

Alexandre Flückiger / Valérie Junod

La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par l'Etat fondée sur l'article 10 CEDH

Portée de l'arrêt Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie en droit suisse

La Cour européenne des droits de l'homme a rendu un arrêt de principe dans lequel elle reconnaît que l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme consacre désormais clairement le droit d'exiger de l'Etat de fournir des informations en sa possession. Ce droit est soumis à différentes conditions dont les conséquences pour le droit suisse sont analysées. Les auteurs montrent que le droit suisse, tant fédéral que cantonal, n'est aujourd'hui pas totalement conforme aux exigences formulées par la Cour de Strasbourg.

Catégories d'articles : Commentaires d'arrêts

Domaines juridiques : CEDH ; Droit administratif ; Droit public

Proposition de citation : Alexandre Flückiger / Valérie Junod, La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par l'Etat fondée sur l'article 10 CEDH , in : Jusletter 27 février 2017

Table des matières

1. Introduction
2. L'arrêt Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie
 - 2.1. Introduction
 - 2.2. Une création prétorienne
 - 2.3. Les conditions de la reconnaissance d'un droit général d'accès aux informations détenues par les autorités en vertu de l'article 10 CEDH
 - 2.3.1. Introduction
 - 2.3.2. Les critères ou les conditions de reconnaissance du droit d'accès et leur application au cas d'espèce
 - 2.3.2.1. Critères d'appréciation ou conditions de la reconnaissance du droit d'accès ?
 - 2.3.2.2. Le but de la demande du requérant : une condition de reconnaissance du droit d'accès
 - 2.3.2.3. La nature d'intérêt public des informations : un critère d'appréciation assorti de limites explicites
 - 2.3.2.4. Le rôle sociétal particulier du demandeur : un critère d'appréciation très large
 - 2.3.2.5. La disponibilité des informations : un critère d'appréciation assorti de limites implicites
 - 2.4. La justification de l'ingérence
 - 2.4.1. L'examen d'une justification de l'ingérence dans le droit d'accès garanti par l'article 10 CEDH
 - 2.4.2. La critique de l'absence d'atteinte à la vie privée au sens de l'article 8 CEDH
3. La portée en droit suisse
 - 3.1. Un poids accru en faveur de la transparence dans les pesées d'intérêts
 - 3.2. L'interprétation des critères de reconnaissance d'un droit d'accès aux informations
 - 3.2.1. La contribution nécessaire à l'exercice de la liberté d'expression
 - 3.2.2. La nature d'intérêt public des informations requises
 - 3.2.3. Le rôle sociétal particulier dans le débat public exercé par le demandeur
 - 3.2.4. La disponibilité des informations
 - 3.3. Portée en droit suisse de la justification de l'ingérence dans le droit d'accès aux informations
 - 3.3.1. Introduction
 - 3.3.2. La base légale de la non-divulgaration
 - 3.3.2.1. Une base légale pour renverser le principe du secret
 - 3.3.2.2. La base légale définissant le champ d'application
 - 3.3.2.2.1. Les autorités assujetties (champ d'application personnel)
 - 3.3.2.2.2. Les informations visées et leur nature (champ d'application matériel)
 - 3.3.2.2.3. L'ancienneté des documents (champ d'application temporel)
 - 3.3.3. Le but légitime en faveur de la non-divulgaration
 - 3.3.4. La proportionnalité de la non-divulgaration (examen de la nécessité de la mesure)
 - 3.3.4.1. La nécessité d'une pesée des intérêts
 - 3.3.4.2. La conventionalité de la LTrans en présence d'une atteinte à la sphère privée de tiers
 - 3.3.4.3. L'anticonventionalité de la LTrans en présence d'une atteinte à d'autres intérêts que la protection de la sphère privée de tiers
 - 3.3.4.4. La conventionalité des règles spéciales de secret
4. Synthèse et conclusion
 - 4.1. Synthèse
 - 4.2. Conclusion

1. Introduction

[Rz 1] Interprétant l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)¹ garantissant la liberté d'expression, la Cour européenne des droits de l'homme (la Cour) vient de reconnaître un droit d'accéder aux informations détenues par l'Etat, à condition principalement que les informations sollicitées soient destinées à alimenter un débat d'intérêt public.

[Rz 2] La grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe, dont la Suisse au niveau fédéral et parfois cantonal, dispose déjà de législations accordant un droit d'accès aux documents en mains des autorités publiques. Sur de nombreux aspects, ces législations ont une portée plus généreuse que la nouvelle jurisprudence européenne, par exemple en accordant un droit d'accès à quiconque sans autre raison que la curiosité. Sur d'autres aspects en revanche, elles vont moins loin, notamment en ce qui concerne les motifs admissibles de non-divulgaration d'une information. Pour la minorité d'Etats qui n'a pas de lois sur l'accès aux informations détenues par les autorités publiques, l'arrêt implique un changement de paradigme fondamental en faveur de la transparence.

[Rz 3] Dans une première partie, notre article expose la teneur de l'arrêt *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie* (ch. 2), tout en soulignant ses faiblesses. Une seconde partie se concentre sur sa portée en droit suisse (ch.3). Finalement, la conclusion porte une appréciation d'ensemble (ch. 4).

2. L'arrêt Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie

2.1. Introduction

[Rz 4] Le 8 novembre 2016, la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur le conflit opposant une organisation non-gouvernementale (ONG) à l'Etat hongrois. L'ONG active dans la défense des droits de l'homme, *Magyar Helsinki Bizottság*², invoquait la loi hongroise sur la protection des données et la transparence³ pour exiger l'identité des avocats commis d'office au pénal et leur nombre respectif de nominations. L'Etat, puis les tribunaux hongrois, lui refusaient ces renseignements⁴, au motif que cette loi excluait tout accès aux informations affectant la sphère privée d'individus (ici lesdits avocats). L'ONG s'était alors adressée à la Cour, se plaignant d'une violation de l'article 10 de la Convention européenne sur les droits de l'homme (CEDH) garantissant la liberté d'expression.

[Rz 5] La section de la Cour initialement chargée de l'affaire a préféré s'en dessaisir au profit de la Grande chambre de la Cour (17 juges au lieu de sept). Un tel dessaisissement n'intervient qu'exceptionnellement lorsqu'une affaire « soulève une question grave relative à l'interprétation de la Convention » (art. 30 CEDH)⁵. En l'espèce, il s'agissait pour la Grande chambre de décider si

¹ RS 0.101.

² L'ONG dispose d'un site web (<http://www.helsinki.hu>) partiellement en anglais, lequel décrit ses activités. Elle a publié plusieurs rapports en lien avec les droits de la défense au pénal, qui sont brièvement évoqués par la Cour aux considérants 11 à 15 de son arrêt.

³ L'intitulé exact est *Loi LXIII sur la protection des données à caractère personnel et la divulgation des informations d'intérêt public* (la « loi sur les données »); les dispositions pertinentes sont les art. 19 à 21A.

⁴ Pour être précis, dix-sept services de police hongrois avaient accepté de fournir les renseignements demandés, tandis que deux avaient refusé (onsid. 17 à 20 de l'arrêt commenté ici).

⁵ La Grande chambre tranche moins d'une centaine de cas par an (75 sur les 12 mois précédents), contre plus de 1'000 pour les différentes sections (1'431 jugements sur la même période). Le nombre de décisions rendues par les

l'article 10 CEDH, qui protège principalement le droit de communiquer des informations, inclut un droit du citoyen à en exiger de la part de l'Etat. En d'autres termes, elle devait déterminer si cette disposition inclut une obligation positive de l'Etat de fournir des informations sur demande du public. L'article 10 al. 1^{er} CEDH est rédigé comme suit :

« Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. [...] ».

2.2. Une création prétorienne

[Rz 6] La question d'un droit conventionnel d'accès aux informations détenues par les autorités publiques n'est pas nouvelle. La Cour a déjà reconnu par le passé un tel droit pour certains types d'information, notamment en lien avec l'environnement ou la santé ; cependant, ces arrêts reposent principalement sur les articles 2 et 8 CEDH⁶. Savoir si l'article 10 CEDH impose aux autorités une semblable obligation pour l'ensemble des documents détenus par les autorités publiques était moins clair⁷. Certains arrêts (de section) récents l'avaient admis⁸ ; d'autres plus anciens l'excluaient explicitement⁹. A une majorité de 15 juges contre deux, la Grande chambre saisit l'occasion de l'affaire *Magyar Helsinki Bizottság* pour confirmer la tendance de la jurisprudence récente en reconnaissant clairement un tel droit d'accès fondé sur la liberté d'expression protégée par l'article 10 CEDH¹⁰.

[Rz 7] Pour les défenseurs de la création prétorienne du droit et les tenants de la CEDH comme « instrument vivant »¹¹, l'arrêt *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie* était attendu ; à l'inverse, pour les contempteurs du « gouvernement des juges »¹², il était redouté. L'arrêt met en exergue des enjeux passionnants liés à l'interprétation dite évolutive de la CEDH. Nul doute qu'à eux seuls ils

chambres est nettement plus élevé (plus de 30'000). Voir le site web HUDOC pour les chiffres régulièrement mis à jour ainsi que le rapport annuel 2016 de la Cour (sous http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2016_FRA.pdf) pour des statistiques détaillées.

⁶ HARRIS ET AL., *Law of the European Convention on Human Rights*, 3^{ème} éd., 2014, p. 620 s. Voir aussi le commentaire des arrêts *Case of Österreichische Vereinigung c. Autriche* du 28 novembre 2013 et *Vilnes et autres c. Norvège* du 5 décembre 2013 in : JUNOD VALÉRIE, « Government-secured transparency », DIGMA 14(2), 2014, p. 72–75.

⁷ Sur les développements récents de la jurisprudence, cf. COPPEL PHILIP (édit.), *Information Rights. Law and Practice*, 4^{ème} éd., 2014, p. 88 ss ; VOORHOOF DIRK, « Freedom of journalistic news-gathering, access to information and protection of whistleblowers under Article 10 ECHR and the standards of the Council of Europe », *Conseil de l'Europe, Journalism at risk*, Strasbourg 2015, p. 105–143 (119 ss).

⁸ Voir le résumé de la jurisprudence antérieure aux consid. 130 à 132 de l'arrêt commenté, la principale affaire étant *Társaság a Szabadságjogokért c. Hongrie*, no 37374/05, du 14 avril 2009 (demande d'accès au recours d'un parlementaire pendant devant la Cour constitutionnelle).

⁹ Voir le résumé par la Cour de sa jurisprudence antérieure aux consid. 127 à 129 de l'arrêt ici commenté.

¹⁰ Ce droit est de surcroît indépendant de l'existence en droit national d'une législation, fondée sur la liberté d'expression ou non, consacrant un droit d'accès. Le point est important, car les arrêts de la Cour de Strasbourg ayant précédemment reconnu un droit d'accès prenaient généralement appui sur des dispositions de droit national.

¹¹ *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie* § 107, 138–148 (sur le débat cf. *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, opinion concordante du juge Sicilianos, à laquelle se rallie le juge Raimondi, § 2ss, et opinion dissidente du juge Spano, à laquelle se rallie le juge Kjølbrot, § 30ss). Ultérieurement, les références à l'arrêt ici commenté sont signalées par la simple mention du paragraphe (§) du considérant.

¹² Le gouvernement britannique est intervenu dans la procédure pour critiquer la position de la Cour comme « juge législateur » (§ 103).

susciteront des commentaires doctrinaux inépuisables. La présente contribution choisit toutefois de se concentrer sur les conditions du droit d'accès formulées dans l'arrêt (ch. 2.3 ci-après) et les conséquences de celui-ci en droit suisse (ch. 3 ci-après).

2.3. Les conditions de la reconnaissance d'un droit général d'accès aux informations détenues par les autorités en vertu de l'article 10 CEDH

2.3.1. Introduction

[Rz 8] Le droit d'accès étant fondé sur l'article 10 CEDH, dont le but premier est de protéger l'aptitude de chacun à transmettre des informations, le point de départ du raisonnement de la Grande chambre est logiquement fondé sur la nécessité de disposer de l'information sollicitée pour permettre l'« exercice par [la personne requérante] de son droit à la liberté d'expression, en particulier la liberté de recevoir et de communiquer des informations' »¹³. L'objectif visé – recevoir et communiquer – dicte les exigences que la Cour fixe ensuite.

[Rz 9] Le raisonnement de la Cour s'articule en deux étapes. Dans une première, elle dégage des critères qui permettent de conclure à l'existence d'un droit d'accès du requérant et, conjointement, d'une ingérence de l'Etat dans l'exercice de celui-ci. Dans la seconde étape, si l'existence du droit d'accès est admise et l'ingérence de l'Etat retenue, elle examine la justification de cette ingérence. Si le refus de communication est prévu par la loi, poursuit un but légitime et est nécessaire dans une société démocratique, l'Etat défendeur a respecté ses obligations conventionnelles ; inversement, lorsqu'une au moins de ces exigences n'est pas remplie, l'article 10 CEDH est violé.

[Rz 10] Nous analysons successivement cette double étape dans les sections ci-après.

2.3.2. Les critères ou les conditions de reconnaissance du droit d'accès et leur application au cas d'espèce

2.3.2.1. Critères d'appréciation ou conditions de la reconnaissance du droit d'accès ?

[Rz 11] Pour déterminer si un droit d'accès aux informations détenues par l'Etat existe, la Cour met en avant les éléments suivants qu'elle désigne comme « critères »¹⁴ :

- le but de la demande du requérant ;
- la nature des informations demandées ;
- le rôle du requérant ;
- la disponibilité des informations.

[Rz 12] Qu'entend exactement la Cour par le terme de « critère » ? S'agit-il de *critères d'appréciation* qui autorisent une marge d'appréciation plus ample, permettant de prendre en compte l'ensemble des circonstances ainsi qu'une pondération entre les différents critères ? En pareille hypothèse, le fait que l'un d'entre eux ne serait pas entièrement ou partiellement rempli n'affecterait pas nécessairement l'existence du droit. Ou au contraire s'agit-il de *critères déterminants* dans le sens où le droit ne saurait naître sans qu'ils soient remplis ? Dans cette acception, il faudrait les comprendre

¹³ § 156.

¹⁴ Pour la Cour (§ 157), ces critères sont déduits de sa jurisprudence antérieure (cf. notamment les affaires *Társaság* (déjà citée) et *Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung c. Autriche*, n° 39534/07, du 28 novembre 2013.

comme des *conditions* déterminant l'existence-même du droit : à défaut d'être toutes remplies (si elles sont cumulatives), elles en empêcheraient la reconnaissance. La réponse est loin d'être évidente, raison pour laquelle, pour chacun d'eux, nous nous penchons ci-après sur leur nature et leur portée.

2.3.2.2. Le but de la demande du requérant : une condition de reconnaissance du droit d'accès

[Rz 13] Pour que l'article 10 CEDH s'applique, la personne qui demande des documents en mains de l'Etat doit agir dans « le but d'exercer sa liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées »¹⁵. Les documents qu'elle sollicite sont un préalable lui permettant d'« ouvrir un débat public » ou d'y participer¹⁶. Les documents exigés doivent être « réellement nécessaires à l'exercice de la liberté d'expression », de sorte qu'inversement les refuser « serait de nature à entraver l'exercice » de cette liberté¹⁷.

[Rz 14] Ce premier « critère » doit être qualifié selon nous de *condition sine qua non* de l'existence du droit d'accès. C'est en quelque sorte une tautologie de l'affirmer, puisque la question à résoudre est de déterminer l'existence d'un droit d'accès sur la base de l'article 10 CEDH. La Cour le reconnaît :

« Une première condition préalable doit être que la personne demandant l'accès [...] a pour but d'exercer sa liberté de « recevoir et de communiquer des informations et des idées »¹⁸ [...] « pour savoir si l'article 10 trouve à s'appliquer, il faut déterminer si les informations étaient réellement nécessaires à la liberté d'expression »¹⁹.

[Rz 15] On en déduit *a contrario* que le droit d'accès doit être nié dans les cas suivants :

- si le but est d'exercer une liberté autre que celle d'expression. On notera cependant que si le droit à la vie (art. 2 CEDH) ou à la protection de vie privée et familiale (art. 8 CEDH) est invoqué, ces autres fondements ont déjà servi de base à la Cour pour reconnaître un droit d'accès à des informations détenues par les autorités²⁰ ;
- si le demandeur ne peut ou ne veut pas motiver le but de sa demande dans un cas où la condition de la contribution à l'exercice de la liberté d'expression n'apparaît pas d'emblée remplie.

[Rz 16] En l'espèce, comme déjà indiqué, l'ONG demandait à savoir combien d'avocats avaient reçu combien de nominations d'office, car elle soupçonnait que les mêmes défenseurs étaient nommés dans grand nombre d'affaires pénales, leurs intérêts personnels, notamment financiers, compromettant alors leur indépendance à défendre loyalement les prévenus. Pour la Cour, il ne fait aucun doute que l'ONG cherchait à lancer un débat d'intérêt public sur le rôle de ces avocats

¹⁵ § 158.

¹⁶ § 158.

¹⁷ § 159.

¹⁸ §158.

¹⁹ § 159.

²⁰ Cf. ci-dessus ch. 2.2 et note 6. On citera en particulier les arrêts *Gaskin c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, série A n° 160 (accès au dossier du service social ayant suivi l'enfance du requérant) et *Roche c. Royaume-Uni* [GC] du 19 octobre 2005, n° 32555/96, CEDH 2005 X (accès aux données concernant l'exposition du requérant à des produits chimiques).

nommés d'office. Les informations que l'ONG sollicitait étaient directement utiles, même nécessaires, pour étayer son point de vue. Autrement dit, « sans ces informations, la requérante ne pouvait pas contribuer à un débat public en produisant des données précises et fiables »²¹. S'agissant de ce besoin de fiabilité, la Cour a souvent souligné que les journalistes, de même que les ONG qui agissent de manière analogue aux journalistes²², ont la responsabilité de vérifier l'exactitude de leur propos avant de les diffuser. En l'occurrence, ce n'est qu'en sachant quel avocat avait obtenu quelle nomination que l'ONG pouvait « produire des résultats vérifiables à l'appui de sa critique du système existant »²³. Même si la Cour ne quantifie pas le degré d'importance de l'intérêt public, elle insiste sur l'importance de garantir les droits de la défense dans le procès pénal. Manifestement, elle estime hautement louable le but poursuivi par l'ONG, y compris l'approche qui consiste à obtenir des données chiffrées.

2.3.2.3. La nature d'intérêt public des informations : un critère d'appréciation assorti de limites explicites

[Rz 17] Le deuxième critère, qui d'une certaine manière complète le précédent, a trait à « la nature des informations recherchées ». Pour qu'un droit d'accès puisse être reconnu, les informations « doivent généralement répondre à un critère d'intérêt public », notamment en ce qu'elles contribuent « à la transparence sur la conduite des affaires publiques et sur les questions présentant un intérêt pour la société de manière générale », permettant ainsi « la participation de l'ensemble de la collectivité à la gouvernance publique »²⁴.

[Rz 18] A l'inverse, des documents qui satisfont un goût de voyeurisme ou de sensationnalisme ne méritent pas une protection par le biais de l'article 10 CEDH selon la Cour²⁵. Il en va de même, à notre avis, si le but de la demande est égoïste, purement privé ou commercial, à l'instar d'une demande effectuée en amont d'une procédure judiciaire pour en tester les chances de succès ou si le but est de nuire à l'administration en provoquant des demandes délibérément abusives.

[Rz 19] Pour apprécier ce critère, la Cour rappelle qu'il faut tenir compte de toutes les circonstances du cas d'espèce et examiner « la totalité » de la publication qui se basera sur lesdits documents²⁶. Pour la Cour, il ne fait aucun doute qu'en l'espèce les documents sollicités par l'ONG « étaient éminemment d'intérêt public »²⁷. Elle critique à cet égard la législation hongroise qui interdisait de tenir compte de l'intérêt public à partir du moment où l'exception prévue par la législation nationale en matière de protection des données privées – ici la protection des données privées des avocats commis d'office – était jugée applicable²⁸.

[Rz 20] En utilisant l'adverbe « généralement »²⁹, la Cour formule selon nous la nature d'intérêt public des informations comme un *critère d'appréciation*. Elle ne paraît dès lors pas exclure que

²¹ § 175.

²² § 159.

²³ § 175.

²⁴ § 162.

²⁵ § 162.

²⁶ § 162.

²⁷ § 177.

²⁸ § 176.

²⁹ « Les informations [...] doivent généralement répondre à un critère d'intérêt public ».

des informations puissent également devoir être divulguées dans l'intérêt – non exclusivement – privé sur le fondement de l'article 10 CEDH. Elle a toutefois explicitement fixé – on vient de le montrer – une limite au-delà de laquelle le droit d'accès ne saurait plus être reconnu : celle du voyeurisme et du sensationnalisme.

[Rz 21] Nous relevons tout de même que ce deuxième critère peut être difficile à mettre en œuvre en pratique vu que les autorités et les tribunaux chargés de trancher une demande d'accès doivent se prononcer avant de savoir quel sera l'usage que fera ensuite le requérant des documents reçus. Même si ce dernier a indiqué l'usage prévu, les autorités et les tribunaux n'ont guère de moyen de s'assurer que ces indications sont correctes et seront respectées.

2.3.2.4. Le rôle sociétal particulier du demandeur : un critère d'appréciation très large

[Rz 22] Le troisième critère a trait au rôle de la personne sollicitant les informations. Comme la participation au débat d'intérêt public est au cœur de l'argumentaire de la Cour³⁰, celle-ci estime nécessaire de protéger tout particulièrement ceux qui ont pour mission de nourrir ce débat. Le demandeur doit jouer un « rôle particulier de 'réception et de communication' au public des informations »³¹. Sont visés principalement les journalistes, mais aussi les autres personnes chargées de veiller au respect du débat démocratique (les « 'chiens de garde' sociaux » ou « publics » selon la traduction littérale, peu heureuse, de *public watchdog*³²) que sont les ONG actives sur des thèmes d'intérêt public³³. Pour la Cour, journalistes et ONG ont un besoin accru d'accéder à des informations précises et fiables « pour remplir leur rôle d'information sur les sujets d'intérêts publics »³⁴. Les en priver risque de réduire leur efficacité et, donc, de nuire à la qualité du débat public.

[Rz 23] En l'occurrence, l'ONG requérante était spécialisée dans la défense des droits de l'homme, de sorte qu'elle satisfaisait à l'évidence au critère dégagé par la Cour.

[Rz 24] La Cour est cependant consciente des inconvénients qu'il y aurait à limiter le droit d'accès aux informations aux journalistes et à certaines ONG. C'est pourquoi elle ajoute que « cela ne signifie pas, toutefois, que le droit d'accès à l'information doive s'appliquer exclusivement aux ONG et à la presse »³⁵. Au contraire, certains groupes peuvent se voir reconnaître un statut similaire, notamment « les chercheurs universitaires et les auteurs d'ouvrage portant sur des sujets d'intérêt public »³⁶. Elle va même plus loin et observe que « la fonction des blogueurs et des utilisateurs populaires des médias sociaux peut aussi être assimilée à celle de chien de garde public' »³⁷.

[Rz 25] Ce « rôle particulier de réception et de communication' » exercé par le demandeur dans le débat public n'est à notre avis qu'un *critère d'appréciation*. La Cour ne le dépeint en effet pas

³⁰ Pour la Cour (§ 164), ce critère est « une conséquence logique des deux » précédents.

³¹ § 164.

³² § 164 ss.

³³ § 164.

³⁴ § 167.

³⁵ § 168.

³⁶ § 168.

³⁷ § 168.

comme une « condition préalable » (comme c'est le cas pour le but de la demande³⁸), puisqu'elle écrit : ce « rôle particulier » revêt « une importance particulière »³⁹, tandis que celui de sentinelle dans le débat démocratique est décrit comme une « considération importante »⁴⁰.

[Rz 26] La Cour, en laissant « la porte ouverte » à d'autres « chiens de garde sociaux », l'a cependant ouverte si large qu'on ne voit pas très bien qui ne saurait s'y faufiler. En effet, il faut se souvenir qu'au stade de la demande, l'autorité doit se prononcer sur la base des informations que lui fournit le demandeur. Si celui-ci annonce qu'il a besoin des informations pour écrire un billet d'opinion dans un blog ou sur un réseau social, l'autorité saisie pourra difficilement le contredire. De plus, la Cour ne saurait à notre sens exclure sans arbitraire les utilisateurs « populaires » qui s'expriment dans les médias traditionnels⁴¹.

[Rz 27] Aussi, même si l'on comprend que la Cour ait voulu limiter dans une certaine mesure le cercle des bénéficiaires du droit d'accès fondé sur l'article 10 CEDH, les critères précédents risquent d'être difficilement opérationnels en tant que limites effectives. On ne serait dès lors pas étonné que la jurisprudence s'assouplisse dans le futur sur ce point, à l'image de la Convention de Tromsø⁴² qui garantit un accès sans justification (art. 4 al. 1^{er}) et de manière en principe anonyme (art. 4 al. 2).

2.3.2.5. La disponibilité des informations : un critère d'appréciation assorti de limites implicites

[Rz 28] Le dernier critère appelle un examen de la disponibilité des informations sollicitées. Lorsque les informations existent déjà, un droit d'accès peut être d'autant plus facilement reconnu sur la base de l'article 10 CEDH. Tel était le cas en l'espèce. On soulignera aussi que sont visées les informations *détenues* par les autorités ; tant les documents produits par les autorités que reçus par celles-ci tombent donc sous le joug de cette jurisprudence.

[Rz 29] La Cour présente explicitement cette disponibilité comme un *critère d'appréciation* et non comme une condition qui, à défaut d'être remplie, exclurait la reconnaissance du droit :

« Le fait que les informations demandées sont déjà disponibles devrait constituer un critère important dans l'appréciation globale de la question »⁴³.

[Rz 30] Ce faisant, la Cour ne limite pas explicitement le droit d'accès aux seules informations déjà disponibles, laissant ouverte la faculté de demander aux autorités de recueillir des informations qui n'existeraient pas au moment de la demande.

³⁸ § 158.

³⁹ § 164.

⁴⁰ Le but d'informer le public en sa qualité de « chien de garde » est une « considération importante » qui ne s'applique pas « exclusivement aux ONG et à la presse » (§ 168).

⁴¹ Dans leur opinion dissidente (§ 44 et 45), les juges Spano et Kjølbros soulignent le risque de discrimination (« Tout cela conduit à une reconnaissance implicite de deux cercles de sujets de droit : une élite privilégiée jouissant de droits spéciaux d'accès à l'information et les citoyens ordinaires qui sont soumis à un régime général comportant des restrictions plus étendues »).

⁴² Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics (STCE n°205) adoptée à Tromsø le 18 juin 2009, accessible à partir de <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/205>. Cette Convention est largement citée (§ 53) par la Cour dans son chapitre sur les éléments pertinents de droit international et de droit comparé.

⁴³ § 170.

[Rz 31] A première vue, elle pourrait avoir ouvert une boîte de Pandore. Collecter par avance toutes les informations sur tous les sujets est une tâche dantesque, exigeant des ressources en personnel, en temps et en argent dont aucun Etat ne dispose. Les collecter à la requête de chaque demandeur exerçant un « rôle particulier de « réception et de communication » au public des informations » paraît aussi extrêmement ardu. En posant ici un critère d'appréciation plutôt qu'une condition, la Cour n'a certainement pas voulu transformer les administrations publiques en bureaux d'études et d'analyses documentaires. Elle nous paraît uniquement signifier, implicitement, que les autorités ne sauraient refuser une information alors que celle-ci (i) serait disponible avec un minimum d'effort et de bonne volonté ou (ii) n'est pas disponible en raison d'une pratique documentaire inadéquate.

[Rz 32] Cependant, déjà sur le premier point (i), la question est plus complexe qu'il n'y paraît. En effet, des données brutes existent souvent sous forme informatisée. Savoir dans quelle mesure ces données doivent ensuite être réunies dans un support à transmettre au requérant est délicat. Faut-il trancher, comme en droit suisse, en se fondant sur la quantité de travail que cela exige de l'autorité, plus précisément sur la simplicité ou la complexité du traitement informatisé nécessaire⁴⁴ ? Faut-il tenir compte du besoin légitime à disposer de cette information pour exiger que l'autorité nationale fasse le travail nécessaire de collecte ? Et si oui, comment juger de ce besoin légitime ? Un Etat peut facilement se trouver submergé par les demandes tendant à réunir ou produire des données. Chaque ONG considère certainement avoir besoin d'informations pour mener à bien ses tâches. L'Etat peut-il être tenu de soutenir la démarche des sentinelles du débat public en investissant dans le traitement des données brutes ? La Cour n'est pas en position de répondre de manière générale à ces interrogations. A notre avis, l'ampleur de l'effort à fournir par l'administration pour produire un document doit tenir compte de l'importance de l'intérêt public en jeu, notamment l'intérêt à la liberté d'expression : plus la démarche du requérant vise un objectif important, plus la Cour devrait juger qu'il incombe à l'Etat de consacrer les ressources nécessaires à générer l'information requise.

[Rz 33] Sur le second point (ii), on déduit de la référence de la Cour à sa jurisprudence antérieure que lorsque les difficultés dans la collecte des informations sollicitées tiennent à la mauvaise pratique ou à l'organisation lacunaire de l'autorité saisie, celle-ci doit en assumer la responsabilité⁴⁵, sans en prendre prétexte pour refuser la transparence. Il revient donc à l'Etat l'obligation, positive, de concevoir en amont des méthodes d'ordre administratif et technique notamment pour faciliter la collection d'informations, puis la dissémination de documents⁴⁶. Il serait sinon trop facile d'éluder le droit d'accès en arguant d'une organisation déficiente. Reste qu'en pratique, ici aussi, il n'est pas forcément facile de savoir si l'absence de documents relève d'une mauvaise pratique ou de ressources administratives forcément limitées.

[Rz 34] Nous remarquons par ailleurs que le droit d'accès conféré par la Cour porte sur les « informations », notion plus large que celle de « documents » (sur support physique ou digital)⁴⁷.

⁴⁴ Art. 5 al. 2 LTrans (cf. ci-dessous ch. 3.2.4). Voir aussi l'ATF 142 II 324, l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_14/2016 du 23 juin 2016 (demande tendant à la consultation de l'agenda outlook de l'ancien directeur général d'armasuisse).

⁴⁵ *Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung c. Autriche* du 28 novembre 2013, § 46 (cité in *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, § 169).

⁴⁶ Explicitement dans le même sens, cf. l'obligation pour les Etats de prendre les « mesures appropriées pour [...] gérer efficacement leurs documents de façon à les rendre aisément accessibles » demandée par la Convention de Tromsø ci-dessous (art. 9 let. c).

⁴⁷ Cf. la distinction dans la convention de Tromsø ci-dessous ch. 3.3.2.2.2.

L'arrêt *Magyar Helsinki Bizottság* ne développe pas ce point dans la mesure où, dans le cas d'espèce, le gouvernement hongrois ne niait pas que les informations existaient sur un support et n'avaient pas à être collectées. De plus, la loi hongroise utilisait elle-même le terme « informations » (cf. son article 19 relatif à l'« Accès aux informations d'intérêt public »). Nous suggérons d'interpréter cette notion d'information en nous référant à la Convention de Tromsø mentionnée précédemment⁴⁸. Bien que ce texte ait été ratifié par un nombre insuffisant d'Etats pour entrer en vigueur⁴⁹, nous sommes d'avis qu'il peut contribuer ici à fixer le standard interprétatif pour les questions laissées en suspens par la Cour. Celle-ci, en tant qu'organe du Conseil de l'Europe, ne saurait en effet trop librement s'écarter d'une convention du Conseil de l'Europe, ne fût-elle pas encore ratifiée, au risque de gêner la mise en œuvre de celle-ci le jour où elle entrera en force⁵⁰.

[Rz 35] Or la Convention de Tromsø se limite à accorder l'accès aux « documents publics » (art. 2 al. 1^{er}) définis comme « toutes informations enregistrées sous quelque forme que ce soit » (art. 1^{er} al. 2 let. b) ainsi qu'aux « informations contenues dans un [tel] document » (art. 3 al. 2, 6 al. 2). En d'autres termes, elle exige la présence d'un support physique ou digital. Malgré les termes utilisés dans son arrêt, la Cour de Strasbourg devrait donc probablement restreindre l'objet du droit d'accès aux seuls « documents publics ». Toutefois, dans un souci de prévenir tout excès de formalisme, elle pourrait s'inspirer de la solution de cette même Convention qui invite les Etats à prendre spontanément les « mesures appropriées pour [...] fournir des informations sur les matières ou les activités qui relèvent de leur compétence » (art. 9 let. b).

2.4. La justification de l'ingérence

2.4.1. L'examen d'une justification de l'ingérence dans le droit d'accès garanti par l'article 10 CEDH

[Rz 36] Les quatre critères ou conditions précédents dégagés par la Cour étant à l'évidence remplis dans l'affaire hongroise, le refus d'accorder l'accès constituait bel et bien une ingérence étatique dans le droit d'accès de l'ONG requérante.

[Rz 37] La seconde étape du raisonnement conduit la Cour à examiner si cette ingérence était justifiée, à savoir si elle se fondait sur une base légale suffisante, si elle poursuivait un but légitime et si elle était proportionnée (« nécessaire dans une société démocratique »).

[Rz 38] Les deux premières conditions ne posaient pas problème en l'espèce. D'une part la loi hongroise, telle qu'interprétée par les tribunaux nationaux, excluait l'accès aux documents renfermant des données personnelles ; les avocats commis office (identifiés dans les documents sollicités) n'étant pas considérés, en droit interne, comme chargés d'une mission publique⁵¹. L'ingérence reposait donc sur une base légale valable en droit hongrois. Ensuite, l'exception au droit

⁴⁸ Cf. ci-dessus ch. 2.3.2.4 et note 42.

⁴⁹ La Convention de Tromsø a été signée par 14 Etats, dont 9 l'ont ratifiée. Elle entrera en vigueur lorsqu'elle sera ratifiée par au moins 10 Etats. La Suisse ne l'a pour l'instant pas signée. Source : www.coe.int/fr/web/conventions (site consulté le 30 janvier 2017). Pour une critique du poids à accorder à cette Convention, voir l'opinion dissidente des juges Spano et Kjølbrot (§ 33).

⁵⁰ Cf. par analogie l'obligation faite aux Etats de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur (art. 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969). Voir aussi les explications de la Cour au § 145.

⁵¹ Le point avait donné lieu à des débats nourris devant les juridictions nationales, mais la Cour refuse « de se substituer aux juridictions internes » et donc de revoir l'interprétation du droit hongrois (§ 184).

d'accès prévue dans la loi hongroise visait manifestement la protection de la vie privée d'individus, ici les avocats concernés ; le but était donc légitime.

[Rz 39] Il restait dès lors à examiner si l'ingérence était nécessaire, c'est-à-dire si elle satisfaisait un « besoin social impérieux » au vu de l'ensemble des circonstances⁵². Même si l'Etat hongrois attaqué jouissait d'une marge d'appréciation, la Cour devait vérifier si celui-ci pouvait faire valoir des motifs « pertinents et suffisants »⁵³.

[Rz 40] La Cour attache une importance décisive à la circonstance que la loi hongroise litigieuse interdisait toute pesée des intérêts en présence et aboutissait *nécessairement et automatiquement* au refus de remettre des documents divulguant des données personnelles d'individus⁵⁴. En d'autres termes, le droit hongrois excluait *a priori* la prise en considération de l'article 10 CEDH. Que la divulgation de « données à caractère personnel » ait causé ou non une atteinte effective à la sphère privée d'individus, le résultat restait le même. C'est donc ce schématisme empêchant d'emblée la pesée des intérêts qui a déplu à la Cour et qu'elle a censuré. L'Etat hongrois avait l'obligation de procéder ou de faire procéder à une « appréciation sérieuse » du respect du droit d'accès et à un « contrôle minutieux » de la restriction à ce droit :

« le droit hongrois pertinent [...] excluait toute appréciation sérieuse du respect du droit de la requérante à la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention. Or, dans le cas d'espèce, toute restriction à la démarche de l'intéressée visant à publier l'étude en question [...] aurait dû faire l'objet d'un contrôle minutieux »⁵⁵.

[Rz 41] En résumé, la liberté d'expression au sens de l'article 10 CEDH doit selon nous être considérée comme violée dans les trois situations suivantes où l'Etat rejette la demande d'accès :

- lorsque l'accès ne porte atteinte à aucun intérêt légitime, public ou privé ;
- lorsque l'accès porte certes atteinte à un intérêt légitime, mais jugé non prépondérant ;
- lorsque l'accès porte atteinte à un intérêt légitime, sans que sa pertinence par rapport à l'intérêt à la liberté d'expression n'ait été dûment évaluée.

[Rz 42] La Cour renonce à effectuer ici une mise en balance des différents intérêts en présence, car elle ne discerne aucune atteinte à la protection de la sphère privée des avocats. Certes, elle reconnaît l'importance du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 CEDH mais relativise la portée. Bien que les documents sollicités par l'ONG aient renfermé le nom de chaque avocat commis d'office (c'est-à-dire des données personnelles), la portée à attribuer à l'article 8 dépend, selon la Cour, du contexte. A cet égard, elle attache une grande importance au degré de confidentialité auquel la personne concernée pouvait raisonnablement s'attendre, en particulier lorsque celle-ci est intervenue dans l'espace public⁵⁶. Or la divulgation en cause portait sur « la conduite d'activités professionnelles [par des avocats nommés d'office] dans le cadre de procédures publiques. En ce sens, [ces] activités professionnelles [...] ne peuvent être considérées comme une question privée. De plus, les informations recherchées n'avaient pas trait aux actions ou aux décisions de ces avocats dans le cadre de l'accomplissement de leur tâche de conseil ju-

⁵² § 187.

⁵³ § 187.

⁵⁴ § 199.

⁵⁵ § 199.

⁵⁶ § 193 à 195

ridique ni à leurs consultations avec leurs clients ». ⁵⁷ Les avocats concernés n'avaient donc pas d'attente légitime de confidentialité, tant en ce qui concerne leur nom que le nombre d'affaires où ils avaient été nommés. Ces informations étaient quasiment accessibles à celui qui voulait se donner la peine de compulser les registres publics des procédures judiciaires ⁵⁸. Finalement, le gouvernement hongrois n'avait pas invoqué une atteinte concrète au droit au respect de la vie privée de ces avocats (en cas de remise des documents) ⁵⁹.

[Rz 43] Au vu des circonstances, la Cour estime que l'article 8 CEDH garantissant le respect de la vie privée ne trouve même pas application :

« les intérêts invoqués par le Gouvernement, qui se réfère à l'article 8 de la Convention, ne sont pas d'une nature et d'un degré propres à justifier l'application de cette disposition et leur mise en balance avec le droit de la requérante découlant du paragraphe 1 de l'article 10 » ⁶⁰.

[Rz 44] Elle ajoute plus loin :

« il n'y aurait pas eu d'atteinte au droit au respect privé des avocats commis d'office si la demande d'information de la requérante avait été acceptée. Même s'il est vrai que cette demande concernait des données à caractère personnel, elle ne portait pas sur des informations se trouvant hors du domaine public » ⁶¹.

[Rz 45] Pour ces motifs, la Cour conclut que, quand bien même les motifs invoqués par l'Etat hongrois étaient pertinents et légitimes, ils n'étaient pas suffisants pour refuser la demande :

« nonobstant la marge d'appréciation de l'Etat défendeur, [il] n'y avait pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre la mesure litigieuse et le but légitime poursuivi » ⁶².

[Rz 46] Il en découle une violation de l'article 10 CEDH ⁶³.

⁵⁷ § 194.

⁵⁸ Si l'ONG avait réellement pu « se donner la peine de compulser les registres publics des procédures judiciaires », on peut penser qu'elle l'aurait fait d'emblée, plutôt que de mener un long combat judiciaire. Si elle ne l'a pas fait, c'est vraisemblablement parce que ces registres sont difficiles à compulser, par exemple parce qu'ils ne sont pas informatisés.

⁵⁹ « Le Gouvernement n'a pas démontré que la divulgation des informations [...] eût pu porter atteinte à la jouissance par les avocats concernés de leur droit au respect de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention. » (§ 194).

⁶⁰ § 196.

⁶¹ § 198.

⁶² § 200.

⁶³ La Cour semble vouloir interposer une étape supplémentaire, puisque, après avoir écarté l'application de l'article 8 CEDH, elle écrit : « [n]éanmoins, l'article 10 ne garantit pas une liberté d'expression illimitée [...], la protection des intérêts privés des avocats commis d'office constitue un but légitime permettant de restreindre la liberté d'expression en vertu du paragraphe 2 de cet article. Ainsi, la question essentielle à trancher est celle de savoir si les moyens employés pour protéger ces intérêts étaient proportionnés au but visé » (§ 198). Cependant, elle répond de manière fort brève à sa propre question en réitérant l'importance du problème soulevé par l'ONG au regard du débat d'intérêt public et en regrettant une nouvelle fois l'application automatique de l'exclusion en droit hongrois. Cette étape ne nous semble dès lors pas décisive.

2.4.2. La critique de l'absence d'atteinte à la vie privée au sens de l'article 8 CEDH

[Rz 47] Si nous ne contestons pas le résultat auquel parvient la Cour, nous estimons hautement critiquable le fait qu'elle n'ait discerné aucune atteinte à la protection de la sphère privée des avocats en question. En accord avec l'analyse fouillée des juges allemande et suisse dans leur opinion concordante⁶⁴, nous estimons que l'article 8 CEDH aurait dû trouver application. S'il s'agit bel et bien, comme l'admet au demeurant la Cour⁶⁵, de données personnelles (les avocats étaient directement identifiés), nous estimons qu'elles portent potentiellement atteinte à leur vie privée. En effet, le rapport de l'ONG allait mettre en lumière de possibles conflits d'intérêts, voire des irrégularités, peut-être même des soupçons de corruption en lien avec l'autorité étatique chargée de désigner les avocats. En outre, les avocats, même nommés d'office, n'ont pas de statut de fonctionnaires, de sorte qu'ils peuvent légitimement s'attendre à un degré de protection de leur sphère privée plus ample. Plus généralement, le critère des attentes légitimes de confidentialité invoqué par la Cour aurait dû être utilisé au stade de la pesée des intérêts respectifs, et non pour écarter l'application de l'article 8 CEDH.

[Rz 48] Si nous estimons qu'une pesée des intérêts aurait dû avoir lieu, nous sommes néanmoins conscients des difficultés à la mettre en œuvre au stade d'une demande d'accès. Les autorités et les tribunaux doivent en effet se prononcer avant de savoir quel sera l'usage concrètement fait des documents une fois remis. Ils doivent de surcroît se déterminer en se fiant essentiellement aux dires du requérant, qui sont difficilement vérifiables, surtout lorsque la procédure se veut rapide et simple.

3. La portée en droit suisse

3.1. Un poids accru en faveur de la transparence dans les pesées d'intérêts

[Rz 49] L'arrêt *Magyar Helsinki Bizottság* modifie profondément la philosophie sous-tendant la coordination des intérêts divergents dans la législation fédérale relative à la transparence, que ce soit en lien avec le droit à la protection de la sphère privée ou en rapport avec les autres intérêts faisant exception au droit d'accès.

[Rz 50] En effet, à la différence d'un certain nombre de cantons⁶⁶, et bien qu'une partie de la doctrine ait suggéré de déduire le droit d'accès de la liberté d'expression ancrée à l'article 16 de la Constitution fédérale (Cst.)⁶⁷, le législateur fédéral a introduit ce droit en 2006 sans le fonder explicitement sur un droit fondamental⁶⁸. Dès lors, en cas de refus d'accès, tout particulièrement s'agissant d'un refus fondé sur le droit à la vie privée, l'autorité fédérale n'avait jusqu'à présent pas à coordonner deux principes de même niveau constitutionnel pour trouver la solution adéquate ;

⁶⁴ *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, Opinion concordante commune aux juges Nussberger et Keller, § 7 ss.

⁶⁵ § 192 à 194.

⁶⁶ FLÜCKIGER ALEXANDRE / HÄNNI DOMINIQUE, La transparence en matière d'activités accessoires dans les hautes écoles en Suisse, in : Jusletter 3 octobre 2016, Rz 79.

⁶⁷ Cf. par exemple HERTIG RANDALL MAYA, *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Bâle 2015, art. 16, N 28 ss ; MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, *Droit administratif : Les fondements*, Vol. 1, 3^{ème} éd., Berne, 2012, p. 944.

⁶⁸ La LTrans se fonde sur les compétences résiduelles de l'Assemblée fédérale (art. 173 al. 2 Cst.) selon le message du Conseil fédéral (FF2003 1807, 1879). Les juges minoritaires soulignent dans leur opinion dissidente que la plupart des Etats qui ont légiféré en matière de droit d'accès l'ont fait sans lui attribuer un rang constitutionnel (§ 33).

elle devait uniquement apprécier la restriction à la protection de la sphère privée à l'aune des conditions de l'article 36 Cst. (base légale, intérêt public, proportionnalité)⁶⁹. Dorénavant, l'arrêt *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie* hisse le droit d'accès au même rang que les autres droits fondamentaux, lui conférant un poids et une portée qu'il n'avait pas jusqu'alors.

[Rz 51] Nous en discutons les conséquences dans les sections suivantes.

3.2. L'interprétation des critères de reconnaissance d'un droit d'accès aux informations

[Rz 52] Nous reprenons successivement dans cette section chacun des quatre critères ou conditions dégagés par la Grande chambre pour en analyser les conséquences en droit suisse.

3.2.1. La contribution nécessaire à l'exercice de la liberté d'expression

[Rz 53] Nous avons vu que la Cour ne reconnaît un droit d'accès aux informations détenues par l'Etat qu'à la condition que celles-ci soient « réellement nécessaires à l'exercice de la liberté d'expression »⁷⁰. Le demandeur doit avoir pour but d'« exercer sa liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées »⁷¹ (dans le respect de la bonne foi et, pour les journalistes plus particulièrement, des principes déontologiques professionnels⁷²).

[Rz 54] Cette exigence ne pose pas de problème particulier en droit suisse pour les collectivités assujetties au principe de transparence, car la *Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration* (Loi sur la transparence, LTrans)⁷³ va au-delà des exigences posées par la jurisprudence *Magyar Helsinki Bizottság*, en accordant le droit d'accès à toute personne, quel que soit l'intérêt qui la meut. L'administration ne peut même pas exiger du requérant qu'il indique les motifs de sa démarche, ni s'enquérir du « genre d'utilisation – commerciale ou non – qu'il prévoit de faire de l'information »⁷⁴. La demande n'a pas à être motivée (art. 7 al. 1 de l'Ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration [Ordonnance sur la transparence, OTrans]⁷⁵); la simple curiosité suffit⁷⁶.

[Rz 55] Le même principe prévaut généralement dans la plupart des cantons ayant adopté une loi sur l'accès aux documents officiels⁷⁷, même si une minorité, dont Appenzell Rhodes Intérieures, subordonne totalement ou en partie l'accès aux documents de l'Etat à un intérêt légitime⁷⁸.

⁶⁹ FLÜCKIGER ALEXANDRE, « Le conflit entre le principe de transparence et la protection de la sphère privée », *Medialex* 2003, p. 225 ss, 226.

⁷⁰ § 159.

⁷¹ § 158.

⁷² § 159.

⁷³ RS 152.3.

⁷⁴ FF2003 1807, 1844.

⁷⁵ RS 152.31.

⁷⁶ MOOR /FLÜCKIGER /MARTENET 2012 (note 67), p. 959.

⁷⁷ Flückiger Alexandre, « La transparence des administrations fédérales et cantonales à l'épreuve de la Convention d'Aarhus sur le droit d'accès à l'information environnementale », *Le droit de l'environnement dans la pratique* (DEP), 2009, p. 761.

⁷⁸ Le droit d'accès est restreint par la législation d'Appenzell Rhodes-Extérieures aux personnes qui ont un *intérêt légitime* (art. 9 Gesetz über Information und Akteneinsicht vom 28. April 1996, RS/AR 133.1). Un intérêt légitime

[Rz 56] En exception à ce principe d'accès généralisé, d'autres lois fédérales spéciales font dépendre l'accès à un *type précis* de document de la justification d'un intérêt. Par exemple, l'art. 970 al. 1^{er} CC exige que celui qui souhaite accéder à un extrait du registre foncier fasse « valoir un intérêt ».

[Rz 57] Dorénavant, ces lois fédérales ou cantonales qui exigent un intérêt particulier pour accéder à des documents devront être interprétées conformément à la jurisprudence de la Cour européenne. Les autorités d'Appenzell Rhodes Intérieures devront ainsi admettre que le requérant dont la demande est mue par une volonté de communiquer des informations d'intérêt public satisfait à la condition de l'intérêt légitime.

3.2.2. La nature d'intérêt public des informations requises

[Rz 58] Le deuxième élément avancé par la Cour pour fonder un droit d'accès tient à l'intérêt public des informations recherchées, étant rappelé que la demande voyeuriste ou sensationnaliste en particulier n'est pas protégée par l'article 10 CEDH⁷⁹.

[Rz 59] La LTrans ne pose pas cette condition. Sur la base de celle-ci, même un document dénué de tout intérêt peut être obtenu, puisque la loi admet la simple curiosité du demandeur⁸⁰. Certes, celle-ci contient des exceptions qui se rattachent à la nature du document requis, mais ces exceptions sont sans rapport avec le degré d'intérêt public du document. De nouveau, la loi fédérale est plus généreuse pour les requérants que la jurisprudence *Magyar Helsinki Bizottság*. Aucune adaptation n'est donc nécessaire.

[Rz 60] Dans les cantons, la même conclusion devrait prévaloir.

3.2.3. Le rôle sociétal particulier dans le débat public exercé par le demandeur

[Rz 61] Nous avons vu que la Cour exige que la personne sollicitant les documents joue un « rôle particulier de 'réception et de communication' au public des informations »⁸¹. Elle reconnaît que le fait d'exercer une fonction sociétale de sentinelle publique est un critère d'appréciation en faveur de la titularité du droit d'accès.

[Rz 62] Sur le principe, ce point n'appelle pas d'adaptation du droit fédéral, car la LTrans est déjà plus généreuse. Celle-ci confère le droit d'accès à quiconque (« toute personne » physique ou morale, suisse ou étrangère, mineure ou majeure)⁸². Cette absence d'un quelconque motif justificatif pour accéder à une information détenue par l'Etat est d'ailleurs une caractéristique centrale des législations sur la transparence. Elle découle logiquement de l'absence de conditions posées quant à la personne du demandeur, qui n'a en principe pas besoin de dévoiler son identité

est exigé dans certains cantons si la demande requiert un effort particulier de la part de l'administration (SO : art. 12 al. 2 Informations- und Datenschutzgesetz, RS/SO 114.1) ou est disproportionné (ZH : art. 25 al. 2 Gesetz über die Information und den Datenschutz, RS/ZH 170.4) ou si la loi spéciale l'exige (BE : art. 9 al 2 Ordonnance sur l'information du public, RS/BE 107.111).

⁷⁹ Cf. ci-dessus ch. 2.3.2.3.

⁸⁰ Cf. ci-dessus ch. 3.2.1.

⁸¹ *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, § 164. Cf. ci-dessus ch. 2.3.2.5.

⁸² FF2003 1807, 1843.

en droit fédéral⁸³. Elle permet en effet de garantir le principe de l'égalité en matière d'accès (*access to one, access to all*)⁸⁴. Les lois cantonales sur la transparence de l'administration ont en principe fait le même choix⁸⁵.

[Rz 63] On notera toutefois que la LTrans contient une disposition spéciale (art. 10 al. 4 let. a LTrans; art. 9 OTrans) qui favorise les « médias », en diminuant, voire en les exonérant, des émoluments normalement perçus. Le Tribunal fédéral a admis que l'intérêt public à l'accès des médias aux documents officiels dans leur rôle de sentinelles appelait ce traitement particulier⁸⁶. Comme la Cour semble placer sur un pied d'égalité les journalistes et ONG agissant dans l'intérêt public, on peut se demander si les secondes devraient bénéficier du même traitement de faveur que les premiers. La même question se pose aussi pour les autres sentinelles du débat public, notamment les chercheurs universitaires.

[Rz 64] A notre avis, la question des émoluments doit être appréciée comme une possible ingérence dans le droit garanti par l'article 10 CEDH. Le fait que l'administration exige le paiement d'émoluments très élevés pour accorder l'accès à des documents peut avoir les mêmes effets pratiques qu'un refus d'accès. Un demandeur confronté à une telle situation pourrait donc se plaindre d'une ingérence et les tribunaux devraient alors trancher si l'Etat peut faire valoir des motifs suffisants pour fixer des émoluments pareillement élevés; ces motifs devraient tenir dûment compte de l'intérêt public de la démarche du requérant. En ce sens, la différence d'émoluments en faveur des médias en droit fédéral ne nous paraît pas violer d'emblée la jurisprudence *Magyar Helsinki Bizottság*, pour autant que les autres personnes exerçant ce même rôle sociétal de sentinelle publique, en particulier les ONG, bénéficient au cas par cas de faveurs identiques.

3.2.4. La disponibilité des informations

[Rz 65] Comme expliqué plus haut⁸⁷, la Grande chambre considère comme pertinent le degré de disponibilité des informations sollicitées : plus l'information est aisément accessible – ou devrait l'être – pour l'autorité publique, plus celle-ci doit être tenue de la fournir⁸⁸.

[Rz 66] En Suisse, la LTrans est construite sur le modèle du document disponible⁸⁹ ou aisément disponible; le législateur admet que si le document n'existe pas, l'autorité est néanmoins obligée

⁸³ Un exemple d'exception qui confirme la règle : en cas de consultation des documents sur place, l'identité du demandeur peut être vérifiée à l'entrée des bâtiments de l'autorité (art. 4 al. 3 OTrans).

⁸⁴ Selon l'art. 2 OTrans, « [l]'accès accordé à une personne doit être accordé dans la même mesure à tout autre demandeur ».

⁸⁵ En droit cantonal, cf. Flückiger 2009 (note 77), p. 759 ss. On rappellera que, dans un premier temps, le Tribunal administratif genevois avait exclu par interprétation les personnes morales du terme de « toute personne ». La loi uranaise réserve ce droit aux majeurs (art. 6 al. 1 *Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der kantonalen Verwaltung*, RS/UR 2.2711).

⁸⁶ ATF 139 I 114, c. 4.3 s.

⁸⁷ Cf. ci-dessus ch. 2.3.2.5.

⁸⁸ Pour un exemple d'affaires où les documents requis ont été refusés, notamment au motif de la charge de travail que leur préparation aurait requise, voir la décision de la Commission dans *Friedrich Weber c. Allemagne*, no. 70287/11, du 6 janvier 2015.

⁸⁹ Droit d'accès aux seuls documents officiels, définis comme toute information qui a été enregistrée sur un quelconque support (art. 5 al. 1 let. a LTrans) complété par le droit d'obtenir des renseignements sur leur contenu (art. 6 al. 1 LTrans; art. 3 al. 1 OTrans).

de le produire si celui-ci peut être facilement établi par un traitement informatisé⁹⁰. Sur ce point, la loi fédérale nous paraît compatible avec la jurisprudence strasbourgeoise⁹¹.

3.3. Portée en droit suisse de la justification de l'ingérence dans le droit d'accès aux informations

3.3.1. Introduction

[Rz 67] Comme exposé plus haut, une ingérence dans un droit protégé par la CEDH doit, pour être admissible, reposer sur une base légale, viser un but légitime et être proportionnée. Nous examinons ci-après si cette étape du raisonnement de la Cour appelle des révisions du droit suisse ou de son interprétation. Comme dans la section précédente, nous utilisons la Convention de Tromsø comme aide à l'interprétation.

3.3.2. La base légale de la non-divulgateion

3.3.2.1. Une base légale pour renverser le principe du secret

[Rz 68] En vertu de l'arrêt *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, les demandeurs exerçant un rôle sociétal particulier jouissent d'un droit d'accès fondé directement sur l'article 10 CEDH sous réserve d'un intérêt prépondérant opposé. C'est très certainement l'effet le plus marquant de l'arrêt pour les ordres juridiques nationaux qui connaissent toujours le principe du secret de l'administration. Cette jurisprudence emporte désormais un renversement du secret en faveur de la transparence pour les demandeurs exerçant un rôle de sentinelle publique : à défaut d'atteinte à un intérêt prépondérant justifiant le secret et ancré dans une loi nationale, tout document doit leur être accessible sauf à violer l'article 10 CEDH.

[Rz 69] La Cour affirme que la « grande majorité des Etats contractants » connaît un tel droit d'accès⁹². Une minorité d'entre eux devra tout de même adopter ce principe de transparence par défaut, du moins pour les catégories de demandeurs titulaires de ce nouveau droit.

[Rz 70] La situation en Suisse n'est pas non plus uniforme. En effet, un tiers des cantons ne connaît pas encore le principe de transparence ou ne le connaît qu'en partie⁹³. Le droit suisse n'étant dorénavant plus entièrement compatible avec l'article 10 CEDH, les législateurs cantonaux récalcitrants devront se mettre à l'ouvrage, en adoptant leur propre loi cantonale sur la transparence.

[Rz 71] La situation n'est pas non plus très claire par rapport aux autorités intercantionales, car les concordats les régissant laissent ouverte la question de l'accès aux documents⁹⁴. Dorénavant les cantons n'auront plus la possibilité de conclure une convention intercantonale soustrayant du champ d'application de la transparence les organes créés par cette dernière. Il ne sera plus non

⁹⁰ « Les documents pouvant être établis par un traitement informatisé simple » (art. 5 al. 2 LTrans).

⁹¹ Nous examinerons plus bas la question de la différence entre information et document (cf. ch. 3.3.2.2.2).

⁹² La Cour (§ 64 et 139) dénombre 31 Etats du Conseil de l'Europe qui ont introduit dans leur législation un droit d'accès, et n'en cite qu'un seul – le Luxembourg – qui n'en a pas, mais ne décrit pas la situation légale dans les 13 Etats restants.

⁹³ Cf. FLÜCKIGER/HÄNNI 2016 (note 66), N° 80.

⁹⁴ FLÜCKIGER/HÄNNI 2016 (note 66), ch. 3.4.1.2., avec une proposition sur la manière de procéder pour déterminer le droit applicable relatif à la transparence administrative.

plus admissible d'interpréter les lacunes concordataires sur ce point de la transparence comme excluant le droit d'accès aux documents⁹⁵.

3.3.2.2. La base légale définissant le champ d'application

3.3.2.2.1. Les autorités assujetties (champ d'application personnel)

[Rz 72] La nouvelle jurisprudence de la Cour vise les informations détenues par l'« Etat »⁹⁶ ou, plus précisément, par une « autorité publique »⁹⁷. La Cour ne précise pas si les organes législatifs, les autorités judiciaires ou les personnes physiques ou morales accomplissant des fonctions publiques sont visées, en plus des autorités exécutives⁹⁸. Dans leur opinion dissidente, les juges islandais et danois critiquent d'ailleurs ce point⁹⁹.

[Rz 73] A la lecture de la jurisprudence, on peut supposer que la Cour avait en tête une définition élargie de la notion d'autorité publique. Elle cite en effet à l'appui de son arrêt une affaire dans laquelle une ONG a demandé de prendre connaissance du contenu de la saisine de la Cour constitutionnelle hongroise faite par un parlementaire¹⁰⁰.

[Rz 74] La Convention de Tromsø va dans le même sens. Son champ d'application s'étend aux organes législatifs et judiciaires *dans leurs fonctions administratives* ainsi qu'aux personnes physiques ou morales qui exercent une autorité administrative :

« On entend par « autorités publiques » : 1 le gouvernement et l'administration aux niveaux national, régional et local ; 2 les organes législatifs et les autorités judiciaires dans la mesure où ils accomplissent des fonctions administratives selon le droit national ; 3 les personnes physiques ou morales, dans la mesure où elles exercent une autorité administrative » (art. 1^{er} al. 2 let. a Convention de Tromsø).

[Rz 75] En droit fédéral, la LTrans s'applique à toutes les autorités administratives fédérales. Elle vise explicitement les administrations de l'exécutif (art. 2 al. 1^{er} let. a LTrans) et du parlement (art. 2 al. 1^{er} let. c LTrans) ; elle s'applique par renvoi analogique à l'administration du Tribunal fédéral (art. 28 LTF). La loi sur la transparence s'applique également aux organismes et personnes de droit public ou de droit privé qui y sont extérieurs, pour autant qu'ils disposent d'une compétence normative ou décisionnelle (art. 2 al. 1^{er} let. b LTrans).

⁹⁵ Cf. l'exemple de l'accès aux documents détenus par l'autorité intercantonale d'homologation de nouveaux jeux et de surveillance pour les loteries et paris (Commission intercantonale des loteries et des paris [Comlot]) où le préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PPDPT) a jugé que la disposition sur l'application supplétive du droit fédéral était bien lacunaire s'agissant de la transparence (art. 11 de la convention intercantonale du 7 janvier 2005 sur la surveillance, l'autorisation et la répartition du bénéfice de loteries et paris exploités sur le plan intercantonal ou sur l'ensemble de la Suisse [CILP]) mais que cette lacune ne devait pas être comprise comme un silence qualifié (Recommandation du PPDPT du 20 octobre 2015 [Comlot/ Documents concernant la Loterie Euro-Millions], N 16 ss.). La Commission de recours instituée par le concordat sur les loteries et les paris (CR/CILP) a suivi ce raisonnement en admettant l'application de la LTrans à titre de droit cantonal supplétif (jugement final du 19 septembre 16, c. 3.4 et 4).

⁹⁶ Cf. par exemple § 157.

⁹⁷ Cf. par exemple § 158.

⁹⁸ Au § 64, la Cour relève « que dans la plupart des Etats membres le droit d'accès à l'information et/ou aux documents [n'est] pas limité aux documents détenus par le pouvoir exécutif mais [s'étend] aux informations et/ou aux documents détenus par le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire et même par des entreprises publiques et des organes privés exerçant des missions publiques ou bénéficiant de financements publics importants ».

⁹⁹ § 42.

¹⁰⁰ *Társaság a Szabadságjogokért c. Hongrie* du 14 avril (cité in *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, § 132).

[Rz 76] Le droit fédéral devrait donc être conforme sur ce point à la jurisprudence conventionnelle.

[Rz 77] En revanche, dans la mesure où la LTrans exclut de son champ d'application certaines autorités (art. 2 al. 2 LTrans)¹⁰¹ et permet au Conseil fédéral d'en exclure d'autres (art. 2 al. 3 LTrans), le droit fédéral n'est plus conforme. Les documents que ces autorités détiennent ne pourront dès lors bénéficier d'exceptions qu'au cas par cas, c'est-à-dire en pesant les intérêts en présence, selon les règles ordinaires de la LTrans.

3.3.2.2.2. Les informations visées et leur nature (champ d'application matériel)

[Rz 78] Dans l'arrêt *Magyar Helsinki Bizottság*, le droit d'accès porte sur les « informations », notion plus large que celle de « documents ». Or la LTrans confère l'accès aux seuls « documents » officiels, définis comme toute information qui a été enregistrée sur un quelconque support (art. 5 al. 1 let. a LTrans), complété par le droit d'obtenir des renseignements sur leur contenu (art. 6 al. 1^{er} LTrans ; art. 3 al. 1 OTrans). De simples renseignements, à fournir par exemple oralement, restent donc hors du champ d'application du droit d'accès s'ils ne visent pas le contenu de « documents »¹⁰².

[Rz 79] Cependant, comme déjà expliqué plus haut, nous pensons que la notion d'« informations » devra à l'avenir être comprise à l'aune de la Convention de Tromsø, appréciée comme aide interprétative¹⁰³. Or cette Convention, à l'instar de la LTrans, fait porter le droit d'accès sur les documents (indépendamment de leur support), et non sur les simples informations¹⁰⁴. Le droit suisse et les législations cantonales similaires devraient donc à notre avis être jugée compatibles¹⁰⁵.

[Rz 80] La Cour ne se prononce pas sur la question de la nature (administrative, juridictionnelle ou législative) de telles informations. La LTrans ne s'applique à l'administration du Parlement¹⁰⁶ et au Tribunal fédéral que dans la mesure où ce dernier « exécute des tâches concernant son administration ou la surveillance sur le Tribunal administratif fédéral et sur le Tribunal pénal fédéral »¹⁰⁷. Cette exclusion devrait rester admissible dans le futur si l'on accepte de se baser sur la Convention de Tromsø. Celle-ci ne fait qu'autoriser les parties, sans les y obliger, à étendre le champ d'application du droit d'accès aux activités autres qu'administratives des organes législatifs ou judiciaires (art. 1^{er} al. 2 let. a ch. ii). Nous partons donc de l'idée que le droit fédéral est conforme à l'article 10 CEDH sur ce point.

[Rz 81] Cela n'empêchera toutefois pas les plaideurs de porter devant la Cour de Strasbourg des affaires portant sur le refus par les autorités judiciaires ou parlementaires de reconnaître la nature *administrative* d'un document afin d'en justifier le secret. Il n'est donc pas à exclure que la jurisprudence du Tribunal fédéral – qui a notamment admis, de manière discutable à notre avis, le secret sur la constitution de ses différentes cours, au motif qu'il s'agirait d'un acte organisationnel

¹⁰¹ Sont ainsi exclues la Banque nationale suisse et l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers.

¹⁰² « Toute personne a le droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités » (art. 6 al. 1^{er} LTrans).

¹⁰³ Cf. ci-dessus ch.2.3.2.4.

¹⁰⁴ Art. 2 *cum* art. 1^{er} al. 2 let. b de la Convention de Tromsø. Cf. ci-dessus ch. 2.3.2.5.

¹⁰⁵ Les lois peuvent comprendre dans leur champ d'application les informations, les documents ou les renseignements. Pour une typologie des cantons avec des exemples, cf. Flückiger 2009 (note 77), p. 757.

¹⁰⁶ Services du Parlement : art. 2 al. 1^{er} let. c LTrans.

¹⁰⁷ Art. 28 Loi sur le Tribunal fédéral (LTE, RS 173.110).

lié à la jurisprudence¹⁰⁸, ou le secret sur le montant des indemnités journalières versées à un juge, au motif que leur divulgation risquerait de mettre en cause l'indépendance du tribunal¹⁰⁹ – puisse être jugé contraire à l'article 10 CEDH dans le futur¹¹⁰.

[Rz 82] Enfin, il ne sera pas loisible au législateur d'exclure du champ d'application de la LTrans certaines catégories de documents. La proposition du Conseil fédéral d'exclure l'ensemble des documents liés aux procédures d'adjudication dans le cadre de la révision du message relatif à la modification de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP)¹¹¹ est donc contraire à l'article 10 CEDH.

3.3.2.2.3. L'ancienneté des documents (champ d'application temporel)

[Rz 83] Le droit fédéral limite le champ d'application de la LTrans aux seuls documents produits ou reçus par les autorités après l'entrée en vigueur de celle-ci, soit le 1^{er} juillet 2006 (art. 23 LTrans). Bien que la Cour ne se soit pas exprimée sur ce point, cette limitation ne trouve aucune justification à notre sens du point de vue de la liberté d'expression¹¹². De plus, sur le fond, l'écoulement du temps devrait souvent conduire à accorder l'accès pour les documents anciens dans le cadre de la pesée des intérêts¹¹³.

[Rz 84] Le droit suisse devrait donc être revu sur ce point.

3.3.3. Le but légitime en faveur de la non-divulgence

[Rz 85] Comme déjà expliqué, la Cour a confirmé que le but avancé par l'Etat hongrois pour justifier la non-divulgence, à savoir la protection de la vie privée, était en soi légitime¹¹⁴. Plus généralement, n'importe quel droit fondamental, voire même des intérêts infra-constitutionnels ou infra-conventionnels, peuvent constituer un motif légitime.

[Rz 86] La LTrans – à l'instar de toutes les lois sur la transparence en droit comparé international¹¹⁵ ou intercantonal¹¹⁶ – contient une liste d'intérêts standards décrits de manière juridiquement indéterminée susceptibles de conduire au rejet d'une demande d'accès¹¹⁷. On y trouve tant des intérêts publics au secret (atteinte notable au processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité ; empêchement de l'exécution de mesures concrètes prises par une autorité ; compromission de la sûreté intérieure ou extérieure, des intérêts en matière de politique

¹⁰⁸ ATF 133 II 209 (218).

¹⁰⁹ ATF 137 I 1 (7).

¹¹⁰ Sur ces exemples, cf. MOOR /FLÜCKIGER /MARTENET 2012 (note 67), p. 957.

¹¹¹ PREPOSE FEDERAL A LA PROTECTION DES DONNEES ET A LA TRANSPARENCE, communiqué du 16 février 2017 (www.admin.ch > documentation > communiqués).

¹¹² Sur ce même raisonnement en rapport avec la (non-)conformité de la LTrans avec la Convention d'Aarhus, cf. FLÜCKIGER 2009 (note 77), p. 770.

¹¹³ La Convention de Tromsø demande à ce propos aux Etats parties d'examiner « la possibilité de fixer des délais au-delà desquels les limitations mentionnées au paragraphe 1 [=liste des intérêts au secret admissibles] ne s'appliquent plus. » (art. 3 al. 3).

¹¹⁴ § 186.

¹¹⁵ En droit hongrois, cf. l'article 19 de la loi sur les données et la transparence traduit sous *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, § 32.

¹¹⁶ FLÜCKIGER 2009 (note 77), p. 775 ss.

¹¹⁷ Cf. ci-dessous ch. 3.3.4.3.

extérieure et des relations internationales, des relations confédérales, des intérêts de la politique économique ou monétaire¹¹⁸) que privés (révélation de secrets professionnels, d'affaires, de fabrication ou d'informations de tiers subordonnées à une clause de confidentialité; atteinte à la sphère privée de tiers¹¹⁹). L'ensemble de ces intérêts apparaissent à notre sens comme légitimes. Le droit suisse est sur ce point compatible avec la jurisprudence de la Cour.

3.3.4. La proportionnalité de la non-divulgence (examen de la nécessité de la mesure)

3.3.4.1. La nécessité d'une pesée des intérêts

[Rz 87] Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité (le refus du droit d'accès doit être « nécessaire dans une société démocratique »¹²⁰), la Cour impartit aux Etats l'obligation de procéder à une « appréciation sérieuse » du respect du droit d'accès aux informations et à un « contrôle minutieux » de la restriction à ce droit¹²¹.

[Rz 88] De cette argumentation, nous déduisons l'exigence de procéder à une mise en balance des intérêts en faveur de la transparence avec l'ensemble des intérêts en faveur du secret, y compris la protection de la vie privée¹²². Les juges islandais et danois l'expriment explicitement dans leur opinion dissidente :

« Une fois reconnu sur la base de l'article 10, le droit d'accès devra en général être mis en balance avec le droit à la non-divulgence relevant de la protection de la vie privée garantie par l'article 8 de la Convention lorsque les informations sollicitées revêtent un caractère personnel, ou bien, dans d'autres situations, avec des considérations d'intérêt public sous l'angle de l'article 10 § 2 »¹²³.

[Rz 89] De même, les juges allemande et suisse soutiennent clairement ce point de vue dans leur opinion concordante s'agissant de la protection des données personnelles¹²⁴. Cette interprétation va par ailleurs dans le sens du droit du Conseil de l'Europe, la Convention de Tromsø prévoyant également une mise en balance de tous les intérêts au secret, dont l'intérêt au respect de la vie privée¹²⁵.

[Rz 90] Lorsqu'aucun intérêt opposé à la transparence n'est touché, l'exigence de pesée tombe évidemment. Tel était le cas dans l'affaire *Magyar Helsinki Bizottság*, puisque la Cour a estimé – à notre avis à tort¹²⁶ – que le fait de communiquer le nom des avocats d'office et le nombre de fois où ils avaient été commis d'office ne constituait pas une atteinte à leur sphère privée au sens de

¹¹⁸ Art. 7 al. 1^{er} let. a à f LTrans.

¹¹⁹ Art. 7 al. al. 1^{er} let. g et h et al. 2 LTrans.

¹²⁰ § 187 ss.

¹²¹ § 199. Cf. ci-dessus ch. 2.4.1.

¹²² Sur l'exigence d'une pesée entre l'article 8 CEDH et l'article 10 CEDH, cf. § 196 *a contrario*.

¹²³ § 39.

¹²⁴ § 10.

¹²⁵ « L'accès aux informations contenues dans un document public peut être refusé si leur divulgation porte ou est susceptible de porter préjudice à l'un ou à l'autre des intérêts mentionnés au paragraphe 1, à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation. » (art. 3 al. 2).

¹²⁶ Cf. ci-dessus ch. 20.4.2.

l'article 8 CEDH. Dès lors aucune mise en balance avec le droit d'accès garanti par l'article 10 al. 1 CEDH n'était nécessaire¹²⁷.

3.3.4.2. La conventionalité de la LTrans en présence d'une atteinte à la sphère privée de tiers

[Rz 91] Lorsque la divulgation de documents risque de porter atteinte à la sphère privée de personnes physiques ou morales, la LTrans comporte d'ores et déjà un mécanisme de pesée des intérêts conforme à la nouvelle jurisprudence européenne. Elle exige en effet une recherche des intérêts en présence, une appréciation de l'atteinte escomptée, suivie d'une pesée des intérêts opposés.

[Rz 92] La simple présence de données personnelles dans un document officiel – *sans atteinte* à la protection de la sphère privée – ne suffit pas, à elle seule, à empêcher la divulgation. Certes la LTrans demande leur anonymisation préalable, mais dans la mesure du possible seulement (art. 9 al. 1^{er} LTrans)¹²⁸. L'anonymisation n'est pas nécessaire en cas de consentement explicite ou implicite de la personne concernée (art. 19 al. 1^{er} let. b LPD *cum* art. 9 al. 2 LTrans)¹²⁹ de même qu'en présence de données publiquement accessibles (art. 19 al. 1^{er} let. c LPD *cum* art. 9 al. 2 LTrans ; art. 6 al. 3 LTrans ; art. 3 al. 2 OTrans)¹³⁰. Il faut donc au moins une *atteinte* possible à la sphère privée de tiers pour que la pesée s'enclenche (art. 7 al. 2 LTrans ; art 6 OTrans).

[Rz 93] Une fois cette atteinte rendue vraisemblable, le droit fédéral exige que l'autorité procède à la mise en balance des intérêts en présence. Ainsi, même en cas d'*atteinte avérée* à la protection de la sphère privée, le droit fédéral prévoit une *contre-exception* en faveur de la transparence en présence d'un intérêt public prépondérant (art. 7 al. 2 *i.f.* LTrans ; art. 9 al. 2 LTrans *cum* art. 19 LPD)¹³¹. Le document doit ainsi être rendu public chaque fois que la pesée d'intérêts favorise le droit d'accès¹³².

[Rz 94] Sur le *fond* de l'opération de pesée, on peut penser que les balances effectuées à l'avenir en droit fédéral accorderont un poids plus grand à la transparence puisque le droit d'accès est désormais hissé au niveau d'un droit fondamental¹³³.

[Rz 95] On trouve des systèmes analogues, et donc compatibles, dans les droits cantonaux consacrant un droit d'accès, par exemple à Genève ou à Zurich¹³⁴.

¹²⁷ § 196.

¹²⁸ La souplesse de la formulation rend à notre avis cette exigence conventionnellement conforme : des données personnelles qui ne porteraient pas atteinte à la sphère privée (c'est l'hypothèse de l'affaire commentée) n'ont pas obligatoirement à être caviardées en droit fédéral, mais seulement « si possible ».

¹²⁹ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3609/2010 du 17 février 2011, c. 4.3.

¹³⁰ FLÜCKIGER/HÄNNI 2016 (note 66), ch. 5.2.3. De surcroît, l'anonymisation est parfois d'emblée impossible lorsque le requérant cherche précisément des informations sur une personne dont il connaît déjà l'identité.

¹³¹ FLÜCKIGER/HÄNNI 2016 (note 66), ch. 5.2.4.

¹³² FLÜCKIGER ALEXANDRE, in : Brunner Stephan/Mader Luzius (éd.), *Handkommentar Öffentlichkeitsgesetz : Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004*, Berne 2008, art. 9, N. 47.

¹³³ Cf. ci-dessus ch. 3.1.

¹³⁴ Cf. à Genève (par exemple Cour de Justice, ATA/154/2016 du 23 février 2016, c. 4a, citant ATA/758/2015 du 28 juillet 2015 ; ATA/767/2014 du 30 septembre 2014) ou à Zurich (TA/ZH, arrêt VB.2015.00536 du 16 décembre 2015, c. 4.2.4).

3.3.4.3. L'anticonventionnalité de la LTrans en présence d'une atteinte à d'autres intérêts que la protection de la sphère privée de tiers

[Rz 96] Même si la Cour n'avait pas à se prononcer sur ce point (seul l'intérêt au respect de la vie privée avait été avancé par l'Etat hongrois), une pesée des intérêts est nécessaire également lorsque la divulgation risque de porter atteinte à d'autres intérêts que la protection des données personnelles. Comme nous le mettons en évidence dans cette sous-section, cette exigence s'avère problématique en droit suisse.

[Rz 97] Ce problème a d'ailleurs été anticipé par les juges islandais et danois dans leur opinion dissidente. Ceux-ci écrivent que les Etats membres se verront contraints à « peut-être modifier fondamentalement leurs législations internes relatives à la liberté d'information »¹³⁵ puisque « ces exercices de mise en balance ne coexisteront pas nécessairement de manière harmonieuse avec les normes internes prévoyant des restrictions absolues à l'accès public aux documents dans des domaines comme la sécurité nationale, le maintien de l'ordre ou la protection des données »¹³⁶. En effet, un certain nombre de pays, à l'instar de la Suisse, ont prévu dans leurs lois nationales des interdictions absolues d'accès¹³⁷.

[Rz 98] La LTrans prévoit ainsi six cas d'intérêts publics et deux d'intérêts privés justifiant le secret d'un document en raison du préjudice qu'un accès pourrait causer (art. 7 al. 1^{er} let. a à h LTrans), et ce sans que les autorités ne disposent d'une contre-exception qui leur permettrait d'accorder néanmoins l'accès après une balance d'intérêts (sur le modèle de la contre-exception lorsque la sphère privée est touchée prévue à l'art. 7 al. 2 LTrans). En d'autres termes, en cas de préjudice effectivement porté à l'un de ces huit intérêts publics ou privés au secret, l'exception au principe de transparence s'applique. *A contrario*, si aucun préjudice n'est présent, l'exception ne s'applique pas. Par exemple, dans le cas d'une atteinte au secret d'affaires d'une entreprise, il faut que la divulgation entraîne un préjudice vraisemblable, et non pas simplement théorique¹³⁸.

[Rz 99] En doctrine, cette approche législative est qualifiée de « test du préjudice » (*harm test*)¹³⁹. Il s'agit du modèle suivi par la plupart des législations nationales sur la transparence. Le législateur pose tout d'abord le principe du droit d'accès aux informations détenues par les autorités, puis dresse dans une liste une série de différentes notions (plus ou moins indéterminées) qui, si elles sont applicables au cas d'espèce, s'opposent à la divulgation. Derrière ces notions se cachent différents intérêts et buts légitimes justifiant le secret. En dressant de telles listes d'exceptions, le législateur statue sur diverses situations de conflit possible avec le principe de transparence, en tranchant de manière anticipée la pesée entre intérêts divergents. D'un point de vue méthodologique, les autorités d'application n'ont pas à formellement soupeser les intérêts en présence dans chaque cas. Il leur suffit d'interpréter, pour chaque document demandé, la notion mentionnée dans la liste et déterminer si celle-ci s'applique au cas particulier. De telles exemptions

¹³⁵ § 41.

¹³⁶ § 39.

¹³⁷ Les juges islandais et danois considèrent impératif de « comprendre la nature et la structure de la grande majorité des législations relatives à la liberté d'information en vigueur dans les Etats membres. Les restrictions d'accès prévues par le droit interne peuvent être absolues ou conditionnelles » (§ 39).

¹³⁸ Sur la portée de l'exception concernant les secrets d'affaires, voir JUNOD VALERIE, « L'exception des secrets commerciaux dans la Trans », in : Pasquier Martial (éd.), *Le principe de transparence en Suisse et dans le monde*, Lausanne 2013, p. 255–279.

¹³⁹ FLÜCKIGER 2003 (note 69), p. 227 s ; COMMISSION EUROPÉENNE, *Analyse comparative des législations des Etats membres en matière d'accès aux documents*, Bruxelles 10 août 2000 (SG.B.2/VJ/CD D(2000) 545158), p. 6.

de la transparence sont qualifiées d'absolues¹⁴⁰, dans la mesure où, interprétées à la lettre, elles n'exigent pas de balance des intérêts :

« La finalité de cette disposition est de garantir un niveau accru de protection pour certains intérêts publics ou privés, compte tenu de leur importance particulière dans un ordre juridique donné. Par conséquent, l'autorité publique n'a pas de pouvoir discrétionnaire en la matière. Aucune mise en balance ne peut être réalisée, l'intérêt protégé étant placé, sur une échelle abstraite des intérêts élaborée par le législateur, au-dessus de l'intérêt public de la transparence. Lorsque l'autorité publique est certaine que la divulgation des informations demandées nuirait à l'intérêt protégé par l'exemption, la confidentialité prévaut »¹⁴¹.

[Rz 100] Le législateur a ainsi « pré-qualifié » de prépondérants les différents éléments qui fondent les exceptions énoncées dans la loi. Par exemple, en inscrivant comme exception à l'accès la révélation de secrets professionnels, le législateur signale que le secret professionnel, de l'avocat ou du médecin, doit l'emporter sur le principe de transparence, pour autant toutefois que la divulgation y porte effectivement préjudice. A l'inverse, si le législateur omet sciemment d'inscrire dans la liste des exceptions un intérêt déterminé, il signifie aux autorités que cet intérêt n'est jamais susceptible de l'emporter sur celui de la transparence. Par exemple, en droit fédéral, le législateur a refusé d'admettre dans la liste d'exceptions une atteinte mineure au processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité : il exige au contraire une atteinte notable pour que les autorités puissent s'opposer à la communication d'un document (art. 7 al. 1^{er} let. a LTrans).

[Rz 101] Le Tribunal administratif fédéral a interprété les exceptions de l'art. 7 al. 1^{er} LTrans dans le sens d'exceptions absolues, répétant à de multiples reprises qu'aucune pesée n'était à effectuer lorsque les conditions de l'exception étaient réalisées :

« La loi procède par avance à la pesée d'intérêts en cause, dans la mesure où elle énumère de manière exhaustive les différents cas où les intérêts publics ou privés apparaissent prépondérants [...]. En effet, avec le renversement de paradigme introduit par la LTrans et la présomption légale générale en faveur de la divulgation, il ne revient pas à l'autorité de déterminer – comme elle l'a souvent fait dans sa motivation – le poids relatif à accorder à l'intérêt public à la transparence s'agissant de secrets d'affaires, étant entendu que d'une part, l'accès aux documents n'est subordonné à aucun intérêt et que, d'autre part, la loi a déjà procédé à une pesée des intérêts et érigé à l'art. 7 al. 1 LTrans la liste exhaustive des motifs d'exclusion de l'accès à certaines données. Ainsi, soit les informations tombent sous ces motifs, soit elles doivent être dévoilées. Ce n'est qu'en présence de données personnelles que l'intérêt public à la transparence est mis en balance avec l'intérêt à la protection de la sphère privée »¹⁴².

¹⁴⁰ PARLEMENT EUROPEEN – DIRECTION GENERALE DES POLITIQUES INTERNES, *Pratiques nationales concernant l'accessibilité des documents judiciaires*, Bruxelles 2013, ch. 2.4.2.

¹⁴¹ *Ibidem*, ch. 2.4.2.

¹⁴² Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3621/2014 du 2 septembre 2015, consid. 4.2.1 puis 5.2.2. Voir auparavant A-700/2015, consid. 4.2 : « [d]ie privaten oder öffentlichen Interessen, welche eine Geheimhaltung rechtfertigen können, müssen das (öffentliche) Interesse am Zugang beziehungsweise an der Transparenz überwiegen. Das Gesetz nimmt die entsprechende Interessenabwägung selber vorweg, indem es in abschliessender Weise die verschiedenen Fälle überwie-

[Rz 102] En d'autres termes, à teneur de cette jurisprudence, lorsque les conditions de l'article 7 al. 1^{er} let. a à h LTrans sont remplies, le refus de la demande d'accès doit être automatique ; le demandeur ne peut pas faire valoir son objectif de contribuer au débat d'intérêt public afin de faire peser la balance en sa faveur. Ni l'autorité, ni le juge en cas de recours, ne tiennent compte de tels intérêts. Cette jurisprudence a des conséquences pratiques non négligeables¹⁴³.

[Rz 103] Le Tribunal administratif fédéral fonde cette interprétation en premier lieu sur une approche littérale, à savoir la différence de formulation utilisée à l'alinéa 1 et à l'alinéa 2 de l'article 7 LTrans (passage explicite au second membre de phrase de l'alinéa 2 : « à moins qu'un intérêt public à la transparence ne soit exceptionnellement jugé prépondérant »). Pour le surplus, il s'appuie sur le Message du Conseil fédéral accompagnant le projet de loi¹⁴⁴.

[Rz 104] A ce jour, le Tribunal fédéral ne s'est pas exprimé sur ce point et n'a donc ni confirmé, ni infirmé la position du Tribunal administratif fédéral. Certes, il rattache le droit d'accès aux documents étatiques au droit à la liberté d'expression, tout particulièrement à la liberté des médias :

« [d]er Öffentlichkeitsgrundsatz dient der Transparenz der Verwaltung und soll das Vertrauen der Bürger in die staatlichen Institutionen und ihr Funktionieren fördern ; er bildet zudem eine wesentliche Voraussetzung für eine sinnvolle demokratische Mitwirkung am politischen Entscheidungsprozess und für eine wirksame Kontrolle der staatlichen Behörden. Das Transparenzgebot trägt zudem bei zur Verwirklichung der Informationsfreiheit (Art. 16 BV) sowie zur Verwaltungsmodernisierung. [...] Soweit wie hier die Medien Zugang zu behördlichen Informationen suchen, um sie später zu verarbeiten und zu verbreiten, dient das Transparenzgebot schliesslich zumindest indirekt auch der Verwirklichung der Medienfreiheit ».¹⁴⁵

[Rz 105] Certains de ses arrêts laissent à penser qu'il y aurait place pour une pesée des intérêts en présence des situations où une exception de l'art. 7 al. 1 LTrans serait *a priori* applicable. Le Tribunal fédéral demande en effet dans plusieurs arrêts que la relation entre principe d'accès et exception conduisant au refus d'accès soit évaluée au cas par cas, en tenant compte notamment du but de la norme exigeant le secret, des intérêts en présence, de la position et de la fonction des

gender öffentlicher oder privater Interessen aufzählt (COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in : *Handkommentar BGÖ*, Art. 7 N. 3) ». Cf. aussi arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3443/2010, consid. 3.2 ; A-3631/2009, consid.2.2 ; A-3122/2014, consid. 4.2 ; A-1177/2014, consid. 4.2 ; A-1156/2011, consid. 6 ; A-2434/2013, consid. 8.1.

¹⁴³ « Am häufigsten verweigern die Behörden den Zugang ganz oder teilweise in Bezugnahme auf Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ (Geschäftsgeheimnisse) und wenn Personendaten betroffen sind (Art. 9 BGÖ) » (HUEGLI EVELINE / FÉRAUD MARIUS, *Evaluation des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung [BGÖ]*, Schlussbericht, Berne, 2014, p. 78).

¹⁴⁴ FF 2003 1849 (mise en évidence par les auteurs) : « L'intérêt privé ou public susceptible de justifier le secret doit toujours être prépondérant par rapport à l'intérêt public à l'accès ou à la transparence. Les intérêts en présence doivent donc être évalués de manière très minutieuse. Le projet effectue lui-même cette pesée des intérêts puisqu'il énumère de manière exhaustive les différents cas d'intérêts publics ou privés prépondérants. Il suffit donc qu'il y ait une certaine probabilité que l'accès à un document officiel porte atteinte à un intérêt énuméré à l'art. 7, al. 1 et 2, pour que la prépondérance de l'intérêt au secret sur celui à la transparence soit admise. En vertu de l'al. 2, l'autorité dispose néanmoins d'une importante marge de manoeuvre dans la mesure où elle peut exceptionnellement accorder le droit d'accès malgré la menace que celui-ci représente pour la sphère privée d'un tiers si elle considère que l'intérêt public à la transparence est prépondérant. En résumé, on peut dire que l'autorité doit, pour chaque demande, (1) déterminer si le document demandé est un document officiel, (2) examiner si une disposition légale spéciale précisant, autorisant, restreignant ou refusant l'accès s'applique, (3), déterminer si le document demandé tombe sous le coup de l'art. 8, (4) rechercher s'il existe un intérêt public ou privé prépondérant au maintien du secret, (5) apprécier, le cas échéant, si l'accès doit être restreint, différé, refusé ou, exceptionnellement, assorti de charges ou de conditions ». La formulation ambiguë, en particulier au point (4), prête à discussion.

¹⁴⁵ ATF 142 II 313, arrêt du Tribunal fédéral 1C_296/2015 du 18 mai 2016, consid. 3.1, parenthèses omises, notre mise en évidence ; passage analogue dans l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_122/2015 rendu le même jour, consid. 2.1.

personnes concernées, du contexte dans lequel les informations ont été obtenues et de la nature des informations en cause. Parmi ces circonstances, l'une d'elle mérite une mention particulière, à savoir l'existence, selon les cas, d'un intérêt public particulier en faveur de la transparence (« *das Vorliegen eines besonderen Informationsinteresses der Öffentlichkeit* ») :

« Nach Art. 7 BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten unter bestimmten Voraussetzungen eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert. Die Bestimmung enthält dazu eine Reihe von Ausnahmetatbeständen. Das Verhältnis des Transparenzgebots gemäss dem Öffentlichkeitsgesetz zu solchen besonderen Vertraulichkeitsregeln lässt sich nicht generell festlegen, sondern ist von Fall zu Fall zu ermitteln. Entscheidend ist dafür der Sinngehalt der divergierenden Normen, für den wiederum wesentlich auf deren Zweck zurückzugreifen ist. Abzuwägen sind die sich gegenüberstehenden Interessen im Einzelfall. Massgebliche Kriterien sind etwa : die Funktion oder Stellung der betroffenen Person, die Umstände der ursprünglichen Informationsbeschaffung, der Vertrauensschutz, die Art der betroffenen Daten, das Vorliegen eines besonderen Informationsinteresses der Öffentlichkeit, der Schutz spezifischer öffentlicher Interessen, die Natur der Beziehung zwischen der Verwaltung und dem betroffenen Dritten sowie die Bedeutung der fraglichen Thematik »¹⁴⁶.

[Rz 106] Le Tribunal exige également que soit apprécié, dans chaque cas où une exception au principe d'accès entre en ligne de compte, si l'intérêt au secret doit prévaloir sur l'intérêt à la transparence (« *ob die Interessen an der Geheimhaltung das Transparenzinteresse überwiegen* »). Il rattache cette exigence au principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.).

« Liegt ein Ausnahmetatbestand vor, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Interessen an der Geheimhaltung das Transparenzinteresse überwiegen oder ob gegebenenfalls, in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV), ein eingeschränkter Zugang in Frage kommt, etwa durch Anonymisierung, Einschwärzen, Teilveröffentlichung oder zeitlichen Aufschub [...]. Einen Grundsatz, wonach im Zweifel dem Öffentlichkeitsprinzip der Vorrang einzuräumen ist, gibt es genauso wenig wie das umgekehrte Prinzip. Vielmehr ist für jeden einschlägigen Ausnahmetatbestand im Einzelfall anhand der dargelegten Verhältnismässigkeitsprüfung abzuwägen, ob der Transparenz oder der Vertraulichkeit Nachachtung zu verschaffen ist »¹⁴⁷.

[Rz 107] Dans l'arrêt dont est extrait le passage précité, la pesée des intérêts est effectuée de manière superficielle, mais le Tribunal y relève tout de même que l'autorité saisie avait fourni cer-

¹⁴⁶ ATF 142 II 313, arrêt du Tribunal fédéral 1C_296/2015 du 18 mai 2016, où la demande portait sur le nombre de demandes d'entraide en matière fiscale par pays, sans soulever le moindre enjeu de protection des données personnelles. Voir aussi le passage pratiquement identique de l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_122/2015 du 18 mai 2016, où, de nouveau, la demande portait sur des documents officiels du Service de renseignement de la Confédération, lesquels ne contenaient pas de données personnelles. Voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_50/2015 du 2 décembre 2015 au consid. 2.4, où des données personnelles étaient en jeu.

¹⁴⁷ *Ibid.*

taines informations de sorte que le besoin de transparence était en partie satisfait¹⁴⁸. Un second arrêt rendu le même jour renferme un considérant analogue :

« [i]m Übrigen wurde dem Beschwerdeführer die verlangte Information nicht überhaupt verweigert, sondern es wurde ihm eine Grössenordnung der Anzahl Partnerdienste mitgeteilt, die ihm eine Einschätzung der möglichen Vernetzung erlaubt. Das wird den im Spiel stehenden Interessen gerecht und erweist sich als verhältnismässig »¹⁴⁹.

[Rz 108] Dans l'ensemble, les rares arrêts rendus par le Tribunal fédéral en application de l'art. 7 al. 1^{er} LTrans ne permettent pas à notre avis de dégager une conclusion claire. Certes, ils mentionnent une pesée des intérêts, mais cette dernière n'a pas donné lieu à une mise en uvre particulièrement méticuleuse. A titre de comparaison, les arrêts qui appliquent l'art. 7 al. 2 LTrans (protection des données personnelles) procèdent à une pesée – un peu – plus approfondie¹⁵⁰.

[Rz 109] En conclusion, le droit fédéral tel qu'interprété par le Tribunal administratif fédéral n'est à notre avis pas conforme avec le droit d'accès garanti désormais par l'article 10 CEDH. Pour y remédier, deux solutions s'offrent aux autorités : la révision de la loi ou l'interprétation conforme par le juge.

[Rz 110] Si l'on veut réviser la loi, il suffit de suivre le modèle recommandé par le Conseil de l'Europe¹⁵¹ : étendre le champ d'application de la contre-exception au test du préjudice de l'article 7 al. 2 LTrans à l'ensemble des cas visés à l'article 7 al. 1^{er} LTrans. Les autorités pourront alors mettre en balance un intérêt public supérieur à la transparence non déterminé précisément, même si elles ont auparavant conclu à l'atteinte d'un intérêt protégé par la loi. Le procédé du test du préjudice ne conduit plus dans ce cas à des exemptions absolues mais seulement relatives.

[Rz 111] A notre avis pourtant, une interprétation conforme à l'arrêt *Magyar Helsinki Bizottság* est possible sans devoir réviser la LTrans. En effet, cette dernière n'exclut pas explicitement la pesée des intérêts. Comme l'a par ailleurs admis le Tribunal fédéral, le principe de la proportionnalité exige déjà une prise en compte de toutes les circonstances, y compris les intérêts prépondérants à la transparence¹⁵². Dès lors, il suffit que les autorités et les tribunaux appliquent par analogie la contre-exception de l'article 7 al. 2, 2^e partie LTrans à l'ensemble des exceptions visées à l'article 7 al. 1^{er} LTrans.

¹⁴⁸ Au considérant 4.4.3, le Tribunal fédéral écrit : « *Schliesslich ist zu beachten, dass die Steuerverwaltung dem Beschwerdeführer nicht etwa gar keine Informationen gegeben hat. Vielmehr hat sie ihm mit Mail vom 4. April 2014 die Gesamtzahl der der Schweiz jeweils in den Jahren 2011 bis 2013 gestellten Amtshilfegesuche mitgeteilt und dabei in der entsprechenden Reihenfolge die vier Staaten ausdrücklich genannt, die in dieser Zeitperiode die meisten Einzelgesuche eingereicht hatten. Ebenfalls ergingen Äusserungen zur Bedeutung der USA als Amtshilfegesuchsteller mit der Erläuterung, weshalb sich die entsprechenden Gruppengesuche nicht ohne weiteres mit der Anzahl von Einzelgesuchen der anderen vier genannten Staaten vergleichen liessen. Die Steuerverwaltung hat damit zwar nicht die vom Beschwerdeführer verlangten detaillierten Angaben gemacht, ist dem Transparenzgebot aber doch in allgemeinerer Form teilweise nachgekommen* ».

¹⁴⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_122/2015 du 18 mai 2016, consid. 3.3.3.

¹⁵⁰ Voir l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_74/2015 du 2 décembre 2015 (documents du Fonds national suisse portant sur l'évaluation d'une demande de financement) ; l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_50/2015 du 2 décembre 2015 (documents portant sur l'identité des principales entreprises privées ayant reçu des marchés publics) ; l'ATF 142 II 340 (1C_137/2006) du 23 juin 2016 (documents de Swissmedic portant sur l'identité des experts des entreprises pharmaceutiques).

¹⁵¹ Art. IV al. 2 *i.f.* de la Recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à l'accès aux documents officiels du 12 février 2002. La Convention de Tromsø reprend ce même modèle : « L'accès aux informations contenues dans un document public peut être refusé si leur divulgation porte ou est susceptible de porter préjudice à l'un ou à l'autre des intérêts [[X ou Y mentionnés dans la disposition prescrivant le test du préjudice], à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation » (art. 3 al. 2).

¹⁵² Voir les références citées à la note 145.

3.3.4.4. La conventionalité des règles spéciales de secret

[Rz 112] Les ordres juridiques sont clairsemés de règles spéciales de secret ou de transparence visant des informations ou *documents spécifiques*, laissant une liberté d'appréciation plus ou moins limitée aux autorités d'application¹⁵³. Dans ces cas, le législateur détermine directement le caractère secret ou public d'une telle information¹⁵⁴, pesant lui-même les intérêts antagonistes de manière définitive et anticipée. A la différence de l'approche précédente, ces règles sont indépendantes de tout préjudice ; un document peut donc être qualifié d'inaccessible même si la divulgation ne causerait aucun préjudice dans le cas d'espèce. A titre d'exemple, on peut mentionner le secret des listes de signature en matière de droits populaires :

« Une fois déposées, les listes de signatures ne peuvent être ni restituées ni consultées » (art. 64 al. 2 Loi fédérale sur les droits politiques [LDP])¹⁵⁵.

[Rz 113] La LTrans en connaît également à titre de « cas particuliers » :

« Le droit d'accès n'est pas reconnu pour les documents officiels afférents à la procédure de co-rapport » (art. 8 al. 1^{er} LTrans).

[Rz 114] Les restrictions d'accès de ce type sont en principe absolues. Par ce procédé, le législateur a définitivement qualifié de non-divulguable le document en cause ; l'accès ne dépend alors plus des circonstances concrètes et de la configuration des intérêts en présence à un moment donné.

[Rz 115] Même si l'arrêt *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie* n'évoque pas cet enjeu, il ne saurait à notre avis condamner par principe l'adoption de règles spéciales visant des documents spécifiques dans des cas de figure précisément déterminés. De telles règles permettent en effet de corriger deux défauts majeurs tant du mécanisme du test du préjudice que de celui réclamé par la Cour. Ceux-ci, en mêlant application de notions juridiques indéterminées et pesées d'intérêts, ont pour conséquence d'une part de rendre l'issue de la décision tant administrative que judiciaire hautement imprévisible et, d'autre part, d'augmenter considérablement la durée et le coût de la procédure, particulièrement si l'ordre juridique confère un droit d'être entendu aux tiers dont les droits sont potentiellement atteints par la demande d'accès^{156 157}. De telles exceptions spécifiques sont à notre avis conformes à l'article 10 CEDH si le législateur, au moment de légiférer sur le caractère secret d'un type de document donné dans une configuration déterminée, a bien repéré tous les intérêts en présence et procédé à une « appréciation sérieuse » et à un « contrôle minutieux », en prenant soin d'examiner l'intérêt public à la transparence – à l'instar de ce que

¹⁵³ L'article 4 LTrans réserve les « dispositions spéciales d'autres lois fédérales qui déclarent certaines informations secrètes » ou « qui déclarent certaines informations accessibles, à des conditions dérogeant à la présente loi ». Le rapport entre les règles spéciales et la LTrans est une question d'interprétation (arrêt du Tribunal fédéral 1C_50/2015 du 2 décembre 2015, c. 2.4).

¹⁵⁴ FLÜCKIGER 2003 (note 69), p. 229.

¹⁵⁵ RS 161.1. Cf. ég. art. 71 al. 2 LDP.

¹⁵⁶ FLÜCKIGER 2003 (note 69), p. 229. Sur les coûts parfois exorbitants demandés par l'administration pour garantir le droit d'être entendu, cf. FLÜCKIGER/HÄNNI 2016 (note 66), N. 160, ch. 5.2.4.1 (CHF 200'000 pour une demande de consultation relative aux activités accessoires des fonctionnaires fédéraux).

¹⁵⁷ La solution idéale est probablement la solution suédoise, qui institue le système du test du préjudice au niveau constitutionnel et délègue au législateur le soin de définir des règles fixes très détaillées qualifiant de secrets seulement des types précis de documents clairement décrits (COTTIER BERTIL, *La publicité des documents administratifs*, thèse Lausanne 1982, p. 50 ss.)

la Cour exige pour les autorités d'application¹⁵⁸. Si toutefois un demandeur devait douter de la qualité de cette pesée législative (anticipée), il devrait être en mesure de la faire vérifier devant les tribunaux, au besoin jusque devant la Cour européenne des droits de l'homme. Dès lors tant le droit suisse cantonal que fédéral est a priori conforme à l'article 10 CEDH, étant rappelé que le Tribunal fédéral pourrait refuser d'appliquer de telles règles de secret (même contenues dans une loi fédérale et nonobstant l'article 190 Cst.) s'il devait juger qu'elles violent l'article 10 CEDH¹⁵⁹. [Rz 116] En résumé, les règles spéciales de secret visant des documents spécifiques dans des cas précisément déterminés et qui ne prévoient pas d'exceptions par le biais d'une pesée des intérêts sont à notre avis néanmoins admissibles si (i) le législateur a procédé à une appréciation sérieuse et à un contrôle minutieux de tous les intérêts en présence au moment de leur édicition et (ii) il est possible de les soumettre à un contrôle juridictionnel abstrait ou concret.

[Rz 117] A l'inverse, les règles spéciales de secret qui laissent une large marge d'appréciation aux autorités d'application doivent à notre avis être soumises à l'obligation conventionnelle définie par la Cour de peser les intérêts à la transparence au moment de leur concrétisation par les autorités, même lorsque le texte de loi ne le précise pas. L'article 23 al. 3 let. b de la Loi fédérale sur les marchés publics (LMP)¹⁶⁰ illustre ce cas de figure : « L'adjudicateur ne doit pas fournir de renseignements [...] lorsque leur divulgation [...] porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires [...] ». Pour être conforme à l'article 10 CEDH, l'autorité doit dorénavant peser les intérêts en présence et, si l'intérêt à la transparence l'emporte, doit divulguer le document nonobstant un préjudice aux intérêts commerciaux. La nouvelle jurisprudence de la Cour contraint donc de rajouter par interprétation conforme la réserve suivante : « à moins qu'un intérêt public à la transparence ne soit jugé prépondérant »¹⁶¹.

[Rz 118] Pour être complet, on évoquera également le sort des règles procédurales spéciales empêchant toute pesée d'intérêts. Certains cantons ont ainsi conféré un droit de veto aux tiers dont les données personnelles sont contenues dans les documents demandés¹⁶². Un tel veto empêchant de balancer les intérêts en présence, les cantons connaissant un tel motif devront réviser leur réglementation.

4. Synthèse et conclusion

4.1. Synthèse

[Rz 119] Les conditions de reconnaissance du droit d'accès aux informations détenues par l'Etat sur la base de l'article 10 CEDH peuvent être résumées comme suit (ch. 2.3) :

¹⁵⁸ Cf. ci-dessus ch. 2.4.1.

¹⁵⁹ Sur le contrôle de conventionnalité des lois fédérales, cf. MOOR /FLÜCKIGER /MARTENET 2012 (note 67), p. 364 s et 373s ; AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse : L'Etat*, 3^e éd., vol. I., Berne, 2013, N. 1945.

¹⁶⁰ RS 172.056.1.

¹⁶¹ Cf. arrêt du Tribunal fédéral 1C_50/2015 du 2 décembre 2015, consid. 3.6, où le Tribunal fédéral a procédé à un examen plus poussé de l'intérêt public à la transparence, soulignant les débats actuels autour de possibles irrégularités informatiques, mais dans le cadre de l'art. 23 al. 3 let. a LMP qui mentionne explicitement la contrariété à l'intérêt public.

¹⁶² Cf. FLÜCKIGER 2003 (note 69), p. 230s.

- la liberté d'expression (art. 10 CEDH) confère un droit d'accès aux documents détenus par des autorités publiques à condition que ceux-ci soient nécessaires à la liberté d'expression du demandeur et qu'ils soient généralement d'intérêt public.
- Le demandeur doit exercer un rôle particulier de communication au public des informations. Toutefois, en prenant l'exemple non seulement des journalistes, des ONG et des chercheurs mais également des blogueurs et des utilisateurs populaires des médias sociaux, la Cour ouvre en pratique le droit d'accès à un cercle extrêmement large.
- Les documents doivent en principe être disponibles.

[Rz 120] La reconnaissance d'un tel droit d'accès emporte principalement les conséquences suivantes en droit suisse (ch. 3.3) :

- le droit d'accès est hissé dorénavant au même rang que les autres droits fondamentaux, ce qui lui confère un poids plus important dans les pesées d'intérêt, tant en droit fédéral que dans les cantons qui n'ont pas ancré un tel droit sur le plan constitutionnel (ch. 3.1).
- La Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans) confère un droit d'accès à quiconque. Elle est donc conforme à l'article 10 CEDH sur ce point. La même solution prévaut généralement en droit cantonal (ch. 3.2).
- Un tiers des cantons environ n'accorde pas encore un droit d'accès de principe aux documents détenus par leurs autorités publiques. Ils sont dès lors contraints de légiférer pour introduire le principe de transparence. La situation des autorités intercantionales est également à clarifier (ch. 3.3.2.1).
- Les législateurs tant fédéraux que cantonaux n'auront plus le droit de soustraire certaines autorités du champ d'application des lois sur la transparence. Les informations détenues par celles-ci sont à soumettre au régime général de telles lois (ch. 3.3.2.2.1).
- La limitation du champ d'application de la LTrans aux seuls documents produits ou reçus par les autorités après le 1^{er} juillet 2006 est contraire à l'article 10 CEDH (ch. 3.3.2.2.3).
- Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, l'article 10 CEDH exige de mettre en balance les intérêts en faveur du secret avec les intérêts en faveur de la transparence (ch. 3.3.4.1). La LTrans ne prévoit explicitement cette pesée qu'en cas d'atteinte à la sphère privée (art. 7 al. 2, 2^e partie LTrans) (ch. 3.3.4.2). Elle l'exclut pour les autres intérêts justifiant le secret énumérés aux articles 7 al. 1^{er} let. a à h LTrans. Les autorités doivent désormais appliquer par analogie la contre-exception de l'article 7 al. 2 LTrans à l'ensemble des exceptions visées à l'article 7 al. 1^{er} LTrans (ch. 3.3.4.3).
- Les règles spéciales de secret disséminées dans l'ordre juridique visant des documents spécifiques dans des cas précisément déterminés ne devraient être conformes à l'article 10 CEDH que si le législateur a procédé à une appréciation sérieuse et à un contrôle minutieux de tous les intérêts en présence au moment de leur édicition. Les règles spéciales de secret qui laissent au contraire une large marge d'appréciation aux autorités d'application devraient en revanche rester soumises à l'obligation de peser les intérêts à la transparence au moment de leur concrétisation par les autorités, même si le texte de loi ne le précise pas. Dans les deux cas, le recours contre un refus doit être ouvert devant les tribunaux : dans la première hypothèse contre la norme elle-même, abstraitement ou concrètement ; dans la seconde contre la décision d'application (ch. 3.3.4.4).

4.2. Conclusion

[Rz 121] L'arrêt *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie* est à saluer à double titre, malgré les critiques que nous avons développées à l'égard de l'interprétation ici excessivement étroite d'atteinte à la vie privée.

[Rz 122] D'abord, il reconnaît clairement que la liberté d'expression (art. 10 CEDH) comporte un volet conférant un droit d'accès aux informations détenues auprès des autorités publiques. La liberté d'expression est ainsi un droit à double facette : acquérir et diffuser des informations en constituent les deux aspects étroitement liés.

[Rz 123] En second lieu, cet arrêt est important en ce qu'il subordonne le droit d'accès à une pesée des intérêts en présence dans chaque cas. Plus l'intérêt public poursuivi par le requérant est élevé, plus l'Etat doit faire valoir des motifs importants pour justifier son refus de fournir les documents sollicités. Un refus pour un motif absolu énoncé par une loi nationale n'est en principe plus admissible dans les situations où l'intérêt public à la divulgation prime celui au secret. L'Etat a ainsi l'obligation de procéder à une « appréciation sérieuse » du respect du droit d'accès aux informations et à un « contrôle minutieux » en cas de restriction à ce droit.

[Rz 124] Comme le souligne la Cour, la liberté d'expression est une valeur fondamentale dans une société démocratique, car elle alimente les indispensables débats sur des thèmes d'intérêt public. Pour que ceux-ci soient éclairés, ils doivent se fonder sur une information fiable. Il est de la responsabilité de l'Etat d'en favoriser le bon déroulement en mettant à disposition du public les informations qu'il détient. Dans le climat politique tendu de « post-vérité » qui se propage, la fiabilité des informations que les Etats communiquent aux citoyens est d'une valeur capitale.

Alexandre Flückiger, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

VALÉRIE JUNOD, Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève et à la Faculté des Hautes études commerciales de l'Université de Lausanne.