demande dans le délai ordinaire, elle doit informer le requérant de la prorogation du délai et lui indiquer les motifs qui la justifient.

Il serait concevable de ne pas prescrire de délai mais de prévoir à la place que la demande doit être traitée aussi vite que possible. Cependant l'inscription de délais clairs présente l'avantage de la sécurité juridique et contribue à accélérer la procédure.

234 Médiation (art. 9)

L'art. 9 prévoit la possibilité de faire apprécier la demande par le Préposé fédéral à la transparence lorsque l'accès aux documents officiels est limité, différé ou refusé, ou lorsque l'autorité n'a pas répondu dans le délai légal. Le Préposé fédéral à la transparence n'agit pas d'office mais seulement sur la base d'une demande en médiation écrite. Il entre en matière lorsque les conditions suivantes sont remplies : le Préposé fédéral à la transparence doit être compétent ; il l'est seulement lorsque la procédure relative à la demande d'accès a été présentée à l'autorité administrative compétente. Ensuite le demandeur doit avoir qualité pour faire la demande en médiation ; seules ont cette qualité les personnes qui ont présenté la demande d'accès ou leurs représentants. 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. La preuve d'un intérêt particulier n'est pas nécessaire pour la demande en médiation ; la participation à la procédure de demande d'accès est suffisante. Enfin la forme et le délai doivent être observés : en ce qui concerne la forme, la forme écrite simple suffit. Il doit résulter de la demande que le Préposé fédéral à la transparence doit se charger de l'affaire ; il n'est pas nécessaire de joindre la réponse de l'autorité. Le Préposé fédéral à la transparence peut se la procurer lui-même par la voie administrative interne. Le délai est observé lorsque la demande est présentée dans les vingt jours qui suivent la réception de la réponse de l'autorité. La remise de la demande à un bureau de poste est suffisante, il n'est pas nécessaire que la demande soit encore parvenue à destination dans le délai. Le délai est aussi observé lorsque la demande a été présentée à une autorité incompétente. Celle-ci doit la transmettre d'office au Préposé à la transparence. Si le délai est dépassé, une nouvelle procédure peut être entamée par l'envoi d'une demande d'accès adressée à l'autorité compétente. Il est concevable que l'autorité qui répond par écrit à une demande d'accès joigne un formulaire standard de demande en médiation pour faciliter la poursuite de la procédure.

Lorsque la demande en médiation porte sur la communication de données personnelles, le Préposé fédéral à la transparence se dessaisit d'office du dossier en faveur du Préposé à la protection des données.

Si le Préposé fédéral à la transparence entre en matière sur la demande en médiation, il doit traiter celle-ci sur le fond. Il s'agit de concilier celui qui demande la médiation et l'autorité qui détient les actes. La médiation tend en règle générale à trouver un compromis entre les deux parties. Celles-ci doivent être entendues. La procédure de consultation peut se faire par écrit ou oralement sous l'égide du Préposé à la transparence. Dans ce dernier cas, l'autorité doit désigner un représentant qui défende son point de vue et agisse pour elle de manière à la lier. Le Préposé fédéral à la transparence dispose quant à lui d'un accès illimité aux documents demandés.

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.

235 Recommandation (art. 10)

L'art. 10 règle la procédure lorsque la médiation n'a pas réussi. 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 transparence n'a pas de pouvoir décisionnel. S'il arrive à la conclusion que l'accès aux documents demandés doit être accordé entièrement ou dans une mesure plus grande que celle qui a été admise, il formule une recommandation correspondante ; il en va de même lorsqu'il est d'avis que la limitation de l'accès devrait être maintenue. La recommandation doit être formulée dans un délai de trente jours. Les destinataires sont aussi bien l'autorité concernée que celui qui a présenté la demande en médiation. La recommandation n'a pas force obligatoire.

Sur la question des frais de procédure et des dépens, on se rapportera aux explications concernant l'art. 13.

236 Décision (art. 11)

Selon l'art. 11, l'autorité doit rendre une décision au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA)⁸² si, à l'encontre de la recommandation du Préposé fédéral à la transparence, elle entend limiter, différer ou refuser l'accès à un document officiel. Il en va de même dans le cas où l'autorité entend suivre la recommandation du Préposé, mais où le demandeur n'est pas d'accord avec la recommandation parce que celle-ci ne va pas assez loin. Dans ce cas de figure, il revient au demandeur d'agir en requérant expressément une décision. Il y a limitation, report ou refus lorsque la demande n'est pas entièrement admise.

La procédure est régie par les art. 1 à 43 de la loi fédérale sur la procédure administrative. Les décisions doivent être notifiées aux parties par écrit; elles doivent être désignées comme telles, motivées et indiquer les moyens de recours. La voie de droit, l'autorité de recours et le délai de recours doivent être mentionnés. Une notification insuffisante ne doit pas porter préjudice à l'intéressé (art. 34ss PA). Le projet de loi prévoit une particularité par rapport à la loi fédérale sur la procédure administrative : 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 en décision.

237 Recours (art. 12)

L'art. 12 règle la procédure de recours. Les décisions de l'autorité de recours 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. 2). La procédure est régie par la loi fédérale sur la procédure administrative.

A qualité pour recourir celui qui a un intérêt digne de protection à ce que la décision soit annulée ou modifiée. L'intérêt ne doit pas consister en une violation du droit ni correspondre à la norme dont la violation est alléguée ; un intérêt de fait est suffisant. Il doit s'agir d'un intérêt personnel direct et propre ; le recourant ne peut pas se limiter à sauvegarder les intérêts d'un tiers. L'intérêt à l'annulation ou à la modification de la décision doit être actuel. En principe, cette exigence doit être remplie non seulement

⁸² RS 172.021.

au moment du dépôt du recours mais aussi au moment du jugement sauf si, dans les questions de principe, aucune décision ne pourrait jamais être prise à temps.

Le mémoire de recours est adressé en double exemplaire et indique les conclusions, motifs et moyens de preuve et porte la signature du recourant ou de son mandataire (art. 51ss PA).

L'autorité de recours est la Commission fédérale de la protection des données et de la transparence. Il s'agit d'une commission de recours et d'arbitrage indépendante au sens des articles 71a ss PA. L'autorité de recours n'est pas liée par les conclusions invoqués à l'appui du recours. Elle peut modifier la décision à l'avantage d'une partie, mais elle ne peut la modifier à son détriment que lorsque la décision viole le droit fédéral ou repose sur une constatation inexacte ou incomplète des faits (art. 62 PA). La Commission de la protection des données et de la transparence constate les faits d'office. Elle est libre dans le choix des moyens de preuve (art. 12 PA). Pourtant, comme la commission doit statuer dans un laps de temps relativement court, la preuve documentaire et les renseignements des parties sont privilégiés en pratique. Le principe de la libre appréciation des preuves est applicable. Un débat oral et public doit être ordonné lorsque la contestation porte sur des droits de caractère civil au sens de l'art. 6 § 1^{er} CEDH. La notion de droit de caractère civil ne comprend pas seulement le droit privé traditionnel mais aussi de nombreux domaines relevant, selon la conception du droit suisse, du droit administratif. En règle générale l'accès aux documents officiels ne constitue pas un cas prévu à l'art. 6 § 1^{er} CEDH. La Commission de la protection des données et de la transparence peut décider par voie de circulation. Là où l'accès ou le refus a un effet direct sur les droits et les obligations de caractère civil, un débat public doit avoir lieu. Il incombe pour le reste à la commission de décider s'il y a lieu de décider si, dans un cas d'espèce, des prétentions de caractère civil sont en cause.

La Commission de la protection des données et de la transparence statue dans un délai de deux mois à compter du dépôt du recours. Il s'agit d'un délai d'ordre. Pour pouvoir l'observer, la commission doit être pourvue du personnel nécessaire. La langue officielle est celle en laquelle le recourant a pris ses conclusions (art. 37 PA). Si la commission admet totalement ou partiellement le recours, elle doit statuer sur le fond; pour des raisons d'économie de procédure, notamment parce qu'il s'agit d'une procédure rapide, une cassation n'entre en principe pas en ligne de compte. L'affaire ne peut être renvoyée à l'autorité inférieure avec des instructions impératives qu'exceptionnellement. La décision sur recours contient un résumé des faits essentiels, des considérants et le dispositif. Elle doit être notifiée à la partie et à l'autorité inférieure (art. 61 PA).

La liquidation du procès sans jugement est aussi possible. La procédure peut devenir sans objet lorsque les documents officiels dont la consultation est demandée n'existent plus ou lorsque l'accès a été accordé dans l'intervalle. Le recourant peut alors retirer son recours ou passer une convention. Dans tous ces cas la procédure est considérée comme close et l'affaire rayée du rôle.

La Commission de la protection des données et de la transparence ne statue pas définitivement. Un recours de droit administratif au Tribunal fédéral reste possible. Les art. 97ss de la loi d'organisation judiciaire⁸³ sont applicables.

La procédure devant la Commission de la protection des données et de la transparence n'est pas gratuite (voir art. 13 al. 1^{er} *a contrario*). Le recourant doit fournir une avance de frais équivalente aux frais de procédure présumés. Les frais de procédure et les dépens sont mentionnés dans le dispositif. En règle générale, ils sont à la charge de la partie qui succombe. Aucun frais de procédure n'est mis à la charge de l'autorité inférieure (art. 63s PA). Il est aussi possible de demander l'assistance judiciaire devant la Commission de la protection des données et de la transparence (art. 65 PA).

238 Emoluments et rémunération (art. 13)

238.1 Principe de la gratuité (art. 13 al. 1^{er})

La gratuité de l'accès aux documents officiels est, à côté de la simplicité et de la rapidité de la procédure, un élément clef du principe de transparence. Le critère économique ne doit pas constituer un frein à l'accès aux documents. Les informations essentielles pour les citoyens sont donc en principe fournies gratuitement (art. 13 al. 1^{er}).

Le principe de la gratuité n'est cependant pas absolu. Il vise uniquement les procédures d'accès auprès de l'autorité compétente et du Préposé fédéral à la transparence, c'est-à-dire la demande d'accès, la procédure de médiation et la procédure de décision en première instance comme le précise l'art. 13 al. 1^{er}. La procédure devant la Commission fédérale de la protection des données et de la transparence obéit aux règles ordinaires applicables aux commissions de recours et d'arbitrage. En outre, un émolument peut être perçu dans certains cas précis sur la base de l'art. 13 al. 2. Enfin, le Conseil fédéral peut prévoir que, lorsque l'accès à un document officiel se prête à une commercialisation, celui-ci est rémunéré au prix du marché (art. 13 al. 4) ; il peut ainsi être répondu aux exigences de la nouvelle gestion publique. Dans tous les cas, les règles spéciales demeurent également réservées.

Lorsque le principe de transparence sera introduit, il sera en outre toujours possible de prélever des émoluments pour les prestations de l'administration qui sont fournies contre émoluments selon le droit en vigueur. Le principe de transparence a pour objectif de rendre accessibles les documents existants. Il n'y a pas lieu de fournir des prestations supplémentaires. En particulier, on ne saurait demander la production de documents nouveaux.

238.2 Perception d'un émolument (art. 13 al. 2)

L'art. 13 al. 2 prévoit que l'autorité à qui le document est demandé peut percevoir un émolument dans les trois cas de figure suivants :

⁸³ RS 173.110.

- « Lorsque la réponse à la demande nécessite un travail important » (art. 13 al. 2 let. a).

Il peut s'agir par exemple de l'opération consistant à rendre anonyme un document officiel (voir rapport explicatif ad art. 5 al. 1^{er}) ; en ce cas, un tarif horaire peut être prévu.

- « En cas de demande répétitive » (art. 13 al. 2 let. b).

La simple répétition d'une demande ne constitue pas encore une *demande répétitive* au sens de l'art. 13 al. 2 let. b (voir ch. 223.4 ci-dessus). Il doit être possible à quiconque de demander la copie d'un document qui lui aurait été auparavant adressé ou qu'il a pu jadis consulter.

- « Lorsqu'une copie est demandée » (art. 13 al. 2 let. c).

La jurisprudence du Tribunal fédéral relatif au prix des photocopies doit être prise en compte au moment de fixer le montant à percevoir (voir notamment ATF 118 Ib 349). Un émolument peut également être perçu lorsque l'administration met à disposition du public des appareils de copie (voir rapport explicatif ad art. 4 al. 2). Le Conseil fédéral peut en outre prévoir s'il le désire que les copies sont gratuites jusqu'à un certain nombre d'exemplaires.

Cette disposition vise également les copies sous forme électronique (par exemple des cédéroms, des disquettes, des documents envoyés par messagerie électronique). Cependant, afin d'encourager la consultation des documents sur le réseau Internet et dans l'optique de délester l'administration, le Conseil fédéral pourra 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 des bornes de consultation et un conseil adéquat.

Dans les cas où un émolument peut être perçu, le Conseil fédéral pourra prévoir dans le cadre de sa compétence d'exécution que l'autorité a l'obligation d'informer préalablement le demandeur.

238.3 Tarif des émoluments (art. 13 al. 3)

Selon l'art. 13 al. 3, le Conseil fédéral fixe le tarif des émoluments. La formulation laisse un certain pouvoir d'appréciation au Conseil fédéral. Il lui est ainsi loisible de fixer un certain nombre de pages par demande (ou par demandeur) à partir duquel les copies deviendraient payantes.

Les taxes de transmission du RO, du RS, de la FF et de la JAAC publiés sous forme électronique sont actuellement déterminées par l'ordonnance du 8 avril 1998 concernant la publication électronique de données juridiques⁸⁴ et l'ordonnance du 24

⁸⁴ RS 170.512.2.

juin 1999 de la Chancellerie fédérale concernant les taxes de transmission de données juridiques⁸⁵.

238.4 Rémunération (art. 13 al. 4)

L'art. 13 al. 4 prévoit que « lorsqu'un document officiel se prête à une commercialisation, le Conseil fédéral peut prévoir que l'accès est rémunéré au prix du marché ». Cette règle permet notamment de prendre en compte les développements de l'administration en matière de nouvelle gestion publique. Il est ainsi possible de fixer un prix de vente pour les publications destinées à être commercialisées.

Le texte de loi précise que la rémunération peut avoir lieu « au prix du marché » pour montrer clairement que l'on quitte le principe de la couverture des coûts.

Dans tous les cas de figure, la législation spéciale de même que le droit d'auteur restent réservés (voir ch. 13 ci-dessus). On peut citer par exemple l'art. 21 de la loi sur la statistique fédérale⁸⁶ ou l'art. 14 de la loi fédérale sur le statut et les tâches de l'Institut fédéral de la Propriété intellectuelle (LIPI)⁸⁷.

La disposition spéciale de l'art. 19 de la loi fédérale sur l'archivage⁸⁸ assujettissant 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.

24 Préposé fédéral à la transparence

241 Nomination et statut du Préposé fédéral à la transparence (art. 14)

Le Préposé fédéral à la transparence joue un rôle fondamental dans la procédure d'accès aux documents officiels. Conçu en premier lieu comme un 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. Mais son rôle ne se limite pas à cette activité de médiation. Il est également souhaitable qu'il joue 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. Il jouera aussi le rôle d'une sorte de « centre de compétences » pour les questions ayant trait à la transparence.

Dans le cadre des travaux préparatoires de cette loi, on a envisagé l'hypothèse d'une fusion de la fonction de Préposé fédéral à la transparence avec celle de Préposé fédéral à la protection des données. Protection des données et transparence sont certes indissociables, mais peuvent constituer deux objectifs contradictoires. Lorsque le refus de communiquer un document est justifié par un intérêt privé prépondérant

⁸⁵ RS 172.041.12.

⁸⁶ RS 431.01.

⁸⁷ RS 172.010.31.

⁸⁸ FF 1998 3070.

(voir art. 5 al. 3), on peut craindre un conflit entre les impératifs de protection des données et ceux de la transparence. L'analyse de la pratique des commissions françaises correspondantes – la CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés) et la CADA (Commission d'accès aux documents administratifs) – a montré que cette dichotomie pouvait être en pratique la source de tensions, voire d'incohérences.

Il apparaît pourtant préférable pour plusieurs raisons de distinguer, à ce niveau, les deux fonctions. Premièrement, les champs d'activité du préposé à la protection des données et du Préposé fédéral à la transparence diffèrent. Ainsi par exemple, la LPD est une loi commune au secteur public et au secteur privé: l'activité du préposé à la protection des données s'exerce donc également dans le secteur privé (voir art. 29 LPD). Deuxièmement, la nature de l'activité diffère: contrairement au préposé à la transparence, le préposé à la protection des données a une fonction générale de surveillance sur l'administration quant à l'application de la LPD, et peut ouvrir une enquête lorsqu'il soupçonne une éventuelle atteinte à la protection des données. Cette fonction de surveillance est la fonction primordiale du préposé à la protection des données⁸⁹, alors que le Préposé fédéral à la transparence est quant à lui en premier lieu un médiateur. Ensuite, compte tenu du fait que l'aspect « protection des données » serait selon toute vraisemblance quantitativement prépondérant, un risque pourrait exister qu'une pratique trop restrictive se développe. Enfin, le fait qu'une commission de recours commune soit instaurée (Commission fédérale de la protection des données et de la transparence) permettra de définir une pratique uniforme et d'harmoniser si nécessaire les pratiques des deux préposés.

Suivant le 1^{er} alinéa, la nomination du Préposé fédéral à la transparence est du ressort du Conseil fédéral, à qui il appartiendra également de préciser les conditions d'engagement. Une nomination par le Parlement – solution parfois retenue en droit étranger -, permettrait de reconnaître l'importance de la fonction ; elle n'a pas été choisie. De manière générale, le Préposé fédéral à la transparence sera soumis à la loi sur le personnel de la Confédération.

En vertu du 2^e alinéa, le Préposé fédéral à la transparence sera rattaché administrativement à la Chancellerie fédérale, à l'instar du préposé à la protection des données. La nature purement administrative de ce rattachement traduit bien le fait que le Préposé fédéral à la transparence agit de manière indépendante, n'est pas soumis au pouvoir hiérarchique du Conseil fédéral. Le Préposé fédéral à la transparence disposera de son propre secrétariat permanent (al. 3) ; il appartiendra au Conseil fédéral d'en prévoir le financement dans le cadre du budget.

242 Attributions (art. 15)

La tâche principale du Préposé fédéral à la transparence consistera à assurer une médiation entre les particuliers et les autorités et, pour le cas où celle-ci n'aboutit pas, à formuler une recommandation (let. a ; voir rapport explicatif ad art. 9 et 10). Mais si la médiation est assurément la tâche primordiale du préposé, ce n'est pas la seule.

⁸⁹ FF 1988 II 487.

De manière générale, le préposé devra informer le public (par exemple par des brochures d'information) et les autorités (par exemple 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 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 devra être à même de renseigner le public sur les principes généraux d'accès aux documents, le préposé et son secrétariat joueront le rôle d'un centre de compétences en matière d'accès aux documents, et pourront conseiller de manière plus précise sur les modalités d'accès et la pratique des autorités. Le préposé disposera ainsi d'une vue d'ensemble de cette problématique ainsi que de la pratique des autorités.

Les autorités pourront également 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 rapport explicatif ad art. 4 al. 3), elles pourront obtenir du préposé des conseils pratiques par exemple sur la gestion informatique des données et les modalités de consultation. En outre, le préposé pourra de sa propre initiative, en cas de besoin, émettre des recommandations à l'intention de l'administration en matière de transparence. Ces recommandations n'auront toutefois pas de caractère contraignant.

Il est souhaitable que les projets d'actes législatifs fédéraux et les mesures fédérales qui touchent de manière importante à la transparence lui soient soumis (let. c). Ainsi par exemple, les actes législatifs qui touchent à la protection des données, à l'archivage, aux supports informatiques devraient lui être soumis pour préavis.

La situation actuelle de l'accès aux documents administratifs dans certains pays étrangers a été présentée ci-dessus (voir ch. 111.3). A l'étranger, les modalités d'accès aux documents diffèrent et 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.

243 Evaluation (art. 16)

La présente loi 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. 16 al. 1^{er}). La fréquence n'est pas précisée dans le texte de loi qui pose seul l'exigence 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.

Les rapports du Préposé fédéral à la transparence doivent être publiés (art. 16 al. 2), comme le sont par exemple aussi les rapports du préposé à la protection des données. Le simple droit de consulter le document au sens du présent projet de loi serait insuffisant : de tels rapports doivent être publiés et diffusés dans le public.

244 Droit d'obtenir des renseignements et de consulter les documents (art. 17)

Dans le cadre de son activité de médiation, le Préposé fédéral à la transparence a le droit de prendre connaissance en tout temps des documents officiels tombant dans

le champ d'application de la présente loi sans tenir compte d'une éventuelle obligation de garder le secret. Ce droit s'inspire *mutatis mutandis* de celui prévu à l'art. 10 loi fédérale sur le Contrôle fédérale des finances⁹⁰ et de l'art. 14 du règlement du 8 novembre 1985 des commissions des finances et de la délégation des finances⁹¹. En vertu du principe de proportionnalité, le préposé n'accédera qu'aux seuls documents nécessaires à formuler une recommandation.

25 Commission fédérale de la protection des données et de la transparence (art. 18)

La Commission fédérale de la protection des données et de la transparence est une extension de l'actuelle Commission fédérale de la protection des données (art. 33 LPD). Cela impliquera une professionnalisation de la présidence et le renforcement du secrétariat.

Sa tâche consiste selon l'al. 2 à statuer sur les recours contre les décisions des autorités prises en vertu de l'art. 11 du présent projet (voir art. 11). L'art. 18 se borne à décrire les seules compétence de la commission fondées sur le présent projet de loi ; la totalité des tâches de la Commission fédérale de la protection des données et de la transparence découlera donc de la lecture conjointe de l'art. 33 LPD et de l'art. 18 du projet de loi.

Le pouvoir d'investigation de la commission, précisé à l'al. 3, est identique à celui du préposé (voir art. 17). Il correspond à celui de l'actuelle Commission fédérale de la protection des données.

26 Dispositions finales

261 Modifications de lois fédérales (art. 19)

La modification des lois fédérales est commentée plus haut (voir ch. 13).

262 Référendum et entrée en vigueur (art. 20)

Le Conseil fédéral fixera l'entrée en vigueur de la loi.

3 Mise en œuvre

Le principe de transparence est tout d'abord mis en œuvre par la procédure d'accès aux documents officiels définie à la section 3 du projet de loi. Il s'insère en réalité dans un éventail d'instruments plus vaste. Il importe par exemple de songer à la formation du personnel administratif afin que les réponses aux demandes puissent être données sans retard. Le Préposé fédéral à la transparence organise à cet effet des offres de formation dans le cadre de sa compétence d'aide et de soutien aux autorités (art. 15 let. b). Précisons que le Préposé fédéral à la transparence est chargé de favoriser la mise en œuvre concrète du principe à l'intérieur de l'administration. Enfin, la phase d'introduction du principe de transparence dans l'administration peut être judicieusement soutenue en coordonnant l'ensemble des

⁹⁰ RS 614.0.

⁹¹ RS 171.126.

mesures précédentes dans un acte de planification tel qu'un concept de mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration.

Les cantons ne sont pas concernés par la mise en œuvre du présent projet.

4 Impacts

41 Répercussions financières et effets sur l'état du personnel

Les incidences économiques résultant de l'introduction du principe de transparence sont difficiles à estimer précisément. Le problème est qu'aujourd'hui le nombre exact de demandes d'accès à des documents n'est pas connu ; il est *a fortiori* peu aisé d'en prévoir le nombre supplémentaire. Il est donc plutôt hasardeux d'évaluer dans quelle mesure la charge de travail de l'administration sera augmentée. Lors du projet d'adaptation de la LPE au droit de l'EEE introduisant le principe de transparence en matière environnementale, le Conseil fédéral, conscient de la difficulté, s'était refusé à « évaluer précisément le surcroît de travail qui en résultera » dans la mesure où il est « difficile d'estimer dans quelle mesure le public fera usage de son droit d'accès »⁹². Il faut compter 20 à 50 postes supplémentaires pour l'introduction du principe de transparence : 3 postes pour le préposé, y compris le secrétariat ; 2 postes pour la commission, y compris le secrétariat⁹³. Le nombre restant se réfère à la charge de travail supplémentaire probable : les postes supplémentaires seront répartis entre les 7 départements et la Chancellerie fédérale. Les coûts en personnel pour 20 à 50 postes supplémentaires se chiffrent environ entre 3,3 et 8,3 millions de francs (Fr. 500'000.- environ en rapport avec le préposé ; Fr. 300'000.- environ en rapport avec la commission de recours ; 15 à 45 postes, soit Fr. 2'500'000.- à 7'500'000 environ).

Des moyens d'organisation adéquats et diverses modalités de mise en œuvre devraient néanmoins minimiser l'éventuel supplément d'activité. Le développement des sites Internet des administrations devrait ainsi très vraisemblablement conduire à une diminution rapide du nombre d'appels téléphoniques du public et simplifier la communication des documents recherchés. Un aménagement adéquat des lieux et des horaires de consultation de même que la perception d'émoluments pour les informations qui occasionnent un surcroît de travail particulier sont aussi de nature à soulager la charge administrative. L'acquisition d'une certaine routine dans l'octroi de l'accès aux documents officiels permettra aussi de rationaliser le travail à moyen terme. En tous les cas la manière de réaliser la loi influera de façon déterminante sur les frais liés à son application. L'administration disposant à cet égard de diverses possibilités d'action, on peut partir de l'idée que les coûts seront variables.

En outre, le fait de resserrer le cercle des documents inaccessibles à des domaines précis aura pour conséquence de cibler et d'unifier la pratique actuelle relative la confidentialité. Les efforts liés à la gestion administrative des crises provoquées par les indiscretions pourraient dans une certaine mesure être réduits, même s'il est clair

⁹² FF 1992 V 131s.

⁹³ On compte ici l'augmentation de la charge due au passage du temps partiel au plein temps du poste de président de l'actuelle Commission fédérale de la protection des données.

que les fuites existeront toujours puisque le régime des exceptions au principe de la transparence créera un noyau dur d'informations secrètes.

En évaluant les expériences concrètes, on constate qu'en droit bernois l'introduction du principe de transparence n'a guère posé de problèmes pratiques ; les citoyens n'ont en particulier pas pris d'assaut les services administratifs⁹⁴. Il en va de même en Suède⁹⁵ et au Québec notamment où l'administration publique ne paraît nullement gênée dans son activité par un tel principe. En Suisse, les demandes consécutives à l'entrée en vigueur de la LPD ne se sont pas non plus avérées problématiques.

⁹⁴ 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.

⁹⁵ Cottier, B., *La publicité des documents administratifs*, 1982, p. 142.

Tableau des coûts et recettes

Postes	Périodicité	Coûts		Recettes
		Personnel	Matériel	
Coûts de la procédure d'accès				
Traitement de la demande par l'administration	Plus onéreux au début (processus d'apprentissage ; anciens documents gérés dans la perspective du secret) ; moins coûteux ensuite	15 à 45 postes (coûts : Fr. 2'500'000.- à 7'500'000.- env.)	Frais de copie ; frais d'envoi ; mise à disposition, contrôle et surveillance des locaux de consultation	Emoluments et rémunération
Procédure devant le Préposé à la transparence	Plus onéreux lors de l'introduction du principe ; équilibrage ensuite	1 préposé et 1 préposé suppléant ; 1 poste de secrétariat (coûts : Fr. 500'000.- env.)		
Procédure devant la Commission fédérale de la protection des données et de la transparence	Plus onéreux lors de l'introduction du principe (établissement d'une jurisprudence) ; équilibrage ensuite	Réorganisation de la commission fédérale de la protection des données (soit 1 poste de président à plein temps et 1 poste de secrétariat) (coûts : Fr. 300'000.- env.)		Frais de justice
Formation et information				
Formation et information du personnel	Coûts initiaux ; apprentissage au contact de la pratique ensuite	Formation interne, év. compétence du préposé		
Information du public	Coûts initiaux plus élevés ; coûts périodiques ensuite	Tâche du préposé (essentiellement)	Registre électronique centralisé des documents officiels	
Elaboration du rapport d'évaluation périodique	Tous les 3 à 5 ans (ordre de grandeur)	Tâche du préposé		
Enregistrement et gestion des documents	Non imputable au présent projet de loi, car exigences découlant de la LAr, de la LOGA et des instructions du 13 juillet 1999 concernant la gestion des documents dans l'administration fédérale du DFI			

42 Impacts en matière informatique

L'informatisation de l'administration est un élément important favorisant la mise en œuvre du présent 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 favorisée. Il convient en particulier d'encourager l'accès au réseau Internet par diverses mesures organisationnelles, par exemple en mettant à disposition du public des bornes de consultation et un conseil adéquat.

Un registre centralisé des documents officiels doit en particulier être créé et mis à disposition sur l'Internet ainsi que sur le réseau informatique interne. Il pourra l'être sans complications excessives dans la mesure où les listes de documents accessibles peuvent être produites sur la base du système de classement informatisé prévu pour la gestion des documents (voir ch. 221.22). Les coûts résultant des systèmes électroniques d'enregistrement et de gestion des documents proprement dits ne sont pas imputables au présent projet de loi, car de telles exigences découlent directement de la LAr, de la LOGA et des instructions du 13 juillet 1999 concernant la gestion des documents dans l'administration fédérale du DFI⁹⁶.

43 Autres impacts

431 En général

L'introduction du principe de transparence a comme but premier de promouvoir la transparence de l'administration, ce qui a pour effet *d'améliorer la communication* et *d'augmenter la confiance de la population envers ses autorités*. L'amélioration dans les relations qui en résulte ne peut pas être évaluée quantitativement. Elle pourrait cependant probablement augmenter l'acceptation dans le public des mesures étatiques et renforcer l'efficacité de l'action de ces dernières.

Des *effets non voulus* ne sont pas à exclure, mais un aménagement judicieux du principe permet de contenir les tentatives de détourner celui-ci pour satisfaire un besoin de curiosité portant notablement atteinte à la *sphère privée* des particuliers (voir art. 5 al. 3 let. a) ou aux *secrets commerciaux* des entreprises (voir art. 5 al. 3 let. b).

432 Conséquences sur l'économie

Les enjeux macro-économiques de la loi sur la transparence ne doivent pas être sous-estimés. L'introduction du principe de transparence dans l'administration fédérale est en effet susceptible d'engendrer des retombées positives sur l'économie suisse. L'accès facilité à une masse de connaissances supplémentaires nouvelles permet aux différents acteurs économiques de décider en meilleure connaissance de cause. Les PME, notamment, tireront profit d'une mise à disposition conviviale des informations en provenance du secteur public, dans la mesure où cet accès facilité leur permettra d'exploiter aisément ce potentiel d'informations. Les consommateurs bénéficieront également l'application conséquente du principe de transparence de l'administration.

⁹⁶ FF 1999 4988.

44 Impacts en cas de non-introduction du principe de transparence

Si le principe de transparence ne devait pas être introduit dans l'administration, la question se posera dans le domaine de la protection de l'environnement au cours de la procédure d'approbation par le Parlement de 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), signée par le Conseil fédéral le 25 juin 1998 (voir ch. 52 ci-dessous). Le Parlement a en effet transmis le 15 décembre 1998 la motion Semadeni⁹⁷ chargeant le Conseil fédéral de créer les conditions légales nécessaires afin que la Suisse puisse ratifier cette convention. La LPE devrait notamment être modifiée afin que le principe de transparence sous réserve du secret puisse être introduit en matière d'environnement ; les règles spécifiques qu'elle serait susceptible de contenir devront être considérées à titre de *lex specialis* (voir ch. 222.1 ci-dessus).

5 Relation avec le droit communautaire et international

51 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 consacré au niveau des traités constitutifs des Communautés. L'article 191 A de ce traité (art. 255 du traité CE) dispose 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.

Cette disposition ne fait que poser un principe, les modalités d'accès seront concrétisées dans un acte communautaire qui devra être adopté d'ici 2001. Cet acte définira notamment les limites du droit d'accès, en particulier les intérêts publics et privés qui l'emporteront sur le droit d'accès. Entre-temps, les deux décisions du Conseil (93/731 CE) et de la Commission (94/90 CE), qui permettent la consultation des documents détenus par ces deux organes, demeurent en force.

52 Droit international

Ni l'art. 10 CEDH⁹⁸, ni l'art. 19 al. 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁹⁹ (Pacte ONU II) ne confèrent un droit d'accès à l'information des autorités ; la liberté d'information s'arrête aux sources généralement disponibles¹⁰⁰.

⁹⁷ 98.3087.

⁹⁸ RS 0.101.

⁹⁹ RS 0.103.2.

¹⁰⁰ Pour l'art. 10 CEDH, voir Mahon, P., L'information par les autorités, *RDS II*, 1999, p. 272ss ; 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. 18ss. 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. 272s ; Vorbrodts Stelzer, S., *Informationsfreiheit und Informationszugang im öffentlichen*

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 particulières¹⁰¹. Le présent projet est dans tous les cas conforme à la CEDH et au Pacte ONU II qui n'offrent en principe pas 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 1^{er} février 1979 (Recommandation 854/1979), notamment en reconnaissant au public un droit d'accès aux documents de l'administration. Actuellement, le Groupe de spécialistes sur l'accès aux informations officielles, sous l'autorité du Comité directeur pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe, est en train d'examiner les différentes options existantes en vue de l'élaboration d'un instrument juridique contraignant ou d'autres mesures incorporant des principes de base sur le droit d'accès du public aux informations détenues par les autorités publiques.

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. Elle n'est pas encore approuvée (voir ch. 44 ci-dessus). 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 tout intérêt. La requête d'information peut être refusée sur la base des exemptions prévues telles que la sécurité nationale, la confidentialité des données personnelles, commerciales ou industrielles. Les motifs de refus doivent être indiqués à l'auteur de la requête. Les dispositions spécifiques différant du présent projet feront l'objet d'une réglementation spéciales dans la législation fédérale environnementale.

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.

6 Bases juridiques

61 Constitutionnalité

Le présent projet de loi se fonde sur la compétence de l'Assemblée fédérale d'édicter les dispositions fondamentales relatives à l'organisation des autorités fédérales (art. 164 al. 1^{er} let. g Cst.). L'art. 16 al. 3 Cst., qui garantit désormais 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

Sektor : eine Untersuchung anhand schweizerischer und europäischer Gerichtspraxis, 1995, p. 17.

¹⁰¹ 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.

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 sur les variantes dans le cadre de la mise à jour de la Constitution fédérale, le chef du Département fédéral de justice et police d'alors a clairement affirmé que « nous voulons réaliser le principe de transparence au niveau législatif, car une base constitutionnelle ne s'avère pas nécessaire. »¹⁰²

La Commission des institutions politiques du Conseil national a proposé d'introduire le principe de transparence pour les autorités fédérales dans l'avant-projet du 2 juillet 1999 d'*arrêté fédéral sur les médias et les mesures à prendre dans le domaine de la politique de la presse*. A l'inverse du droit actuel, le législateur n'aurait alors plus le choix de maintenir le principe du secret dans l'administration fédérale.

62 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 aux termes de l'art. 164 al. 1^{er} let. g Cst. L'introduction du principe de transparence dans l'administration est un revirement majeur de la pratique actuelle. La forme de la loi au sens formel s'impose¹⁰³.

63 Délégation du droit de légiférer

Le Conseil fédéral est chargé de désigner les organismes et personnes 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 (art. 2 al. 1^{er} let. b).

Selon l'art. 13 al. 3, le Conseil fédéral fixe le tarif des émoluments que l'autorité peut dans certains cas percevoir pour l'accès aux documents officiels.

Il est compétent pour édicter des dispositions relatives à la gestion des documents officiels et à l'information (art. 4 al. 3).

Il peut également prévoir que l'accès est rémunéré au prix du marché lorsqu'un document officiel se prête à une commercialisation (art. 13 al. 4).

¹⁰² « [D]as Öffentlichkeitsprinzip wollen wir auf Gesetzesstufe realisieren, weil keine Verfassungsgrundlage nötig ist. » (BO CN 1998 2554, séance du 9 décembre 1998).

¹⁰³ Dans le même sens, voir Mahon, P., L'information par les autorités, *RDS II*, 1999, p. 340ss (342) ; Kölz, A./Häner, I., *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2^e 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. 46ss ; 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. 731ss (756).

64 Compétence d'exécution

S'appuyant sur sa compétence générale d'exécution, le Conseil fédéral peut édicter les règles secondaires suivantes (liste donnée à titre illustratif) :

- répartition interne des compétences pour statuer sur la réponse et la décision d'accès (art. 8 et 11) ;
- précisions procédurales et d'organisation au sujet de la demande d'accès, notamment la question de la garantie de la sécurité et de la conservation des documents en cas de consultation sur place (art. 4 al. 2).

65 Modification du droit positif

La LPD notamment doit être modifiée (voir ch. 13 ci-dessus).