LA TRANSPARENCE EN MATIÈRE D'ACTIVITÉS ACCESSOIRES DANS LES HAUTES ÉCOLES EN SUISSE

RÉGIMES JURIDIQUES ET DROITS D'ACCÈS

Alexandre FLÜCKIGER et Dominique HÄNNI

Genève - 23 septembre 2016

Genève – 23 septembre 2016

LA TRANSPARENCE EN MATIÈRE D'ACTIVITÉS ACCESSOIRES DANS LES HAUTES ÉCOLES EN SUISSE

RÉGIMES JURIDIQUES ET DROITS D'ACCÈS

Alexandre Flückiger et Dominique Hänni[1]

[1] Professeur et assistante au Département de droit public de la Faculté de droit de l'Université de Genève.

Genève – 23 septembre 2016

SOMMAIRE

Sommaire 4
Table des matières 7
Zusammenfassung 11
Résumé 15
Riassunto 19
Summary 23
Liste des abréviations 27
Liste des actes normatifs abrégés 30
1 Introduction 34
1.1 La problématique des activités accessoires des professeurs des hautes écoles 34
1.2 L'enquête de la radiotélévision suisse alémanique (SRF) 38
1.3 Le plan de recherche 40
2 La réglementation matérielle des activités accessoires des professeurs (transparence à l'égard de l'institution) 42
2.1 Introduction 42
2.2 Les buts 43
2.3 Les notions d'activité accessoire, de liens d'intérêt et de gain accessoire 44
2.4 Le régime juridique applicable aux activités accessoires des professeurs 58
3 La réglementation relative à la transparence à l'égard du public 70
3.1 Introduction 70
3.2 Les buts 71
3.3 Les sources 72
3.4 La loi applicable 78
3.5 Les autorités visées 84
3.6 Les documents visés par la transparence 88
4 Le principe de la transparence et ses exceptions 93
4.1 Le droit d'accès aux documents officiels (« principe de la transparence ») 93
4.2 Les règles spéciales de transparence ou de secret 94
4.3 Les exceptions en faveur du secret dans les législations sur la transparence 104
5 Les exceptions en faveur de la protection de la sphère privée 108

5.1 Introduction 108
5.2 Le mécanisme en présence de données personnelles 108
5.3 Les intérêts en jeu en cas en matière d'activités accessoires 115
5.4 Les critères de pondération en présence de données personnelles 118
5.5 La jurisprudence spécifique relative aux activités accessoires 139
6 Constats et conclusion 144
6.1 Constats 144
6.2 Conclusion 148
7 Bibliographie 150

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire 4
Table des matières 7
Zusammenfassung 11
Résumé 15
Riassunto 19
Summary 23
Liste des abréviations 27
Liste des actes normatifs abrégés 30
1 Introduction 34
1.1 La problématique des activités accessoires des professeurs des hautes écoles 34
1.2 L'enquête de la radiotélévision suisse alémanique (SRF) 38
1.3 Le plan de recherche 40
2 La réglementation matérielle des activités accessoires des professeurs (transparence à l'égard de l'institution) 42
2.1 Introduction 42
2.2 Les buts 43
2.3 Les notions d'activité accessoire, de liens d'intérêt et de gain accessoire 44
2.3.1 La définition de l'activité accessoire 44
2.3.1.1 Des définitions variables selon les ordres juridiques 44
2.3.1.2 Les éléments des définitions 46
2.3.1.3 Les exclusions des définitions 48
2.3.1.4 Les activités accessoires des professeurs de médecine 51
2.3.1.5 Synthèse 52
2.3.2 La délimitation avec les notions connexes de « liens d'intérêts » et de « gain accessoire » 52
2.3.2.1 Les liens d'intérêts 52
2.3.2.2 Le gain accessoire 54
a) En général 54
b) Le gain accessoire issu de la propriété intellectuelle 56
2.3.2.3 Synthèse 57

2.4 Le régime juridique applicable aux activités accessoires des professeurs 58
2.4.1 Le droit des professeurs d'exercer une activité accessoire 58
2.4.2 Les différents régimes 60
2.4.2.1 Le régime libre 60
2.4.2.2 Le régime avec obligation d'annonce 61
2.4.2.3 Le régime d'autorisation 63
2.4.2.4 Le régime d'annonce ou d'autorisation avec rétrocession partielle ou totale du gain 66
2.4.2.5 L'interdiction partielle ou totale des activités accessoires 67
2.4.3 La rémunération pour l'utilisation de l'infrastructure et du personnel 68
2.4.4 Synthèse 69
3 La réglementation relative à la transparence à l'égard du public 70
3.1 Introduction 70
3.2 Les buts 71
3.3 Les sources 72
3.4 La loi applicable 78
3.4.1 Les principes 78
3.4.1.1 Les hautes écoles fédérales et cantonales 78
3.4.1.2 Le cas des hautes écoles intercantonales 79
3.4.2 Les conflits de loi 82
3.5 Les autorités visées 84
3.5.1 En droit fédéral 84
3.5.2 Le cas des hautes écoles 85
3.5.2.1 Les hautes écoles publiques 85
3.5.2.2 Les hautes écoles privées 87
3.6 Les documents visés par la transparence 88
3.6.1 En général 88
3.6.2 Les documents relatifs aux activités accessoires 89
4 Le principe de la transparence et ses exceptions 93
4.1 Le droit d'accès aux documents officiels (« principe de la transparence ») 93
4.2 Les règles spéciales de transparence ou de secret 94
4.2.1 Introduction 94

4.2.2 Les règles spéciales de transparence en matière d'activités accessoires 95
4.2.2.1 Les règles applicables aux membres des pouvoirs exécutifs, législatifs ou judiciaires 95
4.2.2.2 Les règles applicables aux membres des commissions extra-parlementaires fédérales 96
4.2.2.3 Les règles applicables aux membres du conseil d'administration et de la direction d'une société anonyme cotée en bourse 97
4.2.2.4 Les règles applicables aux cadres du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des entreprises et des établissements de la Confédération 98
4.2.2.5 Les règles applicables au personnel des écoles polytechniques fédérales 99
4.2.2.6 Les règles applicables aux hautes écoles cantonales 100
4.3 Les exceptions en faveur du secret dans les législations sur la transparence 104
4.3.1 Le droit fédéral 104
4.3.2 Le droit genevois 106
5 Les exceptions en faveur de la protection de la sphère privée 108
5.1 Introduction 108
5.2 Le mécanisme en présence de données personnelles 108
5.2.1 L'exception de la protection de la sphère privée 108
5.2.2 L'exigence d'anonymisation 109
5.2.3 Le cas du consentement ou des données personnelles publiquement accessibles 110
5.2.4 La publication de données personnelles non anonymisées : une contre-exception en cas d'intérêt public prépondérant 111
5.2.4.1 En droit fédéral 111
5.2.4.2 En droit cantonal 112
5.3 Les intérêts en jeu en cas en matière d'activités accessoires 115
5.3.1 Les intérêts au secret en matière d'activités accessoires 115
5.3.1.1 Les intérêts privés au secret 115
5.3.1.2 Les intérêts publics au secret 116
5.3.2 Les intérêts publics à la transparence en matière d'activités accessoires 117
5.4 Les critères de pondération en présence de données personnelles 118
5.4.1 L'exigence d'un intérêt public prépondérant qualifié 118
5.4.2 Les critères de pondération en rapport avec les activités accessoires 119

5.4.2.1 Introduction 119
5.4.2.2 Les critères de pondération applicables aux activités accessoires en général 120
a) Le caractère sensible des données personnelles 120
b) L'exercice d'une fonction publique, plus spécifiquement élevée 121
c) Le taux d'occupation 123
d) Le caractère régulier ou ponctuel de l'activité 124
e) L'exercice d'une activité accessoire dans un rapport de droit public vs de droit privé 124
f) La nature du régime juridique applicable aux activités accessoires 124
g) L'existence de données personnelles pouvant être découvertes approximativement par déduction 125
5.4.2.3 Les critères de pondération additionnels applicables à la transparence du montant du revenu des activités accessoires 126
a) L'intérêt public à dévoiler son revenu et la nature du régime juridique applicable aux activités accessoires 126
b) La hauteur des sommes en jeu 128
c) Le degré de transparence des rémunérations dans la fonction publique 128
d) Le degré de transparence fiscale 132
e) Le caractère ponctuel des montants versés (analogie avec les indemnités de départ et les honoraires ponctuels) 136
f) Le caractère bénévole de l'activité 138
5.5 La jurisprudence spécifique relative aux activités accessoires 139
6 Constats et conclusion 144
6.1 Constats 144
6.2 Conclusion 148
7 Bibliographie 150

ZUSAMMENFASSUNG

I. Einleitung (ch. 1)

1. Das vorliegende Rechtsgutachten analysiert die **Transparenzvorschriften betreffend Nebenbeschäftigungen der Professoren**[2] **der Hochschulen in der Schweiz**, unter Berücksichtigung des Bundesrechts, der kantonalen Rechte sowie des internationalen Rechts. Dabei wird zwischen der **Transparenz gegenüber der Institution**, d.h. die Regelungen betreffend allfällige Deklarations- bzw. Bewilligungspflichten (materielle Regelung der Nebenbeschäftigungen), und der **Transparenz gegenüber der Öffentlichkeit** unterschieden.

II. Materielle Regelung der Nebenbeschäftigungen (ch. 2)

2. In der Schweiz existiert **keine allgemein anerkannte Definition** des Begriffs der « Nebenbeschäftigung ». Dies trifft auch für die mit dieser Problematik zusammenhängenden Begriffe der « Interessenbindung » und des « Nebenerwerbs » zu. Jede Rechtsordnung verfügt über ihre eigene Definition (ch. 2.3).
3. Die Nebenbeschäftigungen der Professoren sind in den Schweizer Universitäten **unterschiedlich geregelt**. Um in Erfahrung zu bringen, über welche Dokumente eine Universität potenziell verfügt, ist eine Analyse dieser materiellen Regelungen unumgänglich (ch. 2.4).

III. Die Regelung der Transparenz gegenüber der Öffentlichkeit (ch. 3)

4. Die Rechtsordnungen können vorsehen, dass jede Person das Recht auf Zugang zu Informationen betreffend Nebenbeschäftigungen von Professoren hat. Dies geschieht entweder auf Anfrage (**passive Information**, auch « Öf-

[2] Aus Gründen der Vereinfachung wird ausschliesslich die männliche Form verwendet. Personen weiblichen wie männlichen Geschlechts sind darin gleichermassen eingeschlossen.

fentlichkeitsprinzip » genannt) oder durch die allgemeine behördliche Informationstätigkeit (**aktive Information**) (ch. 3.1).

5. Das Öffentlichkeitsprinzip soll es den Bürgern ermöglichen, die Behörden zu **kontrollieren** und dadurch deren **Integrität** erhöhen und zur Stärkung des **Vertrauens** der Bürger in die staatlichen Behörden beitragen (ch. 3.2).
6. Das Öffentlichkeitsprinzip stützt sich sowohl auf das internationale Recht (insbesondere die Aarhus-Konvention), wie auch auf Bundesrecht (insbesondere das BGÖ) und das kantonale Recht (verschiedene kantonale Gesetze in zwei Dritteln der Kantone) (ch. 3.3).
7. Die **Öffentlichkeitsgesetze** gelten für die staatlichen Behörden. Der Geltungsbereich umfasst auch die öffentlichen Hochschulen (ch. 3.5.2.1). Für die Hochschulen auf Bundesebene gilt Bundesrecht ; die kantonalen Hochschulen unterstehen kantonalem Recht (ch. 3.4). Das anwendbare Recht auf interkantonale Hochschulen mit Standorten in verschiedenen Kantonen ist nicht eindeutig bestimmbar und hängt vom Einzelfall ab (ch. 3.4.1.2). Das internationale Recht gewährt hingegen jeder Person direkt ein Recht auf Zugang zu Umweltinformationen (im weiteren Sinne) auf allen Ebenen des Bundesstaates, auch in den Kantonen ohne Öffentlichkeitsprinzip (ch. 3.3).
8. Die **Vielzahl der Rechtsordnungen** kann dazu führen, dass das gleiche Dokument je nach Standort als geheim oder öffentlich eingestuft wird, denn der sachliche Geltungsbereich der Öffentlichkeitsgesetze umfasst in der Regel sowohl die von einer Behörde erstellten Dokumente, als auch Dokumente, welche die Behörde von Dritten erhält (ch. 3.6).

IV. Die Ausnahmen des Öffentlichkeitsprinzips (ch. 4 et 5)

9. Das in den Öffentlichkeitsgesetzen verankerte Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten wird durch verschiedene Ausnahmen eingeschränkt. Im Zusammenhang mit Dokumenten betreffend die Nebenbeschäftigungen von Professoren wird oft der **Schutz der Privatsphäre** geltend gemacht (ch. 5).
10. Die Situation ist unbedenklich, wenn die Personendaten öffentlich zugänglich sind oder die betroffene Person der Veröffentlichung zustimmt (ch. 5.2.3). Andernfalls müssen die Personendaten **nach Möglichkeit anonymisiert werden** (ch. 5.2.2).

V. Die Veröffentlichung von Personendaten betreffend Nebenbeschäftigungen (ch. 5)

11. Wenn sich der Gesuchsteller nicht mit den anonymisierten Personendaten begnügt, weil sein Gesuch etwa einen oder mehrere bestimmte Professoren betrifft, dürfen **ausnahmsweise auch nicht anonymisierte Personendaten betreffend Nebenbeschäftigungen veröffentlicht werden**, wenn an der Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht und nachdem den betroffenen Personen das rechtliche Gehör gewährt wurde (ch. 5.2.4).
12. Bei der Interessenabwägung stehen sich **Geheimhaltungsinteressen** – Schutz der Privatsphäre der Professoren und allfälligen Dritten, Wirtschaftsfreiheit, Schutz der laufenden Forschungsprojekte, Aufrechterhaltung der engen Beziehung zur Praxis (ch. 5.3.1) – und **Interessen an der Transparenz** – Integrität, Vertrauen, gewissenhafte Erfüllung staatlicher Aufgaben, Unabhängigkeit der Lehre und Forschung, Vorbeugen von Interessenkonflikte, Ruf der Universität, Korruptionsprävention, Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Haushaltsführung, Vorbeugen von übermässiger Gewinnanhäufung – gegenüber (ch. 5.3.2).
13. Die Behörden können bei einer Interessenabwägung betreffend Nebenbeschäftigungen verschiedene **Abwägungskriterien** berücksichtigen (ch. 5.4.2.2). Wenn das Gesuch den Betrag eines **allfälligen Zusatzverdienstes aus Nebenbeschäftigungen** betrifft, sind zusätzlichen Abwägungskriterien Rechnung zu tragen (ch. 5.4.2.3).
14. Vor kurzem haben zwei Verwaltungsgerichte entschieden, dass das öffentliche Interesse an der Transparenz im Zusammenhang namentlich mit der Herausgabe von Informationen betreffend die Bewilligung von Nebenbeschäftigungen den Schutz der Privatsphäre überwiegt (ch. 5.5).

VI. Der Zusammenhang zwischen der materiellen Regelung der Nebenbeschäftigungen und jener der Transparenz gegenüber der Öffentlichkeit (ch. 6.1)

15. Das in den Öffentlichkeitsgesetzen verankerte Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten betrifft in der Regel nur **bestehende Dokumente, welche die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betreffen**. Wenn weder eine Deklarations- noch eine Bewilligungspflicht besteht, verfügen die Univer-

sitäten über keine Informationen betreffend allfällige Nebenbeschäftigungen ihrer Professoren ; da diese Informationen in den meisten Fällen nicht die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betreffen und damit nur selten in den sachlichen Geltungsbereich der Öffentlichkeitsgesetze fallen, hat die Öffentlichkeit keinen Zugang du diesen Informationen. Wenn hingegen eine Deklarations- und/oder eine Bewilligungspflicht besteht, verfügt die Universität über die Informationen betreffend die Nebenbeschäftigungen ihrer Professoren. Das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten kann dementsprechend geltend gemacht werden.

16. Die **Verankerung des Öffentlichkeitsprinzips reicht deshalb nicht** in allen Fällen, um den Bürgern den Zugang zu den Informationen bezüglich Nebenbeschäftigungen der Professoren zu ermöglichen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Definition des Begriffs der Nebenbeschäftigung eng gefasst ist und weder eine Deklarations- noch eine Bewilligungspflicht besteht.
17. Der Zugang zu den Informationen bezüglich Nebenbeschäftigungen ist einfacher, billiger, zuverlässiger und nachhaltiger, wenn das einschlägige Recht – zusätzlich zur Deklarations- oder Bewilligungspflicht – Spezialregeln vorsieht, welche die Professoren verpflichten, ihre Nebenbeschäftigungen **von Amtes wegen online zu veröffentlichen** (aktive Information).

VII. Schlussfolgerungen (ch. 6.2)

18. Eine **materielle Regelung der Nebenbeschäftigungen der Professoren** stellt bereits *per se* eine Transparenzmassnahme dar. Es handelt sich hierbei um die Transparenz gegenüber der Führungsorgane der Universität (**Transparenz gegenüber der Institution**). Sie wird durch die **Transparenz gegenüber der Öffentlichkeit** ergänzt.
19. Die grösstmöglichste Transparenz kann durch die Kombination einer **weitreichenden Deklarations- oder Bewilligungspflicht** mit **zweckmässigen Spezialregeln bezüglich aktive Information** erreicht werden.
20. Aufgrund der unterschiedlichen rechtlichen Regelungen bezüglich Nebenbeschäftigungen von Hochschulprofessoren und den institutionellen Unterschieden, **ist es schwierig, ein kohärentes und genaues Gesamtbild** der Situation in der Schweiz zu erstellen.

RÉSUMÉ

I. Introduction (ch. 1)

1. Nous avons cherché à analyser le **degré de transparence relative aux activités accessoires des professeurs[3] des hautes écoles en Suisse** que l'ordre juridique cantonal, intercantonal, fédéral et international était en mesure d'assurer. Nous avons distingué à cet effet entre la **transparence à l'égard de l'institution**, c'est-à-dire l'existence ou non de différents régimes d'annonce ou d'autorisation auxquels les professeurs sont soumis (réglementation matérielle des activités accessoires), et la **transparence à l'égard du public**.

II. La réglementation matérielle des activités accessoires (ch. 2)

2. Il n'existe en Suisse **aucune définition communément admise** de l'« activité accessoire », ni des notions connexes de « liens d'intérêts » et de « gain accessoire ». Les définitions dépendent de l'ordre juridique concerné (ch. 2.3).
3. Les réglementations matérielles des activités accessoires des universités suisses **varient beaucoup**. Afin de pouvoir déterminer de quels documents une université dispose, il convient d'étudier la réglementation applicable à cette université (ch. 2.4).

III. La réglementation relative à la transparence à l'égard du public (ch. 3)

4. Si le droit fédéral ou cantonal le prescrit, le public a le droit d'accéder aux informations relatives aux activités accessoires des professeurs, soit en les demandant de cas en cas (**information sur demande** – appelé « principe de la transparence » en droit fédéral), soit en consultant les informations publiées d'office par les universités (**information d'office**) (ch. 3.1).

---

[3] L'expression « professeur » comprend également les femmes et les hommes.

5. Le principe de la transparence a pour but d'améliorer **le contrôle populaire** des institutions publiques afin d'en renforcer **l'intégrité** et la **confiance** des citoyens dans leurs autorités (ch. 3.2).
6. Les **sources** du principe de la transparence se trouvent tant au niveau international (notamment la Convention d'Aarhus) qu'au niveau national (notamment la LTrans) qu'au niveau cantonal (différentes lois cantonales dans deux tiers des cantons) (ch. 3.3).
7. Les **lois sur la transparence** visent les autorités administratives. Elles s'appliquent aussi aux hautes écoles publiques (ch. 3.5.2.1). Le droit sur la transparence applicable aux hautes écoles fédérales est le droit fédéral ; le droit cantonal s'applique aux hautes écoles cantonales (ch. 3.4). Pour les hautes écoles intercantonales dont les sites sont répartis sur différents cantons, la réponse peut varier (ch. 3.4.1.2). Le droit international confère en revanche directement un droit d'accès aux informations relatives à l'environnement (au sens large) à tous les niveaux de l'Etat, y compris dans les cantons dépourvus de loi *ad hoc* (ch. 3.3).
8. Cette **multiplicité de régimes juridiques** peut conduire à qualifier le même document de secret ou de public selon la localisation de ce dernier, car les lois sur la transparence s'appliquent en général tant aux documents produits par l'institution assujettie qu'à ceux qu'elle reçoit de l'extérieur (ch. 3.6).

IV. Les exceptions à la transparence à l'égard du public (ch. 4 et 5)

9. Les législations générales relatives à l'information du public sur demande posent un principe général de transparence, aussitôt restreint par toute une série d'exceptions. Celles relatives à la **protection de la sphère privée** seront souvent invoquées pour limiter l'accès aux documents relatifs aux activités accessoires des professeurs (ch. 5).
10. Si les données personnelles ont été rendues publiquement accessibles ou si les personnes concernées consentent à la publication, le problème ne se pose pas (ch. 5.2.3). Si tel n'est pas le cas, les données personnelles devront **si possible être rendues anonymes** (ch. 5.2.2).

V. La publication de données personnelles relatives aux activités accessoires (ch. 5)

11. Si le demandeur ne se satisfait pas de données anonymisées, parce que celles-ci se rapportent par exemple à un ou plusieurs professeurs précis, les

données personnelles relatives aux activités accessoires pourront **exceptionnellement être rendues publiques en cas d'intérêt public prépondérant** à la transparence et après que les personnes concernées auront été entendues (ch.5.2.4).

12. Dans la balance, on tiendra compte des **intérêts au secret** – protection de la sphère privée des professeurs et des tiers concernés, liberté économique, protection des projets de recherche en cours, conservation de liens forts avec la pratique (ch. 5.3.1) – que l'autorité devra peser avec les **intérêts à la transparence** – intégrité, confiance, accomplissement diligent des tâches, indépendance de l'enseignement et de la recherche, prévention des conflits d'intérêts, réputation de l'institution, prévention de la corruption, bonne gestion financière, limitation des ressources financières publiques, prévention du cumul de gains excessif (ch. 5.3.2).
13. Pour aider l'autorité à procéder à cette balance en matière d'activités accessoires en général, les autorités tiendront compte de **différents critères de pondération** (ch. 5.4.2.2). Si le demandeur désire connaître le **montant du gain** des activités accessoires, des critères de pondération additionnels s'appliquent (ch. 5.4.2.3).
14. Deux tribunaux administratifs viennent de reconnaître la **prépondérance des intérêts publics à la transparence** en rapport avec la communication d'autorisations relatives à des activités accessoires notamment (ch. 5.5).

VI. Le rapport entre le régime matériel des activités accessoire et celui de la transparence à l'égard du public (ch. 6.1)

15. Le droit d'accès instauré par les lois générales sur la transparence ne porte en principe que sur des **documents existants en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques**. En régime libre, les informations que les professeurs détiennent sur leurs activités accessoires devraient dès lors rarement entrer dans le champ d'application des lois sur la transparence, à défaut de porter sur l'accomplissement de la tâche publique entrant dans le cahier des charges de leur activité principale. En régime d'annonce ou d'autorisation, la centralisation possible des informations rend l'accès potentiellement plus aisé et plus complet que dans un régime libre. Les universités ne disposent en effet d'aucune donnée centralisée dans ce dernier système.

16. Il ne suffit pas qu'une collectivité publique dispose d'une **loi générale relative à l'information du public sur demande** pour que les citoyens aient l'accès le plus large aux activités accessoires des professeurs des hautes écoles. Tel est particulièrement le cas si la définition des activités accessoires est très limitée et si le régime juridique matériel qui leur est applicable est libre.
17. Si le droit prévoit – en plus d'une obligation d'annonce ou d'autorisation – des règles spéciales prescrivant aux professeurs de **publier d'office leurs activités accessoires en ligne**, l'accès sera plus aisé, moins coûteux, plus fiable et plus durable pour le public que s'il doit l'être de cas en cas en se fondant sur les lois générales sur la transparence.

VII. Conclusion (ch. 6.2)

18. Adopter une **réglementation matérielle régissant les activités accessoires des professeurs** constitue déjà en soi une mesure de transparence se déployant à l'égard des organes de direction des universités et des autorités (**transparence à l'égard de l'institution**). La **transparence à l'égard du public** la complète.
19. La plus grande transparence effective est obtenue en présence d'un **régime large d'annonce ou d'autorisation associé avec un régime d'information active** adéquatement calibré.
20. La diversité juridique et institutionnelle en matière d'activités accessoires des professeurs des hautes écoles explique la **difficulté de constituer un tableau d'ensemble** qui soit fiable, cohérent et durable au niveau suisse.

RIASSUNTO

I. Introduzione (cap. 1)

1. Abbiamo cercato di analizzare il **livello di trasparenza** che l'ordinamento giuridico cantonale, intercantonale, federale e internazionale è in grado di garantire **per quanto riguarda le attività accessorie dei professori[4] universitari in Svizzera**. A tal fine abbiamo operato una distinzione tra la **trasparenza nei confronti dell'istituzione**, vale a dire l'esistenza o meno di differenti regimi di dichiarazione o autorizzazione ai quali i professori sono sottoposti (regolamentazione materiale delle attività accessorie) e la **trasparenza nei confronti del pubblico**.

II. La regolamentazione materiale delle attività accessorie (cap. 2)

2. In Svizzera non esiste **alcuna definizione comunemente accettata** di "attività accessoria", né dei concetti ad essa collegati di "relazioni d'interesse" e di "guadagno accessorio". Le definizioni dipendono dall'ordinamento giuridico chiamato in causa (cap. 2.3).
3. Le regolamentazioni materiali delle attività accessorie delle università svizzere **variano molto**, cosicché, per poter determinare di quali documenti un'università dispone, è opportuno studiare la regolamentazione applicabile all'università interessata (cap. 2.4).

III. La regolamentazione concernente la trasparenza nei confronti del pubblico (cap. 3)

4. Se il diritto federale o cantonale lo prevede, il pubblico ha diritto di accedere alle informazioni concernenti le attività accessorie dei professori, sia richiedendole di volta in volta (**informazioni su richiesta** – ovvero "principio della trasparenza" nel diritto federale), sia consultando le informazioni pubblicate d'ufficio dalle università (**informazioni d'ufficio**) (cap. 3.1).

---

[4] L'espressione "professore" comprende sia il genere femminile che quello maschile.

5. Il principio della trasparenza ha lo scopo di migliorare **il controllo popolare** delle istituzioni pubbliche al fine di rafforzarne **l'integrità** e di consolidare **la fiducia** dei cittadini nelle autorità (cap. 3.2).
6. Il principio della trasparenza ha le sue **fonti** sia nel diritto internazionale (segnatamente dalla Convenzione di Aarhus) che in quello nazionale (segnatamente la LTras) e cantonale (diverse leggi cantonali varate in due terzi dei Cantoni) (cap. 3.3).
7. Le **leggi sulla trasparenza** si applicano alle autorità amministrative e anche alle scuole universitarie pubbliche (cap. 3.5.2.1). Le norme sulla trasparenza applicabili alle scuole universitarie federali sono quelle del diritto federale, mentre alle scuole universitarie cantonali si applica il diritto cantonale (cap. 3.4). Per quanto concerne le scuole universitarie intercantonali, le cui sedi sono distribuite in vari Cantoni, la risposta può variare (cap. 3.4.1.2). Per contro, il diritto internazionale concede direttamente un diritto d'accesso alle informazioni relative all'ambiente (in senso ampio) a tutti i livelli statali, anche nei Cantoni sprovvisti di leggi *ad hoc* (cap. 3.3).
8. Questa **molteplicità di ordinamenti giuridici** può far sì che un medesimo documento sia qualificato come segreto o pubblico a seconda della sua localizzazione, in quanto le leggi sulla trasparenza si applicano in genere sia ai documenti prodotti dall'istituzione considerata che a quelli che la stessa istituzione riceve dall'esterno (cap. 3.6).

IV. Le eccezioni alla trasparenza nei confronti del pubblico (cap. 4 e 5)

9. Le legislazioni generali relative all'informazione del pubblico su richiesta introducono un principio generale di trasparenza, peraltro subito limitato da tutta una serie di eccezioni, tra cui quelle relative alla **protezione della sfera privata** sono spesso invocate per limitare l'accesso ai documenti concernenti le attività accessorie dei professori (cap. 5).
10. Se i dati personali sono stati resi accessibili al pubblico o se le persone interessate acconsentono alla loro pubblicazione, il problema non si pone (cap. 5.2.3). Se invece non è così, i dati personali dovranno, se **possibile, essere anonimizzati** (cap. 5.2.2).

V. La pubblicazione di dati personali concernenti le attività accessorie (cap. 5)

11. Se il richiedente non si accontenta di dati anonimizzati perché la sua richiesta si riferisce, ad esempio, a un particolare professore o a più di uno, i dati personali relativi alle attività accessorie potranno **eccezionalmente essere resi pubblici in caso di preponderante interesse pubblico** alla trasparenza e dopo aver sentito le persone interessate (cap. 5.2.4).
12. Nella valutazione dei pro e dei contro si terrà conto degli **interessi al segreto –** tutela della sfera privata dei professori e dei terzi interessati, libertà economica, protezione dei progetti di ricerca in corso, mantenimento di stretti legami con la prassi (cap. 5.3.1) – che l'autorità dovrà soppesare a fronte degli **interessi alla trasparenza** – integrità, fiducia, coscienzioso adempimento dei compiti, indipendenza dell'insegnamento e della ricerca, prevenzione dei conflitti d'interessi, reputazione dell'istituzione, prevenzione della corruzione, gestione finanziaria oculata, contenimento delle risorse finanziarie pubbliche, prevenzione di un accumulo eccessivo di guadagni (cap. 5.3.2).
13. Per operare questa valutazione in materia di attività accessorie in genere, le autorità terranno conto di vari **criteri di ponderazione** (cap. 5.4.2.2). Se il richiedente desidera conoscere l'**ammontare del guadagno** tratto dalle attività accessorie, si applicheranno ulteriori criteri di ponderazione (cap. 5.4.2.3).
14. Due tribunali amministrativi hanno da poco riconosciuto la **prevalenza dell'interesse pubblico alla trasparenza sulla protezione della sfera privata** per quanto concerne in particolare la comunicazione di informazioni relative all'approvazione di attività accessorie (cap. 5.5).

VI. Rapporto tra regolamentazione materiale delle attività accessorie e regolamentazione materiale della trasparenza nei confronti del pubblico (cap. 6.1)

15. Il diritto d'accesso stabilito dalle leggi generali sulla trasparenza si riferisce, in linea di principio, solo ai **documenti esistenti concernenti l'adempimento di compiti pubblici**. In un libero ordinamento, le informazioni di cui le università dispongono sulle attività accessorie dei loro professori dovrebbero quindi rientrare solo raramente nel campo di

applicazione delle leggi sulla trasparenza, salvo il caso in cui tali attività riguardino l'adempimento dell'incarico pubblico rientrante nel capitolato d'oneri della loro attività principale. Qualora invece l'ordinamento preveda un obbligo di dichiarazione o di autorizzazione, la centralizzazione delle informazioni rende l'accesso più agevole e più completo che in un ordinamento libero. In quest'ultimo caso, infatti, le università non dispongono di alcun dato centralizzato.

16. Non basta che una collettività pubblica disponga di una legge **generale concernente l'informazione del pubblico su richiesta** per far sì che i cittadini abbiano accesso pressoché illimitato alle attività accessorie dei professori universitari. Ciò vale, in particolare, quando la definizione delle attività accessorie è molto limitata e l'ordinamento giuridico materiale applicabile a tali attività è libero.
17. L'accesso alle informazioni è più agevole, meno costoso, più affidabile e più durevole per il pubblico di quanto non sia dovendolo valutare caso per caso sulla base delle leggi generali sulla trasparenza quando il diritto prevede – oltre a un obbligo di dichiarazione o autorizzazione – norme speciali che prescrivano ai professori di **pubblicare in linea, d'ufficio, le loro attività accessorie**, .

VII. Conclusione (cap. 6.2)

18. Adottare una **regolamentazione materiale delle attività accessorie dei professori** costituisce già di per sé una misura di trasparenza nei confronti degli organi direttivi delle università e delle autorità (**trasparenza nei confronti dell'istituzione**), che viene completata dalla **trasparenza nei confronti del pubblico**.
19. La più ampia trasparenza effettiva si può raggiungere combinando **un ordinamento di vasta portata che preveda un obbligo di dichiarazione o autorizzazione** con **un regime di informazione attiva** opportunamente calibrato.
20. La diversità degli ordinamenti giuridici e delle norme istituzionali in materia di attività accessorie dei professori universitari spiega la **difficoltà di costituire in Svizzera un quadro d'insieme** affidabile, coerente e durevole a livello nazionale.

SUMMARY

I. Introduction (ch. 11)

1. The present legal opinion analyses the **transparency regulations regarding secondary employment of professors[5] at higher education institutions in Switzerland**, taking into account federal, cantonal and international law. A distinction is made between **transparency vis-à-vis the institution**, i.e. regulations regarding any declaration obligations or authorisation requirements (material regulation of secondary employment), and **transparency vis-à-vis the public**.

II. Material regulation of secondary employment (ch. 2)

2. In Switzerland, there is **no generally accepted definition** of "secondary employment". This is also the case for the terms "vested interest" and "subsidiary income", both of which are related to this topic. Each legal system has its own definition (ch. 2.3).
3. Secondary employment of professors is **regulated in various ways** in Swiss universities. In order to ascertain which documents a university potentially has available, it is necessary to analyse these material regulations (ch. 2.4).

III. Regulating transparency vis-à-vis the public (ch. 3)

4. Legislation may prescribe that every person has the right to access information regarding the secondary employment of professors. This can be either on request (**passive information**, also referred to as the "transparency principle") or through general official information activities (**active information**) (ch. 3.1).
5. The transparency principle is intended to make it possible for citizens to **monitor** authorities and thus increase their **integrity**, helping to boost the **confidence** citizens have in public authorities (ch. 3.2).

[5] The term "professor" includes both men and women.

6. The transparency principle is based on international law (the Aarhus Convention in particular) as well as on federal law (the Freedom of Information Act (FoIA) in particular) and cantonal law (various cantonal laws in two thirds of the cantons) (ch. 3.3).
7. The **freedom of information acts** apply to public authorities. The scope of application also includes public higher education institutions (ch. 3.5.2.1). Federal law applies to higher education institutions at federal level; cantonal institutions are subject to cantonal law (ch. 3.4). The law applicable to intercantonal institutions with sites in different cantons cannot be determined with certainty and depends on the individual case (ch. 3.4.1.2). International law, however, grants every person the right to access information on the environment (in the broader sense) at all levels of the federal state, including in the cantons where the transparency principle is not in place (ch. 3.3).
8. The **myriad of legal systems** can lead to a situation where the same document is classed as confidential in one place and public in another, as the material scope of the freedom of information acts generally covers both the documents issued by an authority and documents which the authority receives from third parties (ch. 3.6).

IV. Exceptions to the transparency principle (ch. 4 and 5)

9. The right to access official documents, enshrined in the freedom of information acts, is limited by various exceptions. The **right to privacy** is frequently asserted in connection with documents regarding the secondary employment of professors (ch. 5).
10. The situation is unproblematic when the personal data are publicly available or the person concerned agrees to their publication (ch. 5.2.3). If this is not the case, the personal data must **be anonymised where possible** (ch. 5.2.2).

V. The publication of personal data regarding secondary employment (ch. 5)

11. If the anonymised personal data are not sufficient for the applicant because, for instance, his request relates to one or more specific professors, **in exceptional cases non-anonymised personal data regarding secondary employment may be published** if there is an overriding public interest in its disclosure and after the persons concerned have been granted the right to a hearing (ch. 5.2.4).

12. When weighing up interests, both **interests of confidentiality** – the professors' and any third parties' right to privacy, economic freedom, protection of current research projects, maintenance of close links to practice (ch. 5.3.1) – and **interests of transparency** – integrity, trust, diligent performance of public duties, independence of teaching and research, prevention of conflicts of interest, reputation of the university, prevention of corruption, efficiency of public budget management, prevention of the accumulation of excessive profits – are taken into account (ch. 5.3.2).
13. The authorities can consider various **criteria** when weighing up interests related to secondary employment (ch. 5.4.2.2). When the request relates to the amount of **any additional income from secondary employment**, additional criteria are taken into consideration (ch. 5.4.2.3).
14. Two administrative courts recently decided that the public interest for transparency in connection specifically with the publishing of information regarding the authorisation of secondary employment outweighs the right to privacy (ch. 5.5).

VI. The connection between the material regulation of secondary employment and that of transparency vis-à-vis the public (ch. 6.1)

15. The right to access official documents, enshrined in the freedom of information acts, generally only affects **existing documents that relate to the performance of a public duty**. When there is neither a declaration obligation nor an authorisation requirement, universities do not have any information regarding any possible secondary employment of their professors. As in most cases this information does not relate to the performance of a public duty and thus only rarely comes under the material scope of the freedom of information acts, the public cannot access this information. If, on the other hand, there is a declaration obligation and/or an authorisation requirement, the university does have information regarding the secondary employment of its professors. The right to access official documents can therefore be asserted accordingly.
16. The **establishment of the transparency principle is therefore not sufficient** in all cases to enable citizens to access information regarding secondary employment of professors. This is especially the case when the definition

of the term "secondary employment" is narrow and neither a declaration obligation nor an authorisation requirement exists.

17. Access to information relating to secondary employment is simpler, cheaper, more reliable and more sustainable when the relevant law provides for special rules – in addition to the declaration obligation or authorisation requirement – which obligate professors to **officially publish** their secondary employment **online** (active information).

VII. Conclusions (ch. 6.2)

18. A **material regulation of secondary employment of professors** already constitutes a transparency measure *per se*. This involves transparency vis-à-vis the governing bodies of the university (**transparency vis-à-vis the institution**). It is supplemented by **transparency vis-à-vis the public**.
19. The greatest possible transparency can be achieved by combining a **far-reaching declaration obligation or authorisation requirement** with **appropriate special rules regarding active information**.
20. Due to the varying legal regulations regarding secondary employment of professors of higher education institutions and the institutional variations, **it is difficult** to compile **a coherent and accurate overall picture** of the situation in Switzerland.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

al.	alinéa
art.	article
ATF	arrêt du Tribunal fédéral
c.	considérant
ch.	chiffre(s)
cf.	se référer à
CDF	Contrôle fédéral des finances
CDIP	Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique
Comlot	Commission intercantonale des loteries et des paris
CRUS	Conférence des recteurs des universités suisses
CSHE	Conférence suisse des hautes écoles
CSST	Conseil suisse de la science et de l'innovation
DDPS	Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports
DEFR	Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche
DEP	Droit de l'environnement dans la pratique
EAWAG	Institut fédéral pour l'aménagement, l'épuration et la protection des eaux
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
EFK	cf. CDF
EMPA	Laboratoire fédéral d'essai des matériaux et de recherche
EPF	Ecole polytechnique fédérale
FF	Feuille fédérale

FHNW	Fachhochschule Nordwestschweiz
FNS	Fonds national suisse de la recherche scientifique
HEP-BEJUNE	Haute école pédagogique commune aux cantons de Berne, Jura et Neuchâtel
HES-SO	Haute école spécialisée de Suisse occidentale
IFFP	Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
let.	lettre
N.	note
OFSPO	Office fédéral du sport
p.	page(s)
p.ex.	par exemple
PFPDT	Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence
PJA	Pratique juridique actuelle
PSI	Institut Paul Scherrer
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RS/…	Recueil systématique du droit du canton …
s.	et suivante
ss	et suivantes
SEFRI	Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation
SRF	Radiotélévision suisse alémanique
TA/…	Tribunal administratif du canton …
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
UNESCO	Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (en anglais : *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*)

WSL	Institut fédéral de recherches sur la forêt, la neige et le paysage

LISTE DES ACTES NORMATIFS ABRÉGÉS

Actes normatifs fédéraux et internationaux

CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)
Convention d'Aarhus	Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (RS 0.814.07)
Convention de Tromsø	Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse (RS 101)
LEHE	Loi fédérale sur l'encouragement des hautes écoles et la coordination dans le domaine suisse des hautes écoles (RS 414.20)
LParl	Loi sur l'Assemblée fédérale (RS 171.10)
LPD	Loi fédérale sur la protection des données (RS 235.1)
Directive AA/EPFL	Directive de l'EPFL concernant la gestion des conflits d'intérêt dans le cadre d'activités ou de fonctions publiques exercées en dehors des rapports de travail du 1er décembre 2005 (LEX 4.1.1)
LOGA	Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010)
LTrans	Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (RS 152.3)
O-corps professoral EPF	Ordonnance du Conseil des EPF sur le corps professoral des écoles polytechniques fédérales (RS 172.220.113.40)
OLOGA	Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010.1)
OTrans	Ordonnance sur le principe de la transparence (RS 152.31)
ODomaineEPF	Ordonnance sur le domaine des EPF (RS 414.110.3)
Richtlinien AA/ETHZ	Richtlinien der Schulleitung betreffend Nebenbeschäftigung von Professorinnen und Professoren der ETH Zürich vom 12. Februar 2008

Actes normatifs cantonaux

Berne

Directive AA/UNIBE	Richtlinien der Universitätsleitung der Universität Bern betreffend Nebenbeschäftigungen und Nebeneinkünften von Dozierenden und Assistierenden vom 27. Januar 2010
LIn/BE	Loi sur l'information du public (RS/BE 107.1)
LUni/BE	Loi sur l'Université (RS/BE 436.11)
OUni/BE	Ordonnance sur l'Université (RS/BE 436.111.1)

Bâle-Ville

Ordnung/UNIBAS	Ordnung des Universitätsrats der Universität Basel über Nebentätigkeiten, Vereinbarungen mit Dritten und die Verwertung von geistigem Eigentum im Rahmen der universitären Tätigkeit vom 18. August 2004.

Fribourg

Directives AA/UNIFR	Directives du Rectorat de l'Université de Fribourg concernant les activités accessoires des professeur-e-s et des collaborateurs et collaboratrices scientifiques du 23 mai 2016
LUni/FR	Loi sur l'Université du 19 novembre 1997 (RS/FR 431.0.1)

Genève

Directive AA/UNIGE	Directive du Rectorat de l'Université de Genève sur les conditions d'exercice des activités accessoires (publiée le 24 novembre 2011)
Directive CIF/UNIGE	Directive du Rectorat de l'Université de Genève sur les conflits d'intérêts financiers (publiée le 7 juin 2011)
LIPAD	Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et de la protection des données personnelles (RS/GE A 2 08)
LUni/GE	Loi sur l'Université (RS/GE C 1 30)
RIPAD	Règlement d'application de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (RS/GE A 2 08.01)
RPers/UNIGE	Règlement sur le personnel de l'Université du Conseil d'Etat genevois (entrée en vigueur le 17 mars 2009)

Lucerne

PV/UNILU	Personalverordnung der Universität Luzern (RS/LU N° 539a)

Neuchâtel

Arrêté AA/UNINE	Arrêté du Conseil d'Etat neuchâtelois sur la rétrocession partielle des gains annexes importants des membres du corps professoral de l'Université (RS/NE 416.107)
LUni/NE	Loi sur l'Université (RS/NE 416.10).
Règl AA/UNINE	Règlement du Rectorat concernant les activités annexes des membres du corps professoral et du corps intermédiaire du 23 février 2009 (RS/NE 416.106)

Saint-Gall

Informationsrichtlinien/ UNISG	Informations- und Offenlegungsrichtlinien des Senatsausschusses vom 21. Oktober 2014
OeffG/SG	Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (RS/SG 140.2).
Richtlinien Nebenaktivitäten/UNISG	Richtlinien des Universitätsrates für Nebenaktivitäten und den Nebenerwerb von Do-zierenden an der HSG du 3 mai 2010 (Richtlinien Nebenaktivitäten/UNISG; non publiées sur internet).

Tessin

RPers/USI	Regolamento del Consiglio dell'Università della Svizzera italiana sulle condizioni generali di lavoro per il corpo accademico dell'Università della Svizzera italiana del 7 luglio 2000

Vaud

Directive AA/UNIL	Directive de la Direction 1.25 sur les activités accessoires à l'Université de Lausanne du 21 août 2006
LUni/VD	Loi sur l'Université de Lausanne (RS/VD 414.11)

Zurich

Regl AA/UNIZH	Reglement der Universitätsleitung zur Erteilung von Bewilligungen für die Ausübung von Nebenbeschäfti-

	gungen, die Erhebung von Abgaben sowie zur jährlichen Deklaration der Nebenbeschäftigungen bei Professorinnen und Professoren vom 17. Juli 2008
PV/UNIZH	Personalverordnung der Universität Zürich (RS/ZH 415.21)
IDG/ZH	Gesetz über die Information und den Datenschutz (IDG) (RS/ZH 170.4)

1 INTRODUCTION

Swissuniversities nous a mandatés[6] pour examiner la portée du principe de la transparence dans le domaine des hautes écoles en Suisse, plus spécifiquement en matière d'activités accessoires. La transparence relative à d'autres domaines universitaires ne fait pas l'objet du présent avis de droit.

Afin de cadrer le sujet, nous exposerons en introduction les développements récents de la problématique que posent les activités accessoires des professeurs des hautes écoles (1.1). Nous commenterons ensuite l'enquête de la radiotélévision suisse alémanique menée à ce sujet (1.2), avant d'exposer le plan de la présente recherche (1.3).

1.1 La problématique des activités accessoires des professeurs des hautes écoles

Le **Contrôle fédéral des finances** (CDF) a publié en 2009 un rapport évaluant les règles et pratiques relatives aux activités accessoires des professeurs d'université[7]. Il y constatait que chaque établissement avait sa propre réglementation sans aucune harmonisation quelconque tant au niveau du champ d'application qu'à celui du régime juridique appliqué[8]. Il relevait en outre que « presque toutes les activités accessoires pourraient être gérées par les universités comme des activités institutionnelles sous la forme de mandats de tiers »[9]. Le CDF ne pouvait pas se

---

6 Cet avis de droit a été rédigé à titre d'activité accessoire (ch. I de la directive du Rectorat de l'Université de Genève sur les conditions d'exercice des activités accessoires (Directive AA/UNIGE)), autorisée conformément aux articles 52 ss du règlement sur le personnel de l'Université du Conseil d'Etat genevois du 17 mars 2009 (RPers/UNIGE). Nous tenons à remercier M. Axel Marion, responsable du domaine politique des hautes écoles de swissuniversities, pour l'accompagnement de ce projet.

7 CDF, Activités accessoires des professeurs d'université. Evaluation des dispositions légales et des pratiques, disponible sur le site du CDF (efk.admin.ch).

8 Cf. ci-dessous ch. 2.4.2 pour les différents régimes.

9 Résumé en français du Rapport CDF, Activités accessoires des professeurs d'université. Evaluation des dispositions légales et des pratiques, p. 2.

prononcer sur le volume réel des activités accessoires, car certaines universités seulement étaient prêtes à fournir les données correspondantes. Il concluait en adressant à la Conférence des recteurs des universités Suisses (CRUS) et au Secrétariat d'Etat, ainsi qu'au Conseil des Ecoles polytechniques fédérales, **six recommandations**, en soulignant qu'il était « important d'instaurer **davantage de transparence** dans ce domaine »[10]. La recommandation n° 3 était particulièrement pertinente dans ce contexte :

> « Le CDF recommande à la Conférence des Recteurs des Universités Suisses de prendre des mesures pour que les universités et les écoles polytechniques obtiennent chaque année de la part des collaborateurs concernés **une déclaration spontanée écrite de toutes leurs activités accessoires**. Si une personne n'a pas d'activité accessoire durant cette période, elle devra également le confirmer par une déclaration signée. »[11]

En 2013, le CDF a effectué un suivi des recommandations précédentes dans une « Note à l'attention de la Délégation des finances »[12] du 29 août 2013. Le **bilan était limité** à son avis, car très peu de mesures avaient été initiées. Le CDF a suggéré à la **Délégation des finances de réagir**, par exemple sous forme d'une intervention parlementaire, tout en précisant qu'il privilégiait une solution ancrée dans une base légale[13]. Dans le cadre du suivi, la CRUS avait adressé des remarques au CDF en soutenant que les universités avaient fait évoluer leurs réglementations dans le domaine, mais qu'une uniformisation n'était que peu réaliste[14].

En avril 2015, la Délégation des finances a réagi en adressant au Conseil des hautes écoles de la Conférence suisse des hautes écoles (CSHE), à la CRUS, devenue entretemps « swissuniversities », et à la Conférence suisse des directeurs cantonaux

---

10 Résumé en français du Rapport CDF, Activités accessoires des professeurs d'université. Evaluation des dispositions légales et des pratiques, p. 4.

11 Résumé en français du Rapport CDF, Activités accessoires des professeurs d'université. Evaluation des dispositions légales et des pratiques, p. 4 (souligné par nous).

12 « Note à l'attention de la Délégation des finances » du 29 août 2013, disponible sur le site du CDF (efk.admin.ch).

13 « Note à l'attention de la Délégation des finances » du 29 août 2013, p. 5 s.

14 Remarques de la CRUS à propos de la note à l'intention de la Délégation des finances, lettre du 27 mars 2013 adressée au CDF.

de l'instruction publique (CDIP) une lettre dans laquelle elle constatait que les universités disposaient de réglementations très différentes dans le domaine des activités accessoires, que les mesures recommandées n'avaient pas été mises en œuvre et qu'il y avait par conséquent un grand besoin d'agir :

> « Die Finanzdelegation stellt fest, dass **die Empfehlungen der EFK nicht umgesetzt wurden**. Aus ihrer Sicht besteht weiterhin **grosser Handlungsbedarf**. Der Universitätsbereich, einschliesslich der Gehälter der Universitätsprofessorinnen und -professoren, wird grösstenteils durch öffentliche Mittel – auch Bundesmittel – finanziert. Umso mehr ist aus der Sicht der Finanzdelegation **die fehlende Transparenz** und **Kontrolle** zu bemängeln. Zentral für die Delegation ist zudem, dass die **Einhaltung bestehender Regelungen** durch die Universitäten überwacht und die Aufteilung der durch Nebenbeschäftigungen erzielten Einnahmen zwischen Professorinnen bzw. Professoren und Universität bzw. Institut besser geregelt wird. »[15]

En réaction, le Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation (SEFRI) et le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) ont mandaté ASTRID EPINEY et MARKUS KERN afin d'analyser dans un avis de droit la **répartition des compétences** entre la Confédération, les organes communs de la Confédération et les cantons pour réglementer les activités accessoires des professeurs d'université.

> Les auteurs ont d'abord examiné la répartition des compétences relatives aux **hautes écoles fédérales**. La gestion des écoles polytechniques fédérales étant une compétence fédérale (art. 63*a* al. 1er Cst.[16]), la Confédération dispose de la compétence d'édicter des normes – détaillées - en matière de rapport de travail du personnel de ces établissements, y compris les activités accessoires des professeurs[17]. Le législateur a fait usage de ce droit entre autres dans l'ordonnance sur le corps professoral des EPF[18].
>
> La compétence de gérer les **hautes écoles cantonales** revient aux cantons (art. 63*a* al. 1er Cst. *a contrario*). De plus, la loi fédérale sur l'encouragement des hautes écoles et la

---

15 Lettre de la Délégation des finances du 14 avril 2015 (souligné par nous).

16 Constitution fédérale de la Confédération suisse, RS 101.

17 EPINEY/KERN 2015, N 37.

18 Ordonnance du Conseil des EPF sur le corps professoral des écoles polytechniques fédérales du 18 septembre 2003, approuvée par le Conseil fédéral (O-corps professoral EPF).

coordination dans le domaine suisse des hautes écoles (LEHE)[19] ne contient pas de normes explicites sur les activités accessoires des professeurs ni de clause de délégation en faveur d'organes de la Confédération pour réglementer ce domaine[20]. Dans leur étude, ASTRID EPINEY et MARKUS KERN arrivent à la conclusion que la LEHE ne contient pas non plus de clause de délégation en faveur d'organes communs de la Confédération et des cantons - à savoir la CSHE, swissuniversities et le Conseil suisse d'accréditation - pour réglementer le domaine des activités accessoires des professeurs d'université[21]. En outre, la Confédération ne peut pas faire dépendre le paiement des subventions aux hautes écoles cantonales d'une réglementation spécifique en matière d'activités accessoires[22]. Enfin, *de lege lata*, il ne serait pas non plus compatible avec la répartition des compétences, d'insérer un nouvel article dans la LEHE qui habiliterait un organe commun d'édicter des normes en matière d'activités accessoires des professeurs d'université[23].

En **l'absence d'une compétence fédérale** dans ce domaine, les auteurs relèvent cependant que **swissuniversities pourrait formuler des recommandations**, des *best practices*, en la matière, puisqu'il s'agirait de dispositions de *soft law*[24].

En novembre 2015, le conseiller fédéral Johann Schneider-Ammann, président de la Conférence des hautes écoles, a adressé une lettre à la Délégation des finances en informant cette dernière que le **Conseil des hautes écoles** avait décidé de se saisir activement de la problématique des activités accessoires des professeurs d'université, en dépit du fait que la Confédération ne disposait pas de compétences en la matière :

« Trotz dieser klaren Kompetenzlage hat der Hochschulrat an seiner Sitzung vom 19. November 2015 beschlossen, das Thema aktiv anzugehen. Die Rektorenkonferenz der schweizerischen Hochschulen swissuniversities ist dabei, eine aktuelle Bestandesaufnahme sämtlicher einschlägigen Regularien an allen universitären Hochschulen zu realisieren. Au dieser Basis wird der Hochschulrat an seiner Sitzung vom 26. Mai 2016 eine vertiefte Diskussion führen. [...] Unter Umständen könnten aus dieser Diskussion heraus seitens des Hochschulrates **beispielsweise so genannte *Best Practices* im Sinne des erwähn-**

19 RS 414.20.

20 EPINEY/KERN 2015, N 47 s.

21 EPINEY/KERN 2015, N 68.

22 EPINEY/KERN 2015, N 72 ss, surtout N 86.

23 EPINEY/KERN 2015, N 132.

24 EPINEY/KERN 2015, N 68 ss.

> **ten Rechtsgutachtens** formuliert werden. Für die Umsetzung wären aufgrund der gesetzlichen Rahmenbedingungen bei den kantonalen Hochschulen die entsprechenden kantonalen Träger zuständig. »[25]

En décembre 2015, swissuniversities a présenté dans une lettre adressée au conseiller fédéral JOHANN SCHNEIDER-AMMANN les résultats d'une enquête réalisée auprès des hautes écoles universitaires concernant les réglementations des activités accessoires en les termes suivants :

> « [...] toutes les hautes écoles universitaires disposent de réglementations précises et appropriées en matière d'activités accessoires de leurs collaborateurs. Ces dispositions sont intégrées dans un dispositif législatif cantonal ou fédéral et édictées en partie par les autorités de tutelle et en partie par les hautes écoles universitaires elles-mêmes. […] [L]es **hautes écoles universitaires sont très sensibles à l'importance de la transparence** et […] sont attentives à ce que les activités accessoires de leurs collaborateurs ne portent **aucun préjudice à la réalisation de leurs missions de base** et aient lieu dans le **respect des règles en vigueur**. »[26]

1.2 L'enquête de la radiotélévision suisse alémanique (SRF)

La radiotélévision suisse alémanique (SRF) a mené une enquête concernant les activités accessoires et liens d'intérêts des professeurs d'universités en Suisse. Elle en a publié les résultats fin avril 2016 sur son site web sous forme d'articles, d'émissions de radio ou de télévision, de bases de données et de graphiques[27]. Elle a également créé un mot-dièse (#srfuni) sur Twitter.

> L'enquête de SRF tourne autour de la notion de liens d'intérêts[28], expression définie comme les « rapports contractuels entre une université et des tiers »[29]. Alors que les

---

25 Lettre de la Conférence suisse des hautes écoles à la Délégation des finances du 23 novembre 2015.

26 Lettre de swissuniversities adressée au conseiller fédéral Johann Schneider-Ammann du 3 décembre 2015 (souligné par nous).

27 www.srf.ch/news/schweiz/uni-transparenz (consulté le 5 mai 2016).

28 Cf. ci-dessous ch. 2.3.2.1 pour la délimitation entre liens d'intérêts et activités accessoires.

29 GROSSENBACHER TIMO/SCHMIDLI JULIAN, Uni-Bindungen : Was die Daten aussagen können – und was nicht, article publié le 19 avril 2016 sur le site de SRF.

> activités accessoires en font partie, d'autres rapports contractuels, comme les contrats entre une société privée et une université, font également partie des « liens d'intérêts »[30].

SRF a créé une base de données permettant au public de découvrir les liens d'intérêts par professeur et par université. Cette base de données est accessible sur internet[31].

> Les enquêteurs ont obtenu les données de différentes manières : une partie en provenance directe des autorités universitaires ; une autre au moyen du droit d'accès aux documents fondé sur les différentes lois fédérales et cantonales sur le principe de la transparence ; une troisième en compilant les informations déjà publiées sur les sites web respectifs des universités[32].

On doit cependant constater que cette base de données n'est que partiellement fiable. D'un côté, comme le soulèvent les enquêteurs eux-mêmes, les réglementations universitaires divergent fortement, empêchant l'exacte comparabilité des données. En effet, plus le régime juridique est strict au niveau de l'annonce ou de l'autorisation des activités accessoires, plus les professeurs concernés se retrouveront recensés dans la base de données de SRF. La même remarque vaut pour les diverses réglementations en matière de transparence applicables aux universités.

> Il n'est dès lors pas surprenant que les professeurs des universités de Saint-Gall et de l'EPFL ont, selon l'enquête de SRF, le plus de liens d'intérêts en comparaison avec les autres universités : ces deux établissements sont soumis à des réglementations matérielles et de transparence plutôt strictes[33].

---

30 GROSSENBACHER TIMO/SCHMIDLI JULIAN, Uni-Bindungen : Was die Daten aussagen können – und was nicht, article publié le 19 avril 2016 sur le site de SRF.

31 www.srf.ch/news/interaktive-grafik-alle-interessenbindungen-auf-einen-blick (consulté le 5 mai 2016).

32 L'Université de Lausanne aurait dépensé plusieurs milliers de francs pour répondre à la demande d'accès de SRF ; une collaboratrice ayant été mobilisée pendant trois mois pour récolter les données. Cf. LUCIE MONAT, Les gros sous de la science, *Tribune de Genève* du 11 mai 2016, entretien avec Dominique Arlettaz, recteur de l'Université de Lausanne, p. 6.

33 Cf. ci-dessous ch. 2.4.2 pour les différentes réglementations matérielles et ch. 4.2.2.6 pour les règles spéciales en matière de transparence applicables aux hautes écoles.

D'un autre côté, il semble qu'un nombre important de données n'ait pas pu être obtenu de la part des universités. Plusieurs facteurs sont susceptibles d'expliquer ces carences, relevant tant du régime juridique général en matière de transparence que de l'organisation administrative interne liée aux recensements et aux processus de communication des informations y relatives.

> La base de données SRF ne recense ainsi pour la Faculté de droit de l'Université de Genève – qui connaît un régime plutôt strict en ce qui concerne l'annonce des activités accessoires[34] – qu'un seul professeur ayant des liens d'intérêt[35]. L'information est clairement lacunaire.

Ces lacunes montrent qu'un accès documenté et centralisé aux informations relatives aux activités accessoires des professeurs d'université n'est en pratique pas aisé.

1.3 Le plan de recherche

Nous chercherons dans le présent avis de droit à :

1. analyser **quel degré de transparence** des activités accessoires des professeurs des hautes écoles en Suisse **l'ordre juridique cantonal, intercantonal, fédéral et international** est en mesure d'assurer, et
2. tester l'hypothèse selon laquelle le **degré de transparence effective** dépend de la **combinaison du régime juridique matériel régissant les activités accessoires** des professeurs (transparence à l'égard de l'institution) **avec celui de la transparence à l'égard du public** sous ses différentes modalités (règles générales et spéciales concernant l'information sur demande et d'office).

Nous procéderons en deux temps :

---

[34] Cf. ci-dessous ch. 2.4.2.2.

[35] www.srf.ch/news/interaktive-grafik-alle-interessenbindungen-auf-einen-blick (consulté le 17 mai 2016).

1. en exposant tout d'abord de manière structurée et analytique les différents **régimes juridiques matériels** applicables aux activités accessoires (**transparence à l'égard de l'institution**) ;

2. en se demandant ensuite si et dans quelle mesure le public a le **droit de connaître les informations relatives aux activités accessoires des professeurs**, soit sur demande ou de manière spontanée, soit sur la base de lois générales sur la transparence, soit de lois spéciales (**transparence à l'égard du public**).

Il convient d'ajouter les précisions suivantes à cet égard :

1. Nous mettrons l'accent sur les **professeurs** d'**université**. Nous n'aborderons que sporadiquement les activités accessoires du personnel administratif et technique ainsi que des autres catégories de personnel scientifique. Quant aux établissements visés, nous baserons essentiellement notre analyse relative au régime juridique matériel sur celui des universités cantonales et des écoles polytechniques fédérales ; l'étendre à toutes les hautes écoles aurait excédé le champ de notre mandat. Notre étude sur la transparence à l'égard du public sera en revanche plus large, s'appliquant aussi aux autres hautes écoles.

2. Nous mettrons l'accent sur le droit d'accès du public, c'est-à-dire **l'information sur demande**[36], tout en évoquant en fonction des besoins les règles relatives à **l'information d'office**.

[36] Sur ces notions, cf. ci-dessous ch. 3.1.

2 LA RÉGLEMENTATION MATÉRIELLE DES ACTIVITÉS ACCESSOIRES DES PROFESSEURS (TRANSPARENCE À L'ÉGARD DE L'INSTITUTION)

2.1 Introduction

Nous analyserons la **transparence** des activités accessoires des professeurs d'université en exposant d'abord le **régime juridique matériel** applicable.

L'existence d'un tel régime, par exemple sous la forme d'une obligation d'annonce ou d'autorisation, peut d'une part être considérée comme une mesure de **transparence à l'égard de l'institution** : l'administration et la direction universitaires sont informées des activités accessoires de leurs professeurs, mais pas forcément le public.

D'autre part, il existe un lien étroit entre ces deux volets. Une réglementation matérielle souple des activités accessoires – n'impliquant par exemple aucune obligation d'annonce des activités accessoires – a pour conséquence de rendre en pratique plus difficile l'exercice du droit d'accès, car l'université ne possédera pas de manière centralisée les documents ou informations recherchés[37]. Par ailleurs, contrairement aux idées reçues, un régime d'autorisation ne sera pas forcément plus transparent si l'ordre juridique ne reconnaît pas un droit d'accès du public à de telles informations.

Nous présenterons tout d'abord brièvement les buts des réglementations matérielles (2.2) ainsi que les différentes définitions de la notion d'activité accessoire (2.3), puis nous classerons les réglementations des universités en différents régimes (2.4).

[37] Cf. ci-dessous ch. 2.4.2.1 et 3.6.

2.2 Les buts

Les buts d'une réglementation matérielle des activités accessoires des professeurs d'université sont multiples[38]. D'une part, la réglementation vise à éviter des conséquences potentiellement négatives :

- **Garantir l'indépendance de la recherche**[39] : selon le type d'activité, la nature du co-contractant ou encore la hauteur de la rémunération, une activité accessoire peut constituer un risque pour l'indépendance de la recherche. Par le biais d'une obligation d'annonce par exemple, une université peut s'assurer que la liberté de la science (art. 20 Cst.) est garantie.

- **Prévenir une perte de réputation**[40] : l'activité accessoire d'un professeur peut aussi mener à une perte de réputation de l'université. Les universités ont un intérêt à disposer des moyens adéquats, par exemple l'interdiction, le cas échéant, d'un certain type d'activités.

- **Garantir l'exercice des tâches principales**[41] : en tant qu'employeur, les universités doivent pouvoir s'assurer que les employés respectent leurs obligations de service.

- **Prévenir les conflits d'intérêts**[42] : une activité accessoire peut donner lieu à des conflits d'intérêts, de loyauté ou concurrencer le mandat de base du professeur[43].

---

38 Ils se recoupent d'ailleurs partiellement avec les intérêts publics à la transparence en matière d'activités accessoires, cf. ci-dessous ch. 5.3.2.

39 Cf. p.ex. CONTRÔLE FÉDÉRAL DES FINANCES 2009, p. 29, et § 5 Ordnung des Universitätsrats der Universität Basel über Nebentätigkeiten, Vereinbarungen mit Dritten und die Verwertung von geistigem Eigentum im Rahmen der universitären Tätigkeit vom 18. August 2004 (Ordnung/UNIBAS).

40 Cf. p.ex. § 5 Ordnung/UNIBAS, et § 14 Personalverordnung der Universität Luzern vom 25. Oktober 2005 (PV/UNILU).

41 Cf. p.ex. art. 15 de la loi sur l'Université du 19 novembre 1997 (LUni/FR) et ch. 2 Richtlinien des Universitätsrates für Nebenaktivitäten und den Nebenerwerb von Dozierenden an der HSG du 3 mai 2010 (Richtlinien Nebenaktivitäten/UNISG ; non publié sur internet).

42 Cf. p.ex. CONTRÔLE FÉDÉRAL DES FINANCES 2009, p. 29, et § 5 Ordnung/UNIBAS.

43 Art. 93 al. 1er de l'ordonnance sur l'Université 12 septembre 2012 (OUni/BE).

- **Procurer des ressources financières à l'institution**[44] : les universités peuvent avoir un intérêt à participer aux gains provenant des activités accessoires au titre de financement externe, notamment en instaurant des systèmes de rétrocession partielle ou totale. La pression est d'autant plus forte en période de ressources financières restreintes.

La réglementation des activités accessoires présente d'autre part des avantages tels que le **transfert de connaissances**, l'augmentation de la **réputation de l'université** ainsi que celle des **professeurs**[45].

2.3 Les notions d'activité accessoire, de liens d'intérêt et de gain accessoire

Nous exposerons dans l'ordre les différentes approches des universités quant à la définition de l'activité accessoire[46] (2.3.1) puis nous distinguerons les activités accessoires des notions connexes de liens d'intérêts et de gain accessoire (2.3.2).

2.3.1 La définition de l'activité accessoire

2.3.1.1 Des définitions variables selon les ordres juridiques

La plupart des réglementations définissent la notion d'activité accessoire[47]. Ces définitions divergent en partie, même si elles contiennent souvent des éléments similaires[48]. En voici quelques exemples :

---

44 Cf. notamment CONTRÔLE FÉDÉRAL DES FINANCES 2009, p. 10 ss.

45 Cf. CONTRÔLE FÉDÉRAL DES FINANCES 2009, p. 29. Cf. ci-dessous ch. 1.1.

46 La terminologie dans les différents ordres juridiques pour désigner les activités accessoires n'est pas uniforme : « activité accessoire », « activité annexe », « activité extérieure », « Nebentätigkeit », « Nebenbeschäftigung » et « attività esterna ». Nous utiliserons de manière générale dans le présent texte la notion d'activité accessoire.

47 Comme précisé plus haut, nous avons limité nos recherches aux définitions utilisées par les universités en Suisse (universités publiques cantonales et les deux EPF).

48 Cf. pour l'*Université de Bâle* : § 2 Ordnung/UNIBAS ; pour *l'Université de Berne* : art. 19 al. 2 de la loi sur l'Université (LUni/BE) ; pour *l'Université de Fribourg* : art. 2 al. 1er des directives du Rectorat de l'Université de Fribourg concernant les activités accessoires des

L'Université de Genève définit les activités accessoires comme les « activités rémunérées exercées par le membre du corps enseignant à charge complète, pour le compte d'un tiers et en dehors de son cahier des charges » qui sont, de plus, « en rapport avec son domaine d'enseignement et de recherche »[49].

L'Université de Neuchâtel définit les activités accessoires (« activités annexes » selon la terminologie neuchâteloise) comme « toutes les activités payées ou non qu'un membre du corps professoral ou du corps intermédiaire exerce en son propre nom et pour son propre compte, en dehors de ses rapports de travail avec l'UniNE et en sus de son taux d'occupation académique, mais en lien avec ses qualifications scientifiques ou académiques, ou de nature à affecter ses activités universitaires, telles que l'enseignement dans une autre institution, des expertises faites à titre personnel, la participation à un conseil d'administration ou des activités politiques importantes. »[50]

A l'Université de Berne est « considérée comme annexe une activité que le collaborateur ou la collaboratrice accomplit en grande partie personnellement et qui ne fait pas partie de son mandat de base. »[51]

Le CDF et les auteurs de l'avis de droit sur la répartition des compétences ont utilisé une définition assez similaire de la notion d'activité accessoire.

---

professeur-e-s et des collaborateurs et collaboratrices scientifiques du 23 mai 2016 (Directives AA/UNIFR) ; pour *l'Université de Genève* : Art. 52 al. 1er RPers/UNIGE ; pour *l'Université de Lausanne* : art. 1er de la directive de la Direction 1.25 sur les activités accessoires à l'Université de Lausanne du 21 août 2006 (Directive AA/UNIL) ; pour *l'Université de Lucerne* : § 13 al. 2 PV/UNILU ; pour *l'Université de Neuchâtel* : art. 1er du règlement du Rectorat concernant les activités annexes des membres du corps professoral et du corps intermédiaire du 23 février 2009 (Règl AA/UNINE) ; pour *l'Université de Saint-Gall* : art. 3 al. 1er Informations- und Offenlegungsrichtlinien des Senatsausschusses vom 21. Oktober 2014 ; pour l'*Université de la Suisse italienne* : art. 27 regolamento del Consiglio dell'Università della Svizzera italiana sulle condizioni generali di lavoro per il corpo accademico dell'Università della Svizzera italiana del 7 luglio 2000 (RPers/USI) ; pour *l'EPFL* et *l'EPFZ* : art. 6 de l'O-corps professoral EPF (RS 172.220.113.40).

49 Art. 52 al. 1er RPers/UNIGE. L'Université de Genève connaît également les « activités extérieures » (membres du corps enseignant à charge partielle) et les « autres activités lucratives » (membres du corps enseignant à charge complète, mais activité pas en rapport avec le domaine d'enseignement), cf. art. 59 et 57 RPers/UNIGE.

50 Art. 1er Règl AA/UNINE.

51 Art. 19 al. 2 LUni/BE.

Dans son rapport, le CDF s'est servi de la définition suivante : « Les activités accessoires correspondent à des prestations personnelles de professeurs qui ne s'inscrivent pas dans le cadre de leur activité de base ; ils exercent ces activités en leur nom propre, pour leur propre compte et à leur propres risques. En règle générale, ces activités doivent avoir un lien avec le domaine d'enseignement et de recherche et être compatibles avec les activités académiques. »[52]

ASTRID EPINEY et MARKUS KERN recourent quant à eux dans leur avis de droit à la définition suivante : « So sollen im Folgenden unter Nebenbeschäftigungen all diejenigen Tätigkeiten verstanden werden, die bereits zu 100% angestellte Professorinnen und Professoren in eigenem Namen und auf eigene Rechnung durchführen ; in der Regel stehen solche Tätigkeiten in einem engen Zusammenhang mit dem Forschungsgebiet der Professorinnen und Professoren. »[53]

2.3.1.2 Les éléments des définitions

Nous nous limiterons dans le présent avis de droit à relever les éléments **récurrents** contenus dans les différentes définitions[54] :

Activité : toutes les réglementations contiennent le mot « activité » (« *Tätigkeit* » / « *attività* »). Une activité présuppose un ensemble d'actes ou d'actions de la part du professeur. Le terme activité exclut donc le fait d'être actionnaire d'une entreprise privée ou le fait de percevoir des droits d'auteur par exemple[55].

Exercée en nom propre/personnellement : certaines réglementations précisent que le professeur exerce l'activité en son nom propre, et non au nom de l'université[56]. Certaines universités ajoutent que le professeur exerçant une activité accessoire assume la **responsabilité** des actes exécutés lors de son exercice[57].

Pour le compte d'un tiers : certaines réglementations précisent que l'activité doit être exercée pour le compte d'un tiers[58]. Le tiers peut notamment être une **entreprise privée**,

---

52 Résumé en français du Rapport CDF, Activités accessoires des professeurs d'université. Evaluation des dispositions légales et des pratiques, p. 1.

53 EPINEY/KERN 2015, p. 3.

54 Cf. la liste à la note de bas de page 48.

55 Cf. pour le lien avec la notion du gain accessoire ci-dessous ch. 2.3.2.2b)

56 Cf. p.ex. art. 19 al. 2 LUni/BE et art. 93 al. 4 de l'OUni/BE.

57 Cf. p.ex. art. 27 RPers/USI.

58 Cf. p.ex. § 2 al. 1er Ordnung/UNIBAS.

une **institution publique** ou une **personne physique**. Parmi les institutions publiques, il convient de mentionner notamment l'armée, les cantons et les communes.

Activité **indépendante ou dépendante** : le professeur exerce l'activité soit à titre indépendant, pour son propre compte, ou à titre dépendant. La relation contractuelle entre le professeur et le tiers peut notamment prendre la forme du **contrat de travail**, de **mandat** ou **d'entreprise**. Les activités peuvent également être **électives**[59].

Accessoire : toutes les réglementations font référence au caractère accessoire de l'activité. Certaines précisent que l'activité doit être effectuée **en dehors du cahier des charges du professeur**, en sus de son taux d'occupation académique[60]. Les réglementations analysées ne définissent pas le caractère accessoire de l'activité par rapport aux montants perçus ou au nombre d'heures investies par le professeur[61].

Rémunération : certaines réglementations prévoient que seules les activités rémunérées sont des activités accessoires[62]. D'autres incluent toutes les activités, rémunérées ou non[63].

En lien avec le domaine d'enseignement et de recherche : certaines réglementations exigent que l'activité soit en lien avec le domaine d'enseignement et de recherche[64]. Les activités qui ne le sont pas sont parfois soumises à la loi sur le personnel du canton concerné[65]. Cet élément permet d'exclure les activités purement privées comme la garde d'enfants à la maison contre rémunération ou le fait de jouer dans un quatuor à cordes ou un quintette de cuivres.

---

59 Cf. notamment l'art. 1er Directive AA/UNIL.

60 Cf. p.ex. la réglementation neuchâteloise, cf. ci-dessus ch. 2.3.1.1.

61 Certaines d'entre elles contiennent cependant une limitation du nombre d'heures pouvant être investies pour l'activité accessoire (p.ex. la réglementation genevoise). Ce point relève en revanche plutôt de l'aménagement du régime juridique matériel sans véritablement constituer un élément de la définition.

62 Cf. notamment la réglementation genevoise, cf. ci-dessus ch. 2.3.1.1.

63 Cf. p.ex. la réglementation neuchâteloise, cf. ci-dessus ch. 2.3.1.1.

64 Cf. p.ex. la réglementation genevoise, cf. ci-dessus ch. 2.3.1.1. La réglementation fribourgeoise inclut toutes les activités qui ne sont « pas directement en rapport avec la mission générale de l'Université, le contrat d'engagement ou le cahier des charges », mais exclut les « activités purement privées en dehors des rapports de travail et de mandat », cf. art. 2 al. 1er et 3 Directives AA/UNIFR.

65 Cf. préambule Richtlinien der Universitätsleitung der Universität Bern betreffend Nebenbeschäftigungen und Nebeneinkünften von Dozierenden und Assistierenden vom 27. Januar 2010 (Directive AA/UNIBE),

Toutes les réglementations illustrent la notion par un ou plusieurs **exemples**.

Les exemples cités le plus souvent sont les suivants:

- Mandats d'enseignement dans le domaine de la formation ou la formation continue dans d'autres hautes écoles ou écoles suisses[66] ;
- Activités de conseil ou d'expertise[67] ;
- Mandats dans des conseils d'administration ou de fondation, mandat d'arbitrage ou membre de la direction d'une société[68] ;
- Activités politiques importantes, fonction ou charge publique[69].

2.3.1.3 Les exclusions des définitions

Certaines réglementations excluent des définitions un certain nombre d'occurrences en dressant une liste plus ou moins longue d'exceptions[70]. Certaines activités peuvent également être exclues par le biais d'une définition très étroite.[71] Les activités exclues ne tombent pas dans le champ d'application de la réglementation sur les activités accessoires, soit parce qu'elles font partie du « mandat de base »[72],

66 Cf. p.ex. § 6 al. 3 ch. 5 et 6 Reglement der Universitätsleitung zur Erteilung von Bewilligungen für die Ausübung von Nebenbeschäftigungen, die Erhebung von Abgaben sowie zur jährlichen Deklaration der Nebenbeschäftigungen bei Professorinnen und Professoren vom 17. Juli 2008 (Regl AA/UNIZH). Mais cf. p.ex. les réglementations bernoises et fribourgeoises où cette activité ne constitue pas une activité accessoire : art. 95 al. 1er OUni/BE et art. 2 al. 2 let. b et c Directives AA/UNIFR.

67 Cf. p.ex. art. 52 al. 2 RPers/UNIGE.

68 Cf. p. ex. § 2 al. 2 Ordnung/UNIBAS.

69 Cf. p. ex. § 2 al. 2 Ordnung/UNIBAS.

70 Cf. p. ex. ch. C.II. Directive AA/UNIBE et l'art. 2 al. 2 Directives AA/UNIFR. Voir également les anciennes directives du Rectorat de l'Université de Fribourg concernant les activités accessoires des professeur-e-s du 30 septembre 2002 qui excluaient toutes les activités qui sont directement

71 Cf. p.ex. l'art. 52 al. 1er RPers/UNIGE qui exclut les activités non rémunérées.

72 Cf. p. ex. art. 95 ss OUni/BE et ch. C.II. Directive AA/UNIBE et l'art. 2 al. 2 Directives AA/UNIFR.

soit parce que l'université estime que ces activités sont d'importance mineure et qu'elles ne posent pas de problème particulier[73].

Les exemples d'exclusion *explicite* sont notamment les suivants[74] :

[73] Cf. p.ex. ch. III Directive AA/UNIGE.

[74] Cf. pour *l'Université de Bâle* : § 2 al. 3 Ordnung/UNIBAS ; pour *l'Université de Berne* : art. 95 OUni/BE et ch. C.II. Directive AA/UNIBE ; pour *l'Université de Fribourg* : art. 2 al. 2 Directives AA/UNIFR ; pour *l'Université de Genève* : ch. III Directive AA/UNIGE ; pour *l'Université de Lausanne* : art. 1er Directive AA/UNIL ; pour *l'Université de Saint-Gall* : Informations- und Offenlegungsrichtlinien des Senatsausschusses vom 21. Oktober 2014 (Informationsrichtlinien/UNISG) ; pour *l'Université de Zurich* : § 3 Regl AA/UNIZH ; pour *l'EPFZ* : art. 2 al. 2 Richtlinien der Schulleitung betreffend Nebenbeschäftigung von Professorinnen und Professoren der ETH Zürich vom 12. Februar 2008 (Richtlinien AA/ETHZ).

Activité	**Université(s) qui l'exclu(en)t**
Publications dans le domaine d'expertise	Bâle, Berne, Fribourg
Activité de conférencier dans le domaine d'expertise/ participation à des colloques scientifiques	Bâle, Berne, Fribourg, Genève, Lausanne, Zurich
Participation à des commissions scientifiques universitaires et/ou extra-universitaires et/ou commissions extraparlementaires fédérales et/ou cantonales	Bâle, Berne, Fribourg, Genève, Zurich, EPFZ
Mandats d'enseignement dans d'autres universités ne dépassant pas deux heures par semaine ou d'autres écoles suisses	Berne, Fribourg
Expertise lors d'examens de maturité ou fédéraux ou d'examens professionnels	Berne, Fribourg, Zurich, EPFZ
Participation à l'édition de revues scientifiques ou autres	Berne, Zurich (si la rémunération ne dépasse pas CHF 1'000.-), EPFZ
Activités de conseil si la rémunération revient entièrement à l'université	Berne, Fribourg
Activités exercées en nom propre - sauf mandats dans des conseils d'administration, mandats d'arbitrage et d'enseignement - si la charge de travail ne dépasse pas 10 jours par année au maximum et que la rémunération ne dépasse pas CHF 20'000.-	Berne
Participation à un jury de thèse ou rapport de thèses ou évaluation d'articles scientifiques	Genève, Lausanne
Activités de formation continue	Neuchâtel[75], Saint-Gall, Zurich (si cela ne fait pas partie du mandat de base), EPFZ
Activité d'expertise pour des tâches universitaires ou de nature universitaire / mandats de l'Université	Fribourg, EPFZ
Mandats au sein de conseils d'administration ou de fondation pour le compte de l'université	EPFZ
Activités dans son propre bureau d'architecte	EPFZ

[75] Cf. ch. 5 de la notice explicative du 5 octobre 2009 se rapportant au Règl AA/UNINE.

2.3.1.4 Les activités accessoires des professeurs de médecine

Dans son rapport, le Contrôle fédéral des finances n'a pas pris en compte les activités médicales effectuées à titre privé par les professeurs de médecine. Ces derniers étant souvent des médecins pratiquants dans les hôpitaux universitaires cantonaux (Bâle, Berne, Genève, Vaud et Zurich), ils sont soumis aux **réglementations des établissements hospitaliers**[76].

La question mériterait un développement en soi, en particulier afin de s'assurer d'une part de la **cohérence des régimes spécifiques** mis en place en comparaison avec les régimes généralement applicables ainsi que, d'autre part, de **l'égalité de traitement** avec les professeurs actifs dans les autres disciplines.

> La branche pharmaceutique suisse vient de mettre en application un accord d'autorégulation relatif à la transparence : le *Code de coopération pharmaceutique* de scienceindustries, Interpharma et vips (*Code de conduite de l'industrie pharmaceutique en Suisse concernant la coopération avec les milieux professionnels et les organisations des patients* du 6 septembre 2013), rédigé sous l'impulsion de l'association pharmaceutique européenne (EFPIA), ayant elle-même adopté un *Code sur la publication* (*EFPIA Disclosure Code*).
>
> A compter du 30 juin 2016, les entreprises se sont engagées à publier les paiements effectués à des professionnels, dont des professeurs, pour les prestations suivantes : les indemnisations pour des prestations de conseil et de services, des soutiens financiers à des activités de recherche et développement dans le domaine de la santé et des contributions aux coûts pour la participation de spécialistes à des congrès ou manifestations. Il est prévu que la publication s'effectuera sur une base individuelle et indiquera le nom des bénéficiaires.[77]

---

[76] Cf. p.ex. pour Genève l'art. 11A de la loi sur les établissements publics médicaux (RS/GE K 2 05) et pour le canton de Zurich la Gesetz über die ärztlichen Zusatzhonorare vom 12. Juni 2006 (RS/ZH 813.14).

[77] https://fr.scienceindustries.ch > Engagements > Code pharmaceutique et Code de coopération pharmaceutique (consulté le 19 août 2016). Les milieux pharmaceutiques n'ont cependant pas prévu à ce jour de base de données centralisée. Un site web privé comprenant les médecins allemands et suisses pallie ce défaut, même si 30% seulement des médecins et autres professionnels ont accepté de dévoiler leurs données personnelles : https://correctiv.org/recherchen/euros-fuer-aerzte/datenbank/ch/ (consulté le 15 septembre 2016).

2.3.1.5 Synthèse

Le tour d'horizon des réglementations applicables aux universités suisses montre que la notion d'activité accessoire est définie de manière très diverse. Il n'existe **aucune définition communément admise**.

Sous l'angle de la **transparence**, on constate que plus la définition est large, plus le nombre d'activités accessoires potentiellement soumises à une obligation d'annonce ou d'autorisation est élevé, et plus la masse d'informations potentiellement transmissibles de manière centralisée croît. A l'inverse, si les réglementations excluent au niveau de la définition déjà une grande partie des activités accessoires, l'accès à de telles informations est d'autant plus compliqué[78].

2.3.2 La délimitation avec les notions connexes de « liens d'intérêts » et de « gain accessoire »

2.3.2.1 Les liens d'intérêts

En droit suisse, la notion de « liens d'intérêts » est surtout utilisée en rapport avec les membres du pouvoir législatif ou judiciaire[79].

> Les membres de l'Assemblée fédérale doivent déclarer leurs « intérêts » au début de chaque année civile. Les « intérêts » incluent les activités professionnelles, les fonctions qu'ils occupent au sein d'organes de direction, de surveillance, de conseil ou autres dans des sociétés, établissements ou fondations suisses ou étrangers, de droit privé ou de droit public, les fonctions de conseil ou d'expert qu'ils exercent pour le compte de services de la Confédération, les fonctions permanentes de direction ou de conseil qu'ils exercent pour le compte de groupes d'intérêts suisses ou étrangers et les fonctions qu'ils exercent au sein de commissions ou d'autres organes de la Confédération[80].

78 Cf. ci-dessous ch. 3.6.2

79 Cf. ci-dessous ch. 4.2.2.1 pour des exemples de registre d'intérêt.

80 Cf. art. 11 al. 1er de la loi sur l'Assemblée fédérale (LParl).

Elle apparaît cependant de plus en plus dans le contexte universitaire et vise notamment les membres du corps professoral[81]. La définition exacte de ce qui constitue un lien d'intérêt dépend de la réglementation applicable.

Le rapport avec la notion d'activité accessoire n'est pas facile à déterminer et dépend, là encore, des définitions données à ces deux notions dans l'ordre juridique pertinent. **Une activité accessoire constituera le plus souvent un lien d'intérêt**, notamment si l'activité est exercée pour le compte d'un tiers. L'exemple-type est le mandat au sein d'un conseil d'administration d'une grande banque commerciale. En revanche, un professeur qui donne des cours dans le cadre d'un programme de formation continue exerce, le cas échéant, une activité accessoire, sans que cette activité ne constitue un lien d'intérêt.

Toutefois, la **notion de « lien d'intérêt » est potentiellement plus large** que celle d'activité accessoire. Ainsi, un professeur détenant un nombre important d'actions d'une grande banque commerciale a un lien d'intérêt avec cette société. De même, un professeur qui est membre d'un parti politique a un lien d'intérêt, même s'il n'y joue pas forcément un rôle actif.

> A l'EPFL, « l'employé annonce au VPAA ou à son doyen/directeur/VP toutes les participations financières qu'il détient dans des sociétés, dès lors qu'un conflit d'intérêts potentiel existe »[82].
>
> A l'Université de Genève, « [u]n employé qui détient une participation financière (actions, options ou droits similaires) dans une société en informe le Doyen si cette participation peut être perçue comme donnant lieu à un conflit d'intérêt »[83].

---

81 L'Université de Zurich prévoit de publier tous les liens d'intérêts des professeurs sur internet sous forme d'une base de données en 2017 (cf. ANDEREGG SUSANNE, Uni schafft Transparenz, article paru sur le site du *Tages Anzeiger* le 22 avril 2016). Cf. dans ce contexte également GUYAZ JACQUES, Réputation des universités : des paillettes s'il vous plaît, article paru sur le site du *Domaine public* le 17 mai 2016, qui propose la création d'un registre central des contrats des universités avec des tiers.

82 Art. 12 des directives de la Direction de l'EPFL concernant la gestion des conflits d'intérêt dans le cadre d'activités ou de fonctions publiques exercées en dehors des rapports de travail du 1er décembre 2005 (Directive AA/EPFL).

Une réglementation peut prévoir que les liens d'intérêts ne doivent être annoncés qu'à l'intérieur de l'entité administrative[84]. Elle peut simultanément prévoir que ces liens d'intérêts seront publiés[85]. Enfin, la réglementation peut prévoir que les personnes concernées doivent directement publier leurs liens d'intérêts, par exemple sur un site internet[86] ou lors de la publication d'un article scientifique[87].

Un lien d'intérêt peut – mais ne doit pas forcément – aller de pair avec un gain accessoire. Cela est notamment le cas du professeur qui détient un nombre important d'actions d'une grande société commerciale et qui reçoit des dividendes.

2.3.2.2 Le gain accessoire

a) En général

Certaines réglementations des universités suisses font explicitement référence à la notion de « gain accessoire »[88]. Les directives pertinentes de l'Université de Berne en contiennent la définition suivante :

> « *Nebeneinkunft*. Einkunft zusätzlich bzw. neben dem Gehalt für die Grundanstellung an der Universität Bern »[89], soit tout revenu en plus de la rémunération de l'activité principale à l'Université de Berne.

---

83 Art. 10.1 de la directive du Rectorat de l'Université de Genève sur les conflits d'intérêts financiers (Directive CIF/UNIGE).

84 Cf. les exemples de l'EPFL et de l'Université de Genève ci-dessus.

85 Art. 11 al. 2 LParl : « Les Services du Parlement établissent un registre public des indications fournies par les députés. »

86 Cf. ci-dessous ch. 4.2.2.6 les exemples saint-gallois et genevois.

87 Cf. art. 7.3 Directive CIF/UNIGE et notamment l'art. 7.3 let. b qui prévoit que l'employé doit signaler « les relations qu'il entretient avec le secteur privé et qui pourraient être perçues comme donnant lieu à une situation de conflit d'intérêts lorsque cela lui est demandé par une revue scientifique pour une publication. » Même si la réglementation ne le prévoit pas explicitement, les auteurs peuvent préciser spontanément que l'article scientifique publié reprend tout ou partie d'un avis de droit rédigé pour un tiers (cf. p.ex. PICHONNAZ PASCAL/WERRO FRANZ/HURNI BÉATRICE, La prescription de la créance en restitution des commissions d'état (art. 400 al. 1 CO) après l'ATF 138 III 755, *PJA* 2013, p. 887-902). Sur les exigences contenues à ce propos dans les codes de déontologie, cf. ci-dessous ch. 3.3.

88 Cf. notamment Directive AA/UNIBE et les Richtlinien Nebenaktivitäten/UNISG.

> A notre avis, cette définition est trop large, car elle inclut potentiellement également des revenus purement privés, comme la rémunération de son compte en banque. Il serait donc avisé de préciser cette définition de manière à exclure les gains accessoires purement privés, par exemple en formulant que le gain accessoire est tout revenu non compris dans la rémunération de l'activité principale pour autant qu'il soit en rapport direct avec le domaine d'enseignement et de recherche.

S'appuyant sur cette dernière définition, on peut constater qu'un gain accessoire peut, mais ne doit pas nécessairement, provenir d'une activité accessoire. D'une part, le professeur qui siège au sein d'un conseil d'administration d'une société touche une rémunération qui peut être qualifiée de gain accessoire. De l'autre, les dividendes qu'il reçoit en détenant un nombre important d'actions acquises à titre privé peuvent également constituer un tel gain sans provenir d'une activité accessoire proprement dite.

Un gain accessoire peut également résulter d'une activité qui fait partie du cahier de charges du professeur, par exemple les droits d'auteur générés par la rédaction d'un manuel d'enseignement ou le produit d'un brevet comme on le verra dans la section suivante[90]. Quelques universités prévoient explicitement que le professeur peut garder la rémunération qu'il reçoit pour de telles activités. D'autres prévoient des régimes plus nuancés.

> A l'Université de Bâle, un professeur qui est rémunéré pour une activité explicitement exclue de la notion d'activité accessoire peut conserver les sommes reçues à ce titre[91].
>
> Les activités de formation continue font partie du cahier des charges des professeurs à l'Université de Neuchâtel : « Le Rectorat estime qu'il en va ainsi dans une mesure raisonnable qui doit être fixée pour chaque Faculté par le Décanat en fonction des

---

89 Ch. A.II Directive AA/UNIBE. Mais cf. définition neuchâteloise : « Sont réputés gains annexes les revenus tirés d'une ou plusieurs activités annexes rémunérées. » (cf. art. 2 al. 2 de l'arrêté du Conseil d'Etat neuchâtelois sur la rétrocession partielle des gains annexes importants des membres du corps professoral de l'Université (Arrêté AA/UNINE).

90 Cf. ci-dessous ch. 2.3.2.2b).

91 § 2 al. 3 Ordnung/UNIBAS.

> particularités propres à la Faculté […]. Au-delà de cette mesure raisonnable, l'activité déployée est assimilée à une activité annexe, rémunérée selon les barèmes existants »[92].
>
> A l'Université de Genève, si les montants versés au titre de dédommagements pour des activités qui ne sont pas considérées comme des activités accessoires (p. ex. la participation à un jury de thèse ou l'activité de conférencier) dépassent CHF 5'000.- par année, l'excédent doit être versé sur un fonds institutionnel[93].

Le gain accessoire ne doit par ailleurs pas être confondu avec le « complément de salaire » (*« Lohnzuschuss »* / *« complemento di salario »*) ou le « dépassement de traitement ». Ce dernier est un montant versé par l'institution en plus du salaire normal, notamment pour des prestations extraordinaires ou pour conserver la collaboration d'un professeur éminent. Tel sera par exemple le cas à l'Université de Genève si un professeur obtient des « fonds extérieurs particulièrement importants » :

> « [1]Avec l'autorisation du Conseil d'Etat, le Rectorat peut, à titre exceptionnel et dans l'intérêt de l'enseignement et de la recherche, décider de dépasser le montant maximum du traitement pour la fonction envisagée afin de s'assurer ou de conserver la collaboration d'un professeur éminent.
>
> [2]Le Rectorat se détermine, sur proposition du Décanat de l'UPER ou de la Direction de l'UER concernée, sur la base des critères d'appréciation suivants :
>
> a) éminence exceptionnelle du professeur dans le domaine de l'enseignement, de la recherche et/ou du service à la cité, validée notamment par l'obtention de distinctions internationalement reconnues;
>
> b) création ou direction de projets de recherche ou d'enseignement d'envergure nationale ou internationale ;
>
> c) obtention de fonds extérieurs particulièrement importants, à évaluer en fonction de la discipline d'activité du professeur. » (art. 194 RPers/UNIGE).

b) Le gain accessoire issu de la propriété intellectuelle

Avant de passer à l'analyse de la réglementation matérielle des activités accessoires, il convient de mentionner le domaine de la propriété intellectuelle qui peut

92 Cf. ch. 5 de la notice explicative du 5 octobre 2009 se rapportant au Règl AA/UNINE.

93 Cf. ch. III Directive AA/UNIGE.

également être en rapport avec les activités accessoires des professeurs. De la commercialisation d'un brevet d'invention ou des droits d'auteur peut en effet découler un gain accessoire. De plus, l'invention ou l'œuvre ne doivent pas forcément avoir été créées lors de l'exercice de l'activité principale, elles peuvent aussi l'avoir été lors de l'exercice d'une activité accessoire.

Toutes les universités connaissent des règles spéciales plus ou moins précises concernant la propriété intellectuelle, notamment en matière de brevets d'invention et de droits d'auteurs[94]. Ces dispositions sont susceptibles de constituer une *lex specialis* par rapport à la réglementation des activités accessoires. Certaines réglementations font explicitement le lien entre les deux domaines.

> A l'Université de Berne, « [s]i les droits d'auteur ou le brevet ont été acquis dans le cadre d'une activité annexe, les recettes dégagées par leur exploitation sont gérées comme des recettes d'activités annexes. »[95]
>
> A l'Université de Neuchâtel, « [l]es revenus tirés du fait de l'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle ne constituent pas des gains annexes » au sens de l'arrêté pertinent[96].

Nous ne traiterons pas plus avant ce point dans le présent avis de droit.

2.3.2.3 Synthèse

Les rapports entre les différentes notions – activité accessoire, liens d'intérêts et gain accessoire – ne sont pas toujours clairement définis dans les différents ordres juridiques. **Les notions se chevauchent souvent**.

Toutefois, au vu de l'analyse des dispositions sur la transparence, on dressera le même constat que pour la notion d'activités accessoire : plus les définitions sont larges, plus le nombre d'informations potentiellement soumises à un devoir

---

94 Cf. p.ex. à Zurich l'art. 12*a* Universitätsgesetz (RS/ZH 415.11) ou à Genève l'art. 15 de la loi sur l'Université (LUni/GE), qui ne réglemente cependant pas explicitement le gain provenant du droit d'auteur.

95 Art. 70 al. 2 LUni/BE.

96 Art. 2 al. 2 Arrêté AA/UNINE.

d'annonce est élevé, et plus la masse d'informations potentiellement transmissibles de manière centralisée croît entre les mains des universités.

2.4 Le régime juridique applicable aux activités accessoires des professeurs

La transparence des activités accessoires des professeurs est d'autant plus effective que les universités recensent de manière centralisées les informations nécessaires à leur sujet. Il importe donc de connaître les régimes juridiques applicables dans un établissement donné. Pareille démarche nous renseigne aisément sur l'existence de l'information ou du document recherchés.

Après une introduction consacrée au fondement du droit des professeurs d'exercer une activité accessoire (2.4.1), nous présenterons brièvement les différents régimes (2.4.2). Nous mentionnerons également la rémunération pour l'utilisation de l'infrastructure et du personnel (2.4.3).

Nous compléterons notre propos par des exemples, parfois simplifiés, tirés des règlements applicables aux universités. En aucun cas, nous n'ambitionnons ici de présenter de manière exhaustive les différentes réglementations[97].

2.4.1 Le droit des professeurs d'exercer une activité accessoire

La liberté économique, garantie à l'article 27 Cst., protège les activités économiques privées, c'est-à-dire l'« échange économique entre privés »[98] et toutes les activités qui sont en rapport avec cet échange. L'exercice d'une activité étatique n'est en revanche pas protégé par la liberté économique[99].

---

97 Pour une présentation détaillée des différentes réglementations des universités suisses, voir le rapport du CONTRÔLE FÉDÉRAL DES FINANCES, Rapport 2009, p. 37 ss. Cependant, plusieurs d'universités ont changé leurs réglementations entre-temps ; la présentation ne correspond donc plus au droit actuellement en vigueur.

98 Comm. BS CST.-UHLMANN, Art. 27 N 3.

99 Comm. BS CST.-UHLMANN, Art. 27 N 19 et références citées.

L'article 27 Cst. peut être invoqué par toute personne. Alors que pendant longtemps les fonctionnaires ne pouvaient pas se prévaloir de la liberté économique lors de l'exercice d'une activité accessoire dans l'économie privée, le Tribunal fédéral a changé sa jurisprudence en 1995[100]. Les professeurs à l'université peuvent depuis lors se prévaloir de la liberté économique pour l'exercice d'une telle activité.

Le droit des professeurs dans l'enseignement supérieur d'exercer des activités accessoires est également ancré dans la *Recommandation de l'UNESCO concernant la condition du personnel enseignant de l'enseignement supérieur* du 11 novembre 1997.[101]

> « Les enseignants de l'enseignement supérieur ont le droit d'exercer des activités professionnelles extra-universitaires, notamment si ces activités leur permettent d'améliorer leurs compétences professionnelles ou d'appliquer leurs connaissances aux problèmes de la communauté, à condition toutefois qu'elles n'empiètent pas sur leurs obligations premières envers l'établissement auquel ils sont attachés, telles qu'elles découlent de la politique et de la réglementation de l'établissement ou, le cas échéant, de la loi et de la pratique nationales. » (art. 30)

La réglementation des activités accessoires peut constituer une atteinte à la liberté économique. A l'instar de toute restriction d'un droit fondamental, celle de la liberté économique doit reposer sur une base légale[102], être justifiée par un intérêt public[103] et être proportionnée au but visé (art. 36 Cst.). Il convient d'ajouter que les restrictions qui peuvent être opposées aux professeurs des universités *publiques* sont plus nombreuses, puisque ceux-ci sont liés à l'Etat par un rapport de droit spécial[104].

---

100 ATF 121 I 326, c. 2.a).

101 Texte disponible sous http://fr.unesco.org/ > Ressources > Conventions > Recommandations (dernier accès 2 mai 2016).

102 Le principe d'une restriction de la liberté économique doit être prévu dans une loi au sens formel ; les détails peuvent être prévus dans une ordonnance, voir note de bas de page 136, Comm. BS CST.-UHLMANN, Art. 27 N 42.

103 P. ex. l'intérêt à ce que les professeurs consacrent assez de temps à leur tâche principale, à éviter des conflits d'intérêts, à l'indépendance de la recherche, etc. Cf. ci-dessus ch. 2.2, mais également ci-dessous ch. 5.3.2.

104 Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET 2012, p. 719 ss ; TANQUEREL 2011, N 488 ss ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER 2013, N 941.

A cet égard, il est intéressant de noter que la moitié des réglementations matérielles des activités accessoires trouvent leur fondement dans une loi formelle[105] ; l'autre moitié des universités a réglementé ce domaine au niveau infra-légal[106].

2.4.2 Les différents régimes

Les réglementations matérielles des activités accessoires peuvent être classées en cinq régimes, à savoir le régime libre, le régime avec obligation d'annonce, le régime avec obligation d'autorisation, le régime avec obligation d'annonce ou d'autorisation avec rétrocession d'une partie de la rémunération et, enfin, l'interdiction partielle ou totale des activités accessoires.

2.4.2.1 Le régime libre

Le régime libre signifie l'absence de toute réglementation dans le domaine des activités accessoires des professeurs ; c'est la solution la plus libérale. Les professeurs peuvent choisir d'exercer une activité accessoire, ou de ne pas en exercer une, sans être soumis à un quelconque devoir d'annonce ou d'autorisation. Ce régime a pour conséquence que l'université ne dispose pas d'informations centralisées quant aux activités accessoires exercées par ses professeurs, sous réserve d'éventuelles déclarations spontanées[107].

Les professeurs à l'Université de la Suisse italienne ne doivent ni annoncer ni demander une autorisation pour une activité accessoire dont la charge de travail ne dépasse pas, en moyenne, un jour par semaine et qui ne constitue ni une activité d'administrateur ou de directeur d'une société[108]. Partant, les organes de l'Université de la Suisse italienne ne savent pas forcément si un professeur donné exerce ou non des activités accessoires.

L'Université de Genève connaît un régime libre en ce qui concerne les activités accessoires non rémunérées, car ces dernières n'entrent pas dans la définition d'activité

105 Cf. le cas des Universités de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne, Neuchâtel et Zurich.

106 Université de Bâle (Universitätsstatut), de Lucerne (règlement du Conseil d'Etat), de Saint-Gall (Universitätsstatut), de la Suisse italienne (règlement du Conseil de l'université) et les deux EPF (ordonnance approuvée par le Conseil fédéral).

107 Cf. ci-dessous ch. 3.6.2.

108 Cf. art. 27 RPers/USI.

accessoire donnée par le règlement[109]. Par conséquent, les organes de l'université ne disposent pas d'informations sur les activités bénévoles de ses professeurs.

Si les activités accessoires d'un professeur à l'Université de Neuchâtel ne nécessitent pas plus de 20% d'un plein temps annualisé, ni ne créent un conflit d'intérêt potentiel, ni n'affectent la capacité de travailler en faveur de l'Université et si le professeur concerné n'utilise ni biens ni infrastructure de l'université, elles ne doivent être ni annoncées ni autorisées[110].

2.4.2.2 Le régime avec obligation d'annonce

Dans le régime avec obligation d'annonce, les professeurs sont libres d'exercer l'activité accessoire de leur choix, mais sont tenus de **l'annoncer à leur employeur**. Les réglementations peuvent prévoir des **éléments précis à communiquer**, tels que le taux d'activité, le nom du mandant ou du co-contractant et la rémunération que le professeur reçoit. En cas d'une demande d'accès, l'université détiendra par conséquent de manière plus ou moins centralisée toutes les informations que le professeur est tenu de lui annoncer selon la réglementation.

Il convient de préciser que l'annonce est adressée à l'employeur, c'est-à-dire à l'intérieur de l'université concernée. L'annonce interne (transparence à l'égard de l'institution) n'est pas à confondre avec l'éventuelle diffusion publique de celle-ci (transparence à l'égard du public). C'est une question de transparence sur laquelle nous reviendrons. Si l'obligation d'annonce interne facilite la transparence, elle ne constitue pas une condition *sine qua non*. Il se peut qu'une réglementation spéciale exige de publier les activités accessoires directement sur un site internet, sans que celles-ci aient dû formellement être annoncées à l'université[111]. Dans ce cas, l'annonce externe fait doublon avec la procédure d'annonce interne puisque l'université disposera indirectement des informations *via* la publication directe par les professeurs.

Si les annonces doivent être adressées au sein des différentes unités administratives, et non communiquées dans une banque de données centralisée (voir le changement de pratique de l'Office fédéral du personnel à la suite d'un arrêt du TAF[112]), l'information

---

109 Art. 52 al. 1er RPers/UNIGE.

110 Art. 2 al. 1er Règl AA/UNINE.

111 Cf. p.ex. la réglementation saint-galloise ci-dessous ch. 4.2.2.6.

112 Cf. ci-dessous ch. 5.5.

> sera moins pratique à consulter puisque le demandeur devra multiplier les requêtes dans les différents services.

Dans un régime avec obligation d'annonce pur, l'université ne pourra pas formellement interdire au professeur concerné d'exercer l'activité accessoire suite à l'annonce. Cependant, en pratique, beaucoup d'universités font dépendre l'exercice d'une activité accessoire de quelques conditions de base, par exemple la compatibilité de l'activité accessoire avec la fonction de professeur. Par le biais de la procédure de l'annonce, l'université pourra s'assurer que les éventuelles conditions de base sont remplies. Dans ce cas-là, l'annonce sert également au contrôle.

> Les professeurs à charge partielle à l'Université de Genève doivent annoncer au décanat concerné et au rectorat l'exercice de toute activité extérieure rémunérée, y compris la description et le volume horaire annuel en pour cent, ainsi que toute modification intervenue dans son exercice[113]. Ce régime d'annonce *a priori* contient toutefois implicitement quelques éléments du régime d'autorisation, car l'activité ne doit pas être incompatible avec la fonction de professeur et ne doit pas porter préjudice à l'accomplissement des devoirs de ce dernier[114]. Si tel devait être le cas, le décanat compétent ou le rectorat peut interdire l'activité en question.
>
> Confrontés à une éventuelle demande d'accès, les décanats concernés ainsi que le rectorat sont donc censés détenir la description ainsi que le taux d'activité de toute activité extérieure exercée par un professeur à charge partielle.
>
> Les universités de Bâle[115], Berne[116], Fribourg[117], Genève[118], Lausanne[119], Lucerne[120], Neuchâtel[121] et Zurich[122] connaissent une obligation générale d'annonce de toute activité

---

113 Art. 59 al. 2 RPers/UNIGE.

114 Art. 59 al. 1er RPers/UNIGE.

115 § 7 Ordnung/UNIBAS.

116 Art. 19 LUni/BE et art. 94 OUni/BE.

117 Art. 3 Directives AA/UNIFR.

118 Art. 53, 57 et 59 RPers/UNIGE. Cf. également l'art. 9.1 Directive CIF/UNIGE qui prévoit que tout employé de l'Université est tenu d'informer le Doyen ou le Rectorat avant d'accepter une position comme membre d'un conseil d'administration (ou d'une entité similaire telle un conseil consultatif) dans le secteur privé). Cf. également les articles 2.1 ss de la directive du Rectorat de l'Université de Genève sur la participation de l'Université de Genève et de ses collaborateurs dans des entités tierces et domiciliation d'entités tierces au sein de l'Université (projet du 31 mai 2016).

accessoire, en fonction, bien sûr, des définitions respectives des universités. Aux universités de Berne et de Lausanne, les professeurs doivent également déclarer tout gain accessoire[123].

A l'Université de Saint-Gall, les activités accessoires d'une certaine importance (une 1/2 journée par semaine) ainsi que les fonctions au sein d'un organe de direction (par exemple des mandats au sein de conseils d'administration) doivent être annoncées au recteur[124].

L'EPFL connaît une obligation d'annonce pour toutes les activités extérieures dans le domaine du consulting, des conseils scientifiques ou des expertises[125]. A l'EPFZ, les professeurs ne sont tenus d'annoncer une activité accessoire que s'ils ont un doute quant à la conformité de cette dernière avec les règlements[126].

Les éléments à communiquer selon les différentes règlementations sont notamment les suivants : nature et objet de l'activité accessoire, domaine d'activité, description sommaire, estimation du temps nécessaire, taux d'activité, durée d'occupation, infrastructure utilisée de l'université, coût d'utilisation de l'infrastructure, personnel utilisé de l'université, coût supplémentaire pour l'université causé par l'activité accessoire, revenus qui en découlent, nom du mandant ou du co-contractant et préavis du supérieur.

2.4.2.3 Le régime d'autorisation

Dans ce régime, toute activité accessoire des professeurs est soumise à autorisation préalable. Pour obtenir l'autorisation, les professeurs doivent annoncer le cas échéant un certain nombre d'éléments à l'entité ou à la personne compétente qui statuera sur l'admissibilité de l'activité en question. Les autorisations peuvent contenir des charges si la réglementation le prévoit, c'est-à-dire des devoirs imposés

119 Art. 2 art. 2 Directive AA/UNIL.

120 § 17 PV/UNILU.

121 Art. 52 al. 2 de la loi sur l'Université (LUni/NE).

122 § 61 al. 2 Personalverordnung der Universität Zürich (PV/UNIZH) et § 8 Regl AA/UNIZH.

123 Art. 19 al. 3 LUni/BE et art. 94 OUni/BE et art. 7 Directive AA/UNIL.

124 Ch. II Richtlinien Nebenaktivitäten/UNISG.

125 Art. 8 Directive AA/EPFL.

126 Art. 7 al. 3 Richtlinien AA/ETHZ.

au professeur relatifs à l'exercice de l'activité accessoire[127]. Il convient de noter que si une université connaît à la fois un régime d'annonce et d'autorisation, la délivrance d'une autorisation d'une activité accessoire ne libère pas forcément du devoir d'annonce[128].

> Un professeur à charge complète à l'Université de Genève doit obtenir une autorisation, avant de pouvoir exercer une activité accessoire rémunérée, fût-elle en rapport avec son domaine d'enseignement ou non[129]. Le professeur doit inclure les éléments suivants dans sa demande d'autorisation : description de l'activité et précisions sur le lien avec le domaine d'enseignement/de recherche ; la/les date(s) à laquelle (auxquelles) l'activité sera exercée ; le taux de l'activité ; la mention des absences éventuelles et la mention d'une éventuelle utilisation des ressources de l'Université[130]. L'autorisation est soumise aux deux conditions suivantes[131] : l'activité accessoire doit être compatible avec la fonction universitaire du professeur et l'exercice de son mandat ainsi qu'avec les règles d'éthique et de déontologie et ne peut pas dépasser 20% du taux d'activité du professeur, soit 100%, sur une moyenne annuelle.
>
> Au vu d'une demande d'accès à des documents ou informations, les organes de l'Université de Genève disposent donc des éléments susmentionnés concernant les activités accessoires des professeurs à charge complète.
>
> Les règlementations des autres universités peuvent être résumées comme suit :
>
> - A l'Université de Bâle, les mandats au sein de conseils d'administration ainsi que les activités accessoires nécessitant plus de 20% du taux d'occupation normal sont soumis à autorisation[132].
> - A l'Université de Berne, toutes les activités accessoires qui rentrent dans la définition donnée par la réglementation sont soumises à l'autorisation de la direction de l'Université[133].

---

127 Sur la notion de charge, cf. TANQUEREL 2011, p. 291.

128 Cf. notamment l'art. 5 al. 7 Directives AA/UNIFR.

129 Art. 52 ss RPers/UNIGE.

130 Ch. 3 Directive AA/UNIGE.

131 Art. 53 al. 3 et 4 RPers/UNIGE.

132 § 7b Ordnung/UNIBAS.

133 Art. 95 OUni/BE.

- A l'Université de Fribourg, l'exercice d'une activité accessoires est soumise à autorisation du rectorat si l'ampleur de(s) (l')activité(s) s'élèvent à plus de 25 jours par année ou si l'activité risque de compromettre l'accomplissement des devoirs universitaires, limite la liberté d'enseignement et de recherche et/ou est incompatible avec les intérêts de l'Université[134]. Sont également soumis à autorisation les mandats au sein d'un conseil d'administration et les mandats au sein d'un conseil de fondation, à l'exception des fondations d'utilité publique[135].

- Toutes les activités accessoires des professeurs sont soumises à une autorisation à l'Université de Lausanne ; un professeur qui ne reçoit pas de réponse à sa demande d'autorisation pendant dix jours ouvrables est en droit d'admettre que son activité est autorisée[136]. Les activités accessoires doivent respecter les conditions énumérées dans la directive sur les activités accessoires[137].

- Les activités accessoires des professeurs à l'Université de Lucerne ne sont soumises à autorisation que si elles impliquent une charge de travail importante ou s'il s'agit de mandats au sein de conseils d'administration[138].

- A l'Université de Neuchâtel, les activités accessoires sont soumises à autorisation si leur annonce est obligatoire. Leur annonce est obligatoire si le temps consacré à l'activité dépasse le 20% d'un plein temps annualisé, si l'activité crée un conflit d'intérêt potentiel, si elle affecte la capacité de travailler en faveur de l'Université ou si des biens ou infrastructures de l'Université sont utilisés[139].

- Les activités accessoires d'un professeur à l'Université de Saint-Gall doivent être autorisées si elles ont une grande visibilité (« *grosse Öffentlichkeitswirkung* ») ou s'il s'agit de la présidence d'un conseil d'administration[140].

- A l'Université de la Suisse italienne, les professeurs doivent demander une autorisation pour toute activité accessoire dont le temps nécessité dépasse en

134 Art. 4 al. 1er Directives AA/UNIFR.

135 Art. 4 al. 2 Directives AA/UNIFR.

136 Art. 47a de la loi sur l'Université de Lausanne (LUni/VD) et art. 2 et 3 Directive AA/UNIL.

137 Art. 3 Directive AA/UNIL.

138 § 15 PV/UNILU.

139 Art. 2 et 3 Règl AA/UNINE.

140 Ch. II Richtlinien Nebenaktivitäten/UNISG.

moyenne un jour par semaine et pour toute activité d'administrateur ou de directeur d'une société[141].

- Une activité accessoire d'un professeur de l'Université de Zurich est soumise à autorisation si le professeur a des doutes quant à son admissibilité, si elle nécessite plus d'une demi-journée par semaine, si le gain accessoire excède CHF 50'000.-, si l'infrastructure ou le personnel de l'Université sont utilisés et pour tout mandat au sein d'un conseil d'administration[142].

- Les professeurs de l'EPFL doivent demander une autorisation pour des activités accessoires en cas de conflits d'intérêts potentiel et si le taux de l'activité accessoire dépasse 20%. La demande doit mentionner une estimation du temps nécessité par l'activité, une description du type d'activité, le préavis du supérieur et, le cas échéant, le montant de la rétribution perçue. Ils doivent en outre demander une autorisation pour toute activité d'administrateur ou de directeur d'une société[143].

- Enfin, les professeurs de l'EPFZ doivent demander une autorisation pour une activité accessoire si le taux dépasse 20%, s'il s'agit d'une activité d'administrateur ou de directeur d'une société, si l'infrastructure de l'EPFZ est utilisée ou s'il existe un risque que la réputation de l'EPFZ soit compromise[144].

2.4.2.4 Le régime d'annonce ou d'autorisation avec rétrocession partielle ou totale du gain

Les réglementations peuvent également prévoir que les professeurs, en plus de l'obligation d'annonce ou d'autorisation, doivent rétrocéder tout ou partie du gain de l'activité exercée. La partie du gain à rétrocéder peut être exprimée en pourcentage ou en chiffres absolus. Les universités peuvent également prévoir un seuil en-dessous duquel les professeurs ne sont pas soumis à l'obligation de rétrocéder une partie. En outre, une éventuelle rétrocession peut être soumise à des conditions (par exemple si le domaine d'expertise du professeur est concerné).

A l'Université de Lausanne, « [l]es revenus d'activités accessoires sont soumis à rétrocession lorsque l'activité accessoire présente un lien avec l'activité principale exercée

141 Art. 27 al. 2 et 3 RPers/USI.

142 § 57 PV/UNIZH et les détails contenus au § 6 Regl AA/UNIZH.

143 Art. 6 al. 2 et 3 de l'O-corps professoral EPF et articles 7 et 10 Directive AA/EPFL.

144 Art. 6 al. 2 et 3 de l'O-corps professoral EPF et art. 7 Richtlinien AA/ETHZ.

pour l'Université »[145]. Le taux de rétrocession est fixé à 10% ; il s'applique à l'ensemble des revenus accessoires après déduction d'une franchise annuelle de CHF 10'000.-[146].

A l'Université de Zurich, les professeurs sont également soumis à un régime de rétrocession. Le seuil se situe à CHF 50'000.-. Les professeurs doivent rétrocéder 10% de tout ce qui dépasse cette somme[147].

Les professeurs de l'Université de Neuchâtel doivent rétrocéder 20% des gains annexes importants[148]. Est réputé gain annexe important la part de la somme des gains annexes supérieure au 30% du traitement annuel maximal versé par l'Université[149].

Dans ces cas de figure, du point de vue de la transparence potentielle, l'université dispose non seulement des informations sur l'activité accessoire elle-même, mais également sur le montant rétrocédé.

2.4.2.5 L'interdiction partielle ou totale des activités accessoires

Les dispositions sur les activités accessoires peuvent également prévoir une interdiction totale ou partielle des activités accessoires. Dans ce cas de figure, une demande d'accès à des documents ou informations concernant les activités accessoires n'a que peu de sens. L'université concernée disposera tout au plus des documents concernant une éventuelle sanction ou un constat qu'une activité accessoire donnée ne pourra pas être exercée.

Les activités accessoires des professeurs à charge complète à l'Université de Genève qui dépassent un taux de 20% sont interdites[150].

A l'Université de Lucerne sont interdites toutes les activités accessoires qui pourraient rendre le professeur concerné impartial ou qui pourrait compromettre sa fiabilité[151].

---

145 Art. 47b LUni/VD.

146 Cf. art. 5 al. 2 Directive AA/UNIL.

147 § 4 Regl AA/UNIZH.

148 Art. 52 al. 4 LUni/NE et art. 5 Arrêté AA/UNINE.

149 Art. 2 al. 3 Arrêté AA/UNINE.

150 Art. 53 et 57 RPers/UNIGE.

151 § 53 Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis (RS/LU N° 51) et § 47 Verordnung zum Personalgesetz des Regierungsrats des Kantons Luzern vom 24. September 2002 (RS/LU N° 52).

> L'Université de la Suisse italienne interdit à ses collaborateurs de donner des cours privés à des étudiants inscrits à cette dernière[152].

Une interdiction totale ou partielle peut également avoir une base contractuelle dans le cas de chaires sponsorisées. Le sponsor externe privé pourrait avoir un intérêt à inclure dans le contrat avec l'université une clause de non-concurrence.

2.4.3 La rémunération pour l'utilisation de l'infrastructure et du personnel

La rémunération pour l'utilisation de l'infrastructure et du personnel ne peut pas être classifiée dans l'un des régimes présentés ci-dessus. Il ne s'agit en particulier pas d'une rétrocession d'une partie du gain accessoire, mais plutôt d'un dédommagement de l'université pour l'utilisation de ses ressources. Il convient néanmoins de mentionner que toutes les universités demandent aux professeurs une indemnité pour l'utilisation de l'infrastructure ou du personnel si ceux-ci ont été utilisés pour accomplir des activités accessoires[153].

> L'Université de Fribourg connaît une réglementation qui relie l'indemnité versée à l'université pour l'utilisation de l'infrastructure aux revenus découlant d'activités accessoires et s'approche, de ce fait, d'un régime de rétrocession partielle des gains issus d'activités accessoires. En effet, si « les revenus découlant d'activités accessoires dépassent CHF 30'000 par an, un montant d'au moins 10% des revenus concernés est en principe prélevé en tant que redevance »[154]. Cette règle relativement stricte est cependant atténuée par l'alinéa suivant du même article. Selon ce dernier, des exceptions à cette règle peuvent

---

152 Art. 27 al. 7 RPers/USI.

153 Cf. pour l'*Université de Berne* : art. 96 OUni/BE ; pour l'*Université de Bâle* : § 9 et 9a Ordnung/UNIBAS ; pour l'*Université de Fribourg* : art. 15 LUni/FR ; pour l'*Université de Lucerne* : § 16 PV/UNILU ; pour l'*Université de Lausanne* : art. 6 Directive AA/UNIL ; pour l'*Université de Neuchâtel* : art. 52 al. 3 LUni/NE ; pour *l'Université de Saint-Gall* : ch. 4/I./c./i. Richtlinien Nebenaktivitäten/UNISG ; pour l'*Università della Svizzera italiana* : art. 27 al. 4 RPers/USI ; pour l'*Université de Zurich* : § 60 al. 3 PV/UNIZH et § 5 Regl AA/UNIZH ; pour l'*EPFL* et l'*EPFZ*: art. 6 de l'O-corps professoral EPF.

154 Art. 8 al. 5 Directives AA/UNIFR.

cependant être faites en regard du « montant total des moyens tiers acquis par la personne concernée, respectivement les services rendus par celle-ci en faveur de l'Université »[155].

2.4.4 Synthèse

Les réglementations des universités quant aux activités accessoires des professeurs ne sont **pas uniformes**. On peut les diviser en **cinq régimes** principaux : le régime libre, le régime avec obligation d'annonce, le régime avec obligation d'autorisation, le régime avec obligation d'annonce ou d'autorisation avec rétrocession d'une partie de la rémunération et l'interdiction partielle ou totale des activités accessoires.

La situation est compliquée par le fait que la réglementation relative à une université en particulier **combine** le plus souvent des éléments pris des différents régimes précédents.

Cet aperçu servira de base pour les développements suivants concernant la transparence à l'égard du public dans le domaine des activités accessoires.

[155] Art. 8 al. 6 Directives AA/UNIFR. Puisque ces directives sont entrées en vigueur très récemment, il n'existe pas encore d'informations sur la mise en œuvre de cette règle.

3 LA RÉGLEMENTATION RELATIVE À LA TRANSPARENCE À L'ÉGARD DU PUBLIC

3.1 Introduction

L'activité de l'administration publique était traditionnellement secrète en Suisse. Le mouvement vers une plus grande transparence a débuté au niveau cantonal il y a une vingtaine d'année[156]. Il s'est poursuivi avec l'entrée en vigueur voici dix ans du **principe de la transparence dans l'administration fédérale**[157]. Un **tiers des cantons** n'a cependant toujours **pas franchi le pas**[158].

L'accès aux **informations relatives à l'environnement** est en revanche garanti tant au niveau fédéral que cantonal, sur le fondement du droit international[159].

Le principe de la transparence, tel que défini dans la législation fédérale, confère à quiconque un **droit d'accès** aux documents détenus par les autorités administratives (art. 6 LTrans). On qualifie parfois ce droit d'**information sur demande** ou d'**information passive**[160].

> Le **droit d'accès au dossier** des parties à une procédure administrative ou judiciaire est réglementé par les lois procédurales spécifiques (en droit fédéral, cf. art. 3 al. 1er LTrans). Le **droit d'accès à ses propres données personnelles** que les collectivités publiques détiennent est pour sa part régi par les règles spécifiques du droit de la protection des données (en droit fédéral, cf. art. 3 al. 2 LTrans).

On oppose l'information sur demande à l'information exercée spontanément par les autorités, sans attendre une demande de consultation d'un document spécifique

156 Le canton de Berne a introduit le principe de la transparence en 1993 avec l'adoption de sa nouvelle constitution.

157 Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (loi sur la transparence, LTrans), entrée en vigueur le 1er juillet 2006 (RS 152.3).

158 Cf. ci-dessous ch. 3.3.

159 Cf. ci-dessous ch. 3.3.

160 Par opposition à l'information « active », i.e. d'office. Le qualificatif de « passif » est trompeur dans la mesure où l'administration a une obligation de livrer *activement* le document demandé et ne saurait rester « passive » !

de la part d'un particulier. On qualifie ce type d'activité d'**information d'office**, d'information **active**, ou plus généralement de **communication** publique[161].

Même si nous nous concentrons dans le présent avis de droit essentiellement sur l'information sur demande, **l'information d'office** revêt une **certaine importance** dans le domaine des **activités accessoires des professeurs**. En effet, si une information a déjà été publiée, les conditions pour le droit d'accès aux documents sont réputées remplies[162]. Les règles sur l'information spontanée par les autorités viennent donc compléter les règles sur le droit d'accès aux documents officiels.

> Parfois les lois conférant un droit d'accès aux documents officiels régissent également la **publicité des séances des autorités**[163]. Elles peuvent également règlementer dans le même acte, sur le plan cantonal, la **protection des données**[164].

3.2 Les buts

Rendre le processus administratif plus **transparent** est le but avoué des législations garantissant le droit d'accès aux documents administratifs. Il est cependant mis au service d'une fin supérieure, celle de renforcer **l'intégrité** des institutions publiques et la **confiance** des citoyens dans leurs autorités en donnant aux premiers les

---

161 La loi fédérale sur la transparence ne porte que sur l'information sur demande ; elle ne comprend pas l'information active (Comm. LTrans-BRUNNER/MADER, Einleitung, N 64).

162 Cf. pour le niveau fédéral art. 6 al. 3 LTrans et pour le niveau cantonal p. ex. art. 11 al. 2 Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 18. November 2014 (OeffG/SG).

163 Cf. p.ex. art. 5 ss de la Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD) du 5 octobre 2001 (RS/GE A 2 08) et art. 3 ss de la Loi sur l'information du public (Lin/BE) du 2 novembre 1993 (RS/BE 107.1).

164 P. ex. la loi zurichoise (Gesetz über die Information und den Datenschutz vom 12. Februar 2007 (IDG/ZH) ou la loi de Bâle-Ville (Gesetz über die Information und den Datenschutz vom 9. Juni 2010 (ID)).

moyens de **vérifier** sur pièce les documents de base sur lesquels les collectivités publiques agissent[165].

Mis en œuvre de façon conséquente, le principe de la transparence est un moyen conçu pour **améliorer le contrôle populaire des administrations publiques**. Le Conseil fédéral était très clair à ce propos dans son message :

> « Le principe de transparence peut être considéré comme un instrument supplémentaire direct permettant de renforcer le contrôle direct de l'administration par les citoyens. »[166]

Ce double aspect d'intégrité et de contrôle populaire est particulièrement marquant dans la problématique des activités accessoires des professeurs des hautes écoles.

3.3 Les sources

Les sources du principe de la transparence se trouvent à tous les niveaux de la hiérarchie des normes : droit international, constitutions, lois et ordonnances fédérales, lois et règlements cantonaux.

Les **textes internationaux** conférant aux citoyens directement un droit à l'information ne sont pas – encore – très nombreux ; il convient de citer la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement[167] (**Convention d'Aarhus**) et les divers textes du Conseil de l'Europe.

> La Convention d'Aarhus est une convention, conclue en 1998 sous l'égide de la Commission Economique des Nations Unies pour l'Europe (CEE-ONU), qui oblige les Etats parties à garantir « les droits d'accès à l'information sur l'environnement, de participation du public au processus décisionnel et d'accès à la justice en matière

165 Cf. ATF 136 II 399 (401), reprenant le message du Conseil fédéral (FF 2003 1819). Le but d'intégrité n'est en revanche pas explicite, mais nous paraît découler de la promotion de la confiance.

166 FF 2003 1817 ; arrêt du TF 1C_50/2015, c. 2.2.

167 RS 0.814.07. Elle est entrée en vigueur le 30 octobre 2001 après que seize Etats l'ont ratifiée. Elle compte actuellement 47 Etats parties (cf. www.unece.org/ > our work > environmental policy > public participation > about the convention ; consulté le 14 avril 2016).

d'environnement »[168]. Selon le texte de la convention, les Etats parties sont tenus de conférer au public, c'est-à-dire une ou plusieurs personnes physiques ou morales, un **droit d'accès aux informations en matière environnementale et de garantir la mise en œuvre de ce droit** (art. 2 ch. 4, art. 4 et 9 Convention d'Aarhus). Les personnes intéressées à obtenir une information en matière environnementale des autorités ne doivent pas faire valoir un intérêt particulier (art. 4 ch. 1 let. a Convention d'Aarhus). La convention s'applique aux autorités publiques, comprenant également « les personnes physiques ou morales qui exercent, en vertu du droit interne, des fonctions administratives publiques, y compris des tâches, activités ou services particuliers en rapport avec l'environnement » (art. 2 al. 2 let. b Convention d'Aarhus). Comme les hautes écoles publiques en Suisse sont soit rattachées à l'administration, soit constituées en établissements publics[169], on peut considérer qu'elles entrent dans le champ d'application de cette convention.

La Confédération a ratifié la Convention d'Aarhus le 3 mars 2014 et elle est entrée en vigueur en Suisse le 1er juin 2014. Sa ratification n'a appelé que quelques modifications mineures de la législation.[170] Le changement plus important est intervenu **pour les cantons ne connaissant pas encore le principe de la transparence** : l'entrée en vigueur de la Convention d'Aarhus en Suisse les oblige à mettre en place un système d'accès à des informations en matière environnementale[171].

Au sein du Conseil de l'Europe, les efforts de rendre les administrations publiques plus transparentes sont multiples. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les Etats parties ont une **obligation de garantir un droit d'accès à l'information sur les questions environnementales** qui résulte des obligations positives découlant des articles 2 et 8 CEDH[172]. En revanche, l'article 10 CEDH n'impose pas – encore ? – aux autorités de conférer un droit d'accès aux documents publics[173] . Une interprétation téléologique du texte de l'article 10 CEDH allant dans ce sens n'est

168 Art. 1er de la Convention d'Aarhus.

169 Cf. ci-dessous ch. 3.5.2.1.

170 FF 2012 4028.

171 Cf. notamment le Message portant approbation de la convention d'Aarhus et de son application ainsi que de son amendement (FF 2012 4027) et les articles de doctrine suivants : ERRASS 2004, p. 47-92, et FLÜCKIGER 2009, p. 749-788.

172 HARRIS ET AL. 2014, p. 620 s.

173 Cf. pour les développements récents de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme COPPEL (édit.) 2014, p. 88 ss, et VOORHOOF 2015, p. 119 ss.

cependant pas à exclure ; en tous les cas la lettre ne s'y oppose pas : « la liberté de recevoir […] des informations ».

Le Comité des Ministres a quant à lui adopté en 2002 une **Recommandation sur l'accès aux documents publics**, dans laquelle il préconise aux Etats membres de « garantir à toute personne le droit d'accéder, à sa demande, à des documents publics détenus par des autorités »[174].

En 2009, les Etats membres du Conseil de l'Europe ont conclu la Convention sur l'accès aux documents publics (« **Convention de Tromsø** ») qui reprend en partie les principes contenus dans la Recommandation de 2002. La Convention de Tromsø est le **premier instrument international contraignant qui reconnaît un droit universel d'accès aux documents officiels** détenus par les autorités publiques[175]. Bien que signée par 14 Etats, la Convention n'est pas encore entrée en vigueur faute d'un nombre suffisant de ratifications [176]. La Suisse n'a ni signé ni ratifié ce texte.

Enfin, un **Protocole additionnel à la Charte européenne de l'autonomie locale sur le droit de participer aux affaires des collectivités locales** a été adopté en 2009. Il est ouvert à la signature des Etats membres de la Charte européenne de l'autonomie locale, traité que la Suisse a ratifié en 2005[177]. Le Protocole exige des Etats membres qu'ils mettent en place, au niveau des collectivités locales, des « procédures concernant **l'accès […] aux documents publics détenus par les collectivités locales** »[178]. Alors que la Suisse a soumis l'arrêté fédéral portant approbation du Protocole additionnel à la procédure de consultation en 2015, elle ne l'a, pour le moment, pas encore ratifié.

Enfin, une référence est faite à la transparence dans la **Convention sur la reconnaissance des qualifications relatives à l'enseignement supérieur dans la**

174 Ch. III, Recommandation Rec(2002)2 du Comité des Ministres aux Etats Membres sur l'accès aux documents publics.

175 FF 2012 4035. Cf. également EGLI 2015, p. 435 ss.

176 Actuellement, huit Etats l'ont ratifiée. La Convention entrera en vigueur après que dix Etats l'auront ratifiée. (cf. www.coe.int/fr/> Bureau des traités > Liste complète ; consulté le 14 avril 2016).

177 Rapport explicatif du 12 mai 2015 concernant la Ratification du Protocole additionnel à la Charte européenne de l'autonomie locale sur le droit de participer aux affaires des collectivités locales de l'Office fédéral de la justice, disponible sous www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-06-11/vn-ber-f.pdf, consulté le 14 avril 2016).

178 Art. 2 ch. 2 let. ii./b) du Protocole additionnel à la Charte européenne de l'autonomie locale sur le droit de participer aux affaires des collectivités locales.

région européenne du 11 avril 1997[179], entrée en vigueur pour la Suisse le 1er février 1999. Les Etats parties veillent à ce que les **procédures et critères utilisés dans l'évaluation et la reconnaissance soient transparents** (art. III.2) et s'engagent à établir des **systèmes transparents** permettant une description complète des qualifications données (IX.1).

La **Constitution fédérale** ne contient pas de référence explicite au principe de la transparence, mais plusieurs auteurs de doctrine déduisent ce dernier de la liberté d'expression ancrée à l'article 16 Cst.[180]. Au niveau infraconstitutionnel, la **loi fédérale sur le principe de la transparence de l'administration** (LTrans) ainsi que l'ordonnance sur le principe de la transparence (OTrans)[181] sont entrées en vigueur en 2006. L'article 6 LTrans confère à toute personne le **droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités fédérales**. La loi s'applique non seulement à l'administration fédérale centrale mais également aux organismes et personnes de droit public, dont font partie notamment les EPF de Zurich et de Lausanne[182].

S'agissant du domaine des hautes écoles, il convient de noter la référence faite à la transparence dans l'annexe 1 des **directives du Conseil des hautes écoles pour l'accréditation dans le domaine des hautes écoles**[183]. Les standards de qualité s'appliquant à l'accréditation institutionnelle mentionnent la **transparence** en rapport avec le système d'assurance de la qualité (ch. 1.3), les critères d'admission, d'évaluation des prestations des étudiants et de délivrance des diplômes (ch. 3.4) et la provenance, l'affectation et les conditions du financement des hautes écoles (ch. 4.1). Il se peut donc qu'un certain standard de transparence soit imposé directement par le biais des dispositions sur l'accréditation des hautes écoles.

On peut également mentionner le **règlement sur l'information, la valorisation et les droits relatifs aux résultats issus de la recherche** du 17 juin 2008 du Fonds National

179 RS 0.414.8.

180 Cf. notamment MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET 2012, p .942 ss, et Comm. BS CST.-HERTIG, art. 16 N 28 ss.

181 RS 152.31.

182 Cf. ci-dessous 3.5.2.1.

183 RS 414.205.3.

Suisse (FNS) qui oblige les scientifiques subventionnés par le FNS de **déclarer la provenance de fonds de recherche** (ch. 3.4).

Il convient également de mentionner les **recommandations relatives à l'« économisation » de la science**[184] du Conseil suisse de la science et de l'innovation (CSST), l'organe consultatif du Conseil fédéral pour les questions relevant de la politique de la science, des hautes écoles, de la recherche et de l'innovation[185]. En ce qui concerne les conventions conclues entre les hautes écoles et les partenaires privés, le CSST recommande notamment de prendre la mesure suivante : « **Les conventions conclues entre les Hautes écoles ou leurs unités et les bailleurs de fonds ou partenaires de coopération privés doivent être transparentes**, et leurs conditions publiquement accessibles ; […] »[186]

En avril 2016, la **Chambre des hautes écoles universitaires de swissuniversities** a élaboré à l'attention de ses membres des recommandations concernant les activités accessoires des professeurs des hautes écoles. Celles-ci mettent notamment l'accent sur la transparence qui « doit régner vis-à-vis des Directions des hautes écoles universitaires au sujet des activités accessoires des professeur-e-s ».

Au niveau cantonal, un certain nombre de **constitutions cantonales** contiennent une référence au principe de la transparence[187]. **Deux tiers des cantons** ont adopté une **législation** de mise en œuvre du principe de la transparence garantissant **à toute personne un droit d'accès aux documents officiels**[188]**.**

Huit cantons n'ont **pas – entièrement ou en partie – franchi ce pas** à ce jour : Lucerne, Obwald, Nidwald, Glaris, Appenzell Rhodes-Extérieures[189], Appenzell

184 SSTC Report 4/2013, « Economization » of Science, publié sous www.swir.ch/en/publications-ssic (consulté le 12 mai 2016).

185 Le CSSI est une commission extraparlementaire, cf. art. 54 de la Loi fédérale sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation (LERI) du 14 décembre 2012 (RS 420.1).

186 Recommandation 5.5, SSTC Report 4/2013, p. 16.

187 Cf .p. ex. art. 28 Cst./GE (RS 131.234) et art. 49 Cst./ZH (RS 131.211).

188 Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET 2012, p. 947 s.; cf. également la liste des dispositions cantonales pertinentes dans AUER 2016, p. 91.

189 Il est vrai que le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures dispose d'une loi sur l'information et l'accès aux documents, mais le droit d'accès est restreint aux personnes qui ont *un intérêt légitime* (art. 9 Gesetz über Information und Akteneinsicht vom 28. April 1996 (RS/AR 133.1).

Rhodes-Intérieures, les Grisons[190] et Thurgovie. Dans ces cantons le **droit d'accès aux documents en matière environnementale** s'applique néanmoins, car il découle directement de la Convention d'Aarhus comme on vient de le montrer.

Des dispositions sur la transparence peuvent également se trouver dans des **lois ou ordonnances spéciales**[191].

On relèvera enfin que des règles relatives à la transparence peuvent être contenues dans les **codes de déontologie**.

> La charte d'éthique et de déontologie de l'Université de Genève[192] contient par exemple les clauses suivantes :
>
> « La liberté académique est étroitement liée dans la pratique à l'indépendance des personnes qui s'en réclament ainsi qu'à leur **intégrité** personnelle. Afin de préserver cette indépendance, l'acceptation de faveurs, de cadeaux, d'invitations ou d'avantages sous d'autres formes est soumise à une **obligation de transparence**. » (ch. 2 let. d)
>
> « Les faits ou situations de nature à causer un **conflit d'intérêts**, d'ordre moral ou pécuniaire, doivent être déclarés. Il en va de même pour toutes les **sources de financement** liées aux activités menées au sein de l'Université. » (ch. 2 let. e)
>
> « Les membres de la communauté universitaire favorisent un partage des savoirs avec le plus grand nombre. Dans la mesure où cela ne porte pas directement préjudice à leur activité de recherche, ils veillent à **rendre le contenu accessible** à la communauté scientifique la plus étendue. » (ch. 3 let. h)

---

190 Le canton des Grisons a adopté le 19 avril 2016 une loi sur le principe de la transparence. Le droit d'accès ne concerne cependant que les documents cantonaux ; les documents des régions et des communes ne font pas partie du champ d'application. Cf. JANKOVSKY PETER, Graubünden wird halb transparent, *NZZ* du 20 avril 2016, p. 16.

191 Cf. ci-dessous ch. 4.2.

192 Charte d'éthique et de déontologie de l'Université de Genève, entrée en vigueur le 1er avril 2010.

3.4 La loi applicable

3.4.1 Les principes

3.4.1.1 Les hautes écoles fédérales et cantonales

Pour les **hautes écoles fédérales**, le droit de référence est le **droit fédéral**[193].

> La Haute école fédérale de sport Macolin HEFSM constitue un cas particulier. Elle est intégrée à l'Office fédéral du sport (OFSPO)[194] tout en étant rattachée à la Haute école spécialisée bernoise, qui est un établissement cantonal de droit public. En dépit de ce rattachement, le droit de référence pour cette haute école est le droit fédéral[195].

La loi de référence pour les **hautes écoles cantonales** est celle de leur **canton**.

> A Genève par exemple, l'Université de Genève est un établissement de droit public doté de la personnalité morale (art. 1er al. 1er LUni/GE). Le droit genevois s'applique. La LIPAD, qui règle sur le plan cantonal l'accès aux documents officiels, s'applique aux « établissements de droit public cantonaux […], ainsi que leurs administrations et commissions qui en dépendent » (art. 3 al. 1er let. c LIPAD)[196].

Le droit applicable est celui du **siège de l'établissement,** et non du **lieu de situation de l'information ou du document demandés**. Lorsqu'une haute école cantonale a essaimé ses sites **à l'extérieur de ses frontières**, le droit applicable demeure en principe celui de son **canton**. Les statuts, règlements et conventions spécifiques au site extra-cantonal peuvent le préciser.

> Pour reprendre l'exemple de Genève, le Centre interfacultaire en droits de l'enfant basé à Sion (VS) est un centre que le rectorat de l'Université de Genève a créé en vertu de l'art. 21 al. 3 du Statut de l'Université du 16 mars 2011. Son fonctionnement est régi par un règlement spécifique qui précise que « pour le surplus », le centre est régi par les règles de

193 Cf. ci-dessous ch. 3.5.1.

194 Art. 55 al. 1 de l'ordonnance sur l'encouragement du sport et de l'activité physique (OESp) du 23 mai 2012 (RS 415.01).

195 Cf. notamment art. 14 de la loi fédérale sur l'encouragement du sport et de l'activité physique (LESp) du 17 juin 2011 (RS 415.0) et l'ordonnance du DDPS sur la Haute école fédérale de sport de Macolin (O-HEFSM) du 3 août 2012).

196 Cf. ci-dessous ch. 3.5.2.1. Cf. également ATA/154/2016, c. 3, où la Cour de Justice du canton de Genève confirme l'applicabilité de la LIPAD à l'Université de Genève

l'Université de Genève (art. 1 al. 1 du règlement d'organisation entré en vigueur le 1er janvier 2015). Il a le statut d'Unité d'enseignement et de recherche (UER) au sens de l'article 19 al. 1 let. b du Statut de l'Université. Le droit régissant l'accès aux documents détenus ou produits par ce centre n'est donc pas le droit valaisan mais bien le droit genevois (LIPAD).

3.4.1.2 Le cas des hautes écoles intercantonales

La situation des **hautes écoles intercantonales, présentes sur plusieurs sites ou dans plusieurs cantons**, est plus complexe[197]. Les conventions intercantonales les régissant laissent en pratique la question de l'accès aux documents officiels ouverte. Faut-il dans ce cas appliquer la loi du siège principal ? Celle du lieu de production ou de détention des documents ? Celle du droit applicable à une catégorie spécifique de documents - par exemple le droit du personnel – ou à une matière spécifique – par exemple la protection des données ou la procédure administrative ?

La réponse dépendra de la **convention intercantonale** qui régit de tels établissements. Aucun concordat ne règle cependant en l'état la question de la transparence ni ne renvoie explicitement au droit applicable dans une pareille situation.

A l'exception des informations en matière environnementale au sens large[198], ni le droit fédéral ni le droit international ne contraignent les cantons à rendre publics les documents et informations détenus par les hautes écoles cantonales. Le droit cantonal est susceptible en revanche d'ordonner cette transparence[199]. Quelle est la marge de manœuvre des autorités concordataires à cet égard ? Les cantons seraient-ils autorisés à conclure une convention intercantonale soustrayant du champ d'application de la transparence les organes et les procédures que cette dernière créerait ?

La réponse est clairement négative si la matière devait porter sur des questions environnementales ou si l'organe devait entrer dans le champ d'application de la loi

197 Cf. également le cas de la Hochschule für Technik Buchs qui est gérée par les cantons de Saint-Gall et des Grisons, ainsi que la Principauté de Liechtenstein. Elle est donc une haute école non seulement intercantonale, mais également internationale. Cf. Vereinbarung über die Hochschule für Technik Buchs vom 20. Juni 1968 (RS/SG 234.111).

198 A propos de la Convention d'Aarhus, cf. ci-dessus ch. 3.3.

199 Cf. ci-dessus ch. 3.3.

fédérale sur la transparence[200]. Si elle n'y entre au contraire pas, il faut interpréter les dispositions constitutionnelles ou légales. Si l'interprétation littérale ne donnera souvent aucun indice de réponse, le but de transparence visé ne saurait selon nous être contourné par la création délibérée de superstructures cantonales opaques.

Il conviendra donc d'interpréter les dispositions concordataires pour déterminer si cette **lacune** est proprement ou improprement dite, plus précisément d'interpréter la clause précisant le droit applicable à titre subsidiaire à défaut de réglementation spécifique.

Le préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) a admis l'application de la loi fédérale sur la transparence aux demandes d'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]). Il a jugé que la disposition sur l'application supplétive du droit fédéral par analogie s'appliquait (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]) et que cette lacune ne devait pas être comprise comme un silence qualifié. Par ailleurs la Comlot est un organisme de droit public extérieur à l'administration fédérale qui peut rendre en première instance des décisions au sens de l'art. 5 PA et qui tombe dans le champ d'application de la loi sur la transparence au sens de l'art. 2 al. 1 let. b LTrans. L'art. 13 CILP énonce à ce propos que, faute de précision dans la convention, la procédure pour les arrêtés et autres décisions des organes de coordination ont à se fonder sur la loi fédérale sur la procédure administrative[201].

Le **droit supplétif** en cas de lacune dans le domaine des hautes écoles intercantonales est souvent celui du **canton siège**. Aucune convention intercantonale ne contient un renvoi général au droit fédéral.

L'Université de Bâle est un établissement de droit public bicantonal doté de la personnalité juridique (« *bikantonale öffentlich rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit* ») (art. 1er al. 2 *Vertrag zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt über die gemeinsame*

200 Cf. ci-dessous l'exemple de la Comlot.

201 Recommandation du PFPDT du 20 octobre 2015 (Comlot/ Documents concernant la Loterie Euro-Millions), N 16 ss. Selon les informations obtenues auprès de la Comlot, une procédure de recours est actuellement pendante devant la Commission de recours instituée par le concordat sur les loteries et les paris (état au 1er mai 2016).

Trägerschaft der Universität Basel du 27 juin 2006). En cas de lacune, le droit du canton siège, soit Bâle-Ville (art. 1er al. 5), s'applique à titre subsidiaire et par analogie (« *subsidiär und sinngemäss* ») en vertu de l'article 43 de la convention.

La Haute école pédagogique Berne-Jura-Neuchâtel est régie par une convention qui prévoit à titre subsidiaire l'application du droit du canton-siège (art. 41 du concordat intercantonal créant une haute école pédagogique commune aux cantons de Berne, Jura et Neuchâtel [HEP–BEJUNE]), soit le droit jurassien en raison de son siège à Porrentruy (art. 3 al. 3).

Les lois sur la transparence nécessitant toutes d'être coordonnées avec les lois sur la protection des données, il se justifie à notre avis d'appliquer par défaut aux demandes d'accès **la même loi** que la haute école applique au **traitement des données personnelles**[202] ; droit qui devrait idéalement être le même que le droit applicable aux **procédures administratives** si la convention devait préciser ce dernier.

Les demandes d'accès à documents officiels, contenant ou non des données personnelles, relèvent en effet de la procédure administrative. Bien que conçues de manière informelle, elles se dénouent autour d'une décision administrative sujette à recours en cas de conflit avéré.

S'agissant de l'Université de Bâle, le droit de Bâle-Ville s'applique aux procédures administratives, en particulier l'édiction de décisions (art. 41 al. 1er *Vertrag zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt über die gemeinsame Trägerschaft der Universität Basel* du 27 juin 2006).

On trouve parfois un droit spécifique à un domaine particulier (par exemple le droit du personnel) ou pour une succursale établie dans un autre canton que celui du siège. Dans ce cas, étant donné que les informations relatives aux activités accessoires des professeurs relève du droit du personnel, il se justifierait à notre avis d'utiliser le **droit applicable à la gestion du personnel** si celui-ci devait être

202 Tel est évidemment le cas dans les cantons qui ont réuni dans une seule loi les deux domaines, à l'exemple de Bâle (cf. la méthode proposée par Comm. IDG/BS-RUDIN, § 2, N 5 ss, pour déterminer le droit applicable en matière de protection des données dans le cas des organismes intercantonaux).

spécifique ; dans ce cas, le droit de la protection des données devrait être identique par souci de cohérence.

> Le Comité de direction de la HEP–BEJUNE « détermine le canton dont relève le statut de la formatrice ou du formateur en fonction du site où elle/il exerce son activité principale. » (art. 41 du concordat intercantonal créant une haute école pédagogique commune aux cantons de Berne, Jura et Neuchâtel).
>
> La HES-SO « édicte des règles communes concernant les qualifications à l'engagement, les fonctions ainsi que les missions des personnels d'enseignement et de recherche. Pour le surplus, les personnels restent soumis à leurs employeurs conformément au droit public des cantons/régions parties prenantes à la convention (art. 48 de la Convention intercantonale sur la Haute Ecole spécialisée de Suisse occidentale du 26 mai 2011).
>
> Dans le cas de la Fachhochschule Nordwestschweiz le droit applicable à la gestion du personnel est celui du canton siège[203].

Dans les cas douteux, les préposés à la transparence et à la protection des données des cantons concernés s'efforceront de se **coordonner** pour trouver une solution commune[204].

3.4.2 Les conflits de loi

Destiné à circuler, un **document sera détenu,** tant successivement que simultanément, **par un certain nombre d'institutions ou de particuliers assujettis à des régimes juridiques en matière de transparence possiblement différents**. L'informatisation généralisée des documents multiplie leurs sources de localisation. Si la question se pose évidemment dans l'échange international d'informations, elle est exacerbée à l'intérieur du territoire suisse en raison de la mosaïque des lois cantonales qui régissent l'accès aux documents détenus par les administrations cantonales. Elle se pose également avec acuité au sein des hautes écoles intercantonales.

---

203 Comm. IDG/BS-RUDIN,, § 2, N 8.

204 Pour un exemple d'un tel accord concernant la Fachhochschule Nordwestschweiz (FHNW) et les installations sportives de St-Jacques à Bâle, cf. Comm. IDG/BS-RUDIN, § 2, N 9.

Les législations sur l'accès aux documents s'appliquent aux **documents** non seulement **produits par l'administration assujettie à la loi** mais également à ceux que cette dernière **reçoit** tant d'autres autorités que de particuliers[205]. Cette caractéristique normative a pour conséquence de soumettre un même document à deux régimes juridiques distincts à partir du moment où celui-ci est réceptionné dans une administration assujettie à une autre réglementation en matière de transparence. Dans ce cas, **le particulier a le choix d'adresser sa requête soit à l'autorité ayant produit le document, soit à celle le détenant**. Ce mécanisme étend d'autant plus la transparence puisque le particulier optera pour l'autorité soumise à la loi lui ouvrant l'accès le plus favorablement. Il a en revanche pour contrepartie de mettre en concurrence deux ordres juridiques avec le risque que l'autorité productrice d'un document, protégée par une transparence moindre, hésitera à l'adresser à une autorité plus transparente[206].

Les législations prévoient généralement à cet effet des **exceptions** dans l'échange international des documents, ou avec les entités fédérées dans les Etats fédératifs (en application du principe de fidélité confédérale – art. 44 Cst.), ainsi que dans l'échange avec les particuliers.

> La loi fédérale sur la transparence permet de limiter le droit d'accès lorsque l'accès à un document officiel risque de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales (art. 7 al. 1er let. d LTrans), risque de compromettre les relations entre la Confédération et les cantons ou les relations entre cantons (art. 7 al. 1er let. e LTrans)[207] ou peut avoir pour effet de divulguer des

---

205 Cf. ci-dessous ch. 3.6.1.

206 Sur cet argument, cf. Comm. IDG/BS-RUDIN, § 29 N 29 ; TA/ZH, arrêt VB.2015.00104 du 25 juin 2015, c. 3.4.

207 Cette clause vise précisément le cas des réglementations divergentes : « Lorsque des documents proviennent d'un canton qui ne connaît pas le principe de la transparence ou qui définit sa portée matérielle de manière divergente par rapport à la réglementation fédérale et qu'ils sont dès lors secrets en vertu du droit cantonal, leur communication peut éventuellement compromettre les relations entre la Confédération et ce canton (ou entre le canton de provenance du document et de tierces cantons). S'il faut s'y attendre, l'accès à de tels documents doit être refusé. » (OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE 2006, p. 7). Cf. TAF, arrêt A-5146/2015, du 10 février 2016, c. 5.3.1.

informations fournies librement par un tiers à une autorité qui en a garanti le secret (art. 7 al. 1er let. h LTrans).

La loi genevoise prévoit notamment une limitation lorsque l'accès aux documents est propre à mettre en péril les relations internationales de la Suisse ou les relations confédérales (art. 26 al. 2 let. a LIPAD).

La loi zurichoise contient une règle analogue (art. 23 al. 2 let. d IDG/ZH). Les directives d'application précisent que la loi vise les informations provenant d'une autorité d'un autre canton, de la Confédération ou d'un Etat étranger qui ne pratique pas la transparence[208].

Le fait qu'une collectivité publique connaisse le principe de la transparence et qu'une autre applique le principe du secret **n'implique pourtant pas en tant que tel de s'aligner sur le droit de la collectivité la plus restrictive**. En effet, les lois sur la transparence imposent généralement une appréciation du risque d'atteinte en cas de divulgation de documents secrets dans l'ordre juridique comme les exemples ci-dessus le montrent. Le Tribunal administratif zurichois l'a récemment attesté pour le droit zurichois, en conflit avec le droit thurgovien:

> « Das Aufeinandertreffen des zürcherischen Öffentlichkeitsprinzips und des thurgauischen Geheimhaltungsprinzips allein rechtfertigt eine Zugangsverweigerung noch nicht, ansonsten alle Informationen, die auch einen Kanton ohne Geltung des Öffentlichkeitsprinzips betreffen, per se vom Informationszugang im Kanton Zürich ausgeschlossen wären. Vielmehr bedarf es eines Abwägens im Einzelfall. »[209]

3.5 Les autorités visées

3.5.1 En droit fédéral

En droit fédéral, la loi sur la transparence s'applique à l'administration fédérale, aux organismes et personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale, dans la mesure où ils rendent des décisions, et aux Services du Parlement (art. 2 al. 1er LTrans). Elle ne s'applique pas à la Banque

208 Cf. Weisung des Regierungsrats Zürich vom 9. November 2005, publié dans Amtsblatt des Kantons Zürich 2005, p. 1283 ss., 1217.

209 TA/ZH, arrêt VB.2015.00104 du 25 juin 2015, c. c. 3.5

nationale suisse ni à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (art. 2 al. 2 LTrans).

3.5.2 Le cas des hautes écoles

3.5.2.1 Les hautes écoles publiques

L'obligation d'informer sur demande ne s'applique en principe qu'aux autorités administratives. Elle s'applique également aux hautes écoles publiques dans la mesure où celles-ci font directement partie de l'administration ou si, constituées sous forme d'établissement public, les lois sur la transparence incluent de tels établissements dans leur champ d'application.

Sur le **plan fédéral**, les hautes écoles et autres institutions du domaine des hautes écoles suivantes relèvent de la Confédération (art. 63*a* al. 1er Cst.). Si elles ne sont pas intégrées à un office fédéral[210], on les trouve d'une part au titre de corporations, établissements et fondations devenus *juridiquement autonomes* rattachés au DEFR (annexe 1.B.VI.2.2 Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [OLOGA]) :

- Ecole polytechnique fédérale de Lausanne (EPFL)[211]
- Ecole polytechnique fédérale de Zürich (EPFZ)[212]
- Institut Paul Scherrer (PSI)[213]
- Institut fédéral de recherches sur la forêt, la neige et le paysage (WSL)[214]
- Laboratoire fédéral d'essai des matériaux et de recherche (EMPA)[215]

---

210 La seule haute école intégrée à l'administration centrale, plus précisément à l'OFSPO, est la Haute école fédérale de sport de Macolin. Elle n'est pas mentionnée en tant que membre de swissuniversities, cf. www.swissuniversities.ch/fr/organisation/membres/ (consulté le 17 mai 2016).

211 Annexe 1 OLOGA, B.VI.2.2.6.

212 Annexe 1 OLOGA, B.VI.2.2.5.

213 Annexe 1 OLOGA, B.VI.2.2.7.

214 Annexe 1 OLOGA, B.VI.2.2.8.

215 Annexe 1 OLOGA, B.VI.2.2.9.

- Institut fédéral pour l'aménagement, l'épuration et la protection des eaux (EAWAG)[216]
- Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle (IFFP)[217]

D'autre part, au titre d'unité administrative *sans personnalité juridique* devenue autonomes sur le plan organisationnel, on trouve le domaine des écoles polytechniques fédérales (domaine des EPF) qui comprend les deux EPF ainsi que le PSI, le WSL, l'EMPA et l'EAWAG[218].

Ces hautes écoles et aux autres institutions du domaine des hautes écoles **font partie de l'administration fédérale** au sens de l'article 2 al. 1er let. a LTrans, plus précisément en tant qu'unités administratives décentralisées (art. 2 al. 3 Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA]). **L'accès aux documents officiels** qu'elles produisent ou détiennent est donc **régi par le droit fédéral** (c'est-à-dire par la LTrans).

Sur le **plan cantonal**, les universités sont toutes constituées sous forme **d'établissements de droit public** et sont incluses dans le champ d'application des lois cantonales sur la transparence pertinentes[219] dans la mesure où celles-ci s'appliquent intégralement à de tels établissements[220] et pour autant, bien sûr, que de telles lois existent.

---

216 Annexe 1 OLOGA, B.VI.2.2.10.

217 Annexe 1 OLOGA, B.VI. 2.2.4. L'IFFP est une haute école selon la loi fédérale sur la formation professionnelle (LFPr) du 13 décembre 2002. Elle n'est pas mentionnée comme membre de swissuniversities, cf. www.swissuniversities.ch/fr/organisation/membres/ (consulté le 17 mai 2016).

218 Annexe 1 OLOGA, B.VI. 2.1.1.

219 Voir p.ex. pour l'Université de Bâle : § 1 Vertrag zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt über die gemeinsame Trägerschaft der Universität Basel vom 27. Juni 2006 (RS/BS 442.400) cum § 2 al. 1 er et § 3 let. b) Gesetz über die Information und den Datenschutz vom 9. Juni 2010 (RS/BS 153.260) ou pour l'Université de Berne : art. 1 al. 1er LUni/BE *cum* art. 1er al. 2 let. a Lin/BE.

220 La loi valaisanne sur la transparence ne s'applique ainsi pas aux établissements de droit public si les dispositions sur le principe de la transparence devaient porter atteinte à leur capacité de concurrence (art. 2 al. 2 loi sur l'information du public, la protection des

Les hautes écoles spécialisées sont soit constituées sous forme d'établissement de droit public, soit rattachées à l'administration centrale[221]. Dans ce dernier cas, elles sont régies par la loi cantonale pertinente sur la transparence. En revanche, si elles sont constituées sous forme d'établissements de droit public, il convient d'examiner si la loi cantonale pertinente est applicable.

Certaines hautes écoles, comme l'Université de Lucerne, ne connaissent pas un droit d'accès général aux informations sur les activités accessoires de ses professeurs, car le canton de Lucerne ne dispose pas d'une loi générale sur la transparence[222].

3.5.2.2 Les hautes écoles privées

Les universités, hautes écoles spécialisées et hautes écoles pédagogiques privées ainsi que d'autres institutions privées du domaine des hautes écoles, visées par la loi fédérale sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles (2 IV LEHE)[223], ne sont en principe **pas soumises aux législations sur la transparence**.

Elles **pourront** toutefois **l'être** dans certains cantons selon l'importance d'un éventuel **subventionnement public** par exemple.

A Genève, la loi cantonale sur la transparence (LIPAD) s'applique également aux personnes morales et autres organismes de droit privé sur lesquels une institution publique exerce une maîtrise effective. Tel sera le cas dans l'hypothèse d'une participation majoritaire au capital social, d'un subventionnement à raison de la moitié du budget au moins ou de la délégation de représentants exerçant un rôle décisif sur la formation de leur volonté ou la marche de leurs affaires (art. 3 al. 2 let. a LIPAD).

---

données et l'archivage (LIPDA) du 9 octobre 2008 (RS/VS 170.2). Cf. également FLÜCKIGER 2009, p. 756.

221 La Haute école pédagogique du canton de Vaud est p. ex. un établissement de droit public (cf. art. 1 al. 1 de la loi sur la Haute école pédagogique (LHEP) du 12 décembre 2007 (RS/VD 419.11)). En revanche, la Haute école pédagogique du canton du Valais est rattachée au Département de l'éducation, de la culture et du sport (cf. art. 2 al. 1 de la loi concernant la Haute école pédagogique du Valais (HEP-VS) du 4 octobre 1996 (RS/VS 419.1).

222 Cf. ci-dessus ch. 3.3.

223 Cf. EPINEY/KERN 2014, p. 4.

Hors de ce cadre, les institutions privées seront tenues de respecter des règles de transparence posées par la LEHE quant à **l'accréditation**[224] ainsi que celles que le droit privé impose parfois, à l'instar de la transparence des **salaires des hauts dirigeants** si l'établissement privé est une société anonyme cotée en bourse (art. 95 al. 3 Cst. ; art. 663*b*[bis] et 663*c* CO[225]).

> En droit privé, quant aux **salaires des employés** plus généralement, le PFPDT estime que du point de vue de la protection des données on peut « conclure qu'une personne a parfaitement le droit d'exiger que son salaire ne soit pas divulgué, mais ce droit peut être aboli sous certaines conditions, au nom d'intérêts prépondérants », par exemple « quand il y a lieu de soupçonner une inégalité de traitement entre différents salariés »[226].

3.6 Les documents visés par la transparence

3.6.1 En général

Le droit d'accès ne porte que sur des **documents existants** en rapport avec l'accomplissement d'une **tâche publique**, **détenus** ou **produits par l'autorité assujettie**. Il est souvent possible d'obtenir des **renseignements** en rapport avec ceux-ci.

> En droit fédéral par exemple, de simples renseignements peuvent certes être demandés mais ils ne peuvent viser que le contenu de « documents » (art. 6 LTrans).

Le droit fédéral définit le document officiel comme « toute information qui a été enregistrée sur un quelconque support, qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a été communiquée, et qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique » (art. 5 al. 1er LTrans). Elle exclut ceux qui sont commercialisés par une autorité, qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration, ou qui sont destinés à l'usage personnel (art. 5 al. 3 LTrans).

---

224 Cf. ci-dessus ch. 3.3.

225 Sur l'évolution vers cette plus grande transparence, cf. BÄCHLER 2012, N 169 ss.

226 www.edoeb.admin.ch/datenschutz > Secteur du travail> Sphère privée des employés> questions fréquentes 1 (consulté le 15 avril 2016).

Si le **document n'existe pas**, l'autorité n'est pas obligée de le produire, sauf s'il peut être facilement établi par un traitement informatisé[227] par exemple parce qu'il n'a pas encore été extrait d'une base de donnée[228].

> Un professeur ne pourrait refuser de donner accès à la moyenne générale d'un examen en prétendant qu'aucun document n'existe contenant cette information, celle-ci n'étant pas dans la liste électronique des notes des étudiants. Le refus devrait reposer sur d'autres fondements.

Le document doit être **définitif** (avoir atteint son « stade définitif d'élaboration » selon l'art. 5 al. 3 let. b LTrans). S'il est définitif, mais si sa divulgation est **prématurée**, il pourra être provisoirement tenu secret en vertu des clauses d'exception[229].

Les **notes personnelles** sont également exclues de la notion de document officiel[230].

On rappellera que les informations relatives aux activités accessoires en **matière d'environnement** tel que définies par la Convention d'Aarhus sont accessibles aux conditions fixées par cette dernière, y compris dans le tiers des cantons qui ne connaissent pas le principe de la transparence[231].

3.6.2 Les documents relatifs aux activités accessoires

En **régime libre**, l'administration universitaire ne détiendra, par la force des choses, aucun document relatif aux déclarations, autorisations ou rétrocessions des gains activités accessoires d'un professeur, sous réserve d'éventuelles déclarations spontanées. En régime **d'interdiction**, l'institution est susceptible de détenir des

---

227 On retrouve cette exception à l'art. 5 al. 2 LTrans ou, en droit cantonal, à l'art. 25 al. 3 LIPAD.

228 Pour une application de cette disposition à une demande portant sur les activités accessoires du personnel fédéral, cf. TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 4.3.3.

229 En droit fédéral, l'accès à un document officiel peut être « différé » si nécessaire (art. 7 al. 1er et 2 LTrans).

230 En droit fédéral, cf. art. 5 al. 3 let. c LTrans.

231 Cf. ci-dessus ch. 3.3.

informations relatives à d'éventuelles sanctions administratives infligées à la suite de la violation des règles sur la déclaration des activités accessoires.

Dans ces deux configurations, le **professeur détiendra lui-même toutes les informations relatives à ses activités accessoires**, qu'il s'agisse de documents qu'il a produits ou reçus. De tels documents devraient cependant rarement entrer dans le champ d'application matériel des lois sur la transparence à **défaut de porter sur l'accomplissement de la tâche publique entrant dans le cahier des charges de son activité principale**. Si l'activité accessoire est accomplie au profit d'une collectivité publique assujettie au principe de la transparence, les documents entreront, bien sûr, dans le champ d'application de la loi correspondante, aux conditions définies par cette dernière. Si l'activité est purement privée, elle y échappera en règle générale, sauf si des documents ont été envoyés à une autorité soumise au principe de la transparence.

> En droit fédéral, les documents produits par des particuliers et envoyés aux autorités entrent en effet dans le champ d'application matériel des lois sur la transparence (cf. art. 5 al. 1er let. b LTrans). Le droit fribourgeois contient une nuance : les documents doivent avoir été reçus par les autorités à « titre principal » (art. 29 al. 1er let. a Loi sur l'information et l'accès aux documents/FR[232]).

On peut néanmoins imaginer des cas-limite. Une **tâche publique** peut en effet être **accomplie par des moyens de droit privé**, et les informations sont alors susceptibles d'entrer dans le champ d'application de ces lois[233].

---

232 RS/FR 17.5.

233 En *droit fédéral*, la cause est entendue : « la Confédération reste soumise au principe de transparence lorsqu'elle agit en droit privé, p.ex. lorsqu'elle gère son patrimoine financier ou lorsqu'elle acquiert du matériel et des fournitures nécessaires à l'exercice de ses activités » (FF 2003 1837). Cf. dans le même sens Comm. LTrans-NUSPLIGER, Art. 5, N 21). En *droit cantonal* neuchâtelois et genevois, la question est discutée s'agissant de la gestion du patrimoine financier. Le Tribunal fédéral a récemment admis, de manière très critiquable, que la chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève pouvait exclure sans arbitraire de la LIPAD les documents relatifs à un immeuble relevant du patrimoine financier parce que la gestion d'un tel bien ne serait pas une «tâche publique» au sens de la LIPAD (TF, arrêt 1C_379/2014 du 29 janvier 2015. Critique : Alexandre FLÜCKIGER, « Note », *RDAF* 2015 I, p. 516 ss).

> Un avis de droit rédigé par un professeur dans le cadre de ses activités accessoires, à titre privé et pour un commanditaire privé et non communiqué à une institution assujettie à une loi sur la transparence, entrera quand même dans le champ d'application matériel des lois sur la transparence dans l'hypothèse où son auteur devait le publier en tout ou partie dans une revue scientifique au titre des activités de recherche relevant de son cahier des charges principal, ou devait le mentionner dans le rapport d'activité qu'il peut être amené à rédiger pour son employeur principal[234].
>
> Lorsqu'un assistant est rétribué spécifiquement à la copie pour la correction des examens ou pour la surveillance de ceux-ci en dehors de son cahier des charges[235], la question de la délimitation reste purement académique s'il exerce ces tâches accessoires pour le même employeur.

En bref, on constate qu'en régime libre, l'information sur les activités accessoires n'étant pas centralisée et l'accès subordonné à l'accomplissement d'une tâche publique, il est quasiment impossible pour un particulier d'obtenir un tableau représentatif de celles-ci. A l'opposé, en **régime d'annonce**, **d'autorisation** ou de **rétrocession des gains**, l'institution disposera de manière plus ou moins centralisée de toutes les informations pertinentes concernant les activités accessoires exercées par les membres du corps enseignant.

Les universités suisses sont susceptibles de détenir, en fonction du régime, les **informations suivantes**[236] :

> nature et objet de l'activité accessoire, domaine d'activité, description sommaire de l'activité estimation du temps nécessaire, durée d'occupation, infrastructure utilisée de

---

234 On ne confondra pas cette situation avec celles des avis de droit internes (en l'espèce ceux de la chancellerie adressés au Conseil d'Etat genevois) pouvant être gardés secrets s'ils sont des « notes échangées entre les membres d'une autorité collégiale ou entre ces derniers et leurs collaborateurs » au sens de l'article 26 al. 3 LIPAD et 7 al. 3 RIPAD (ATA/295/2010, arrêt du 4 mai 2010).

235 Cf. « Korrekturentschädigung/Konzept betreffend Finanzierung und Lehre, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich », arrêté de la Faculté de droit de l'Université de Zurich du 20 juin 2007 (avec les modifications du 21 avril 2010 et 5 octobre 2011). Le document n'est pas publié sur internet.

236 Cf. ci-dessus le régime avec obligation d'annonce (ch. 2.4.2.2), le régime d'autorisation (ch. 2.4.2.3) et le régime d'annonce ou d'autorisation avec rétrocession partielle ou totale du gain (ch. 2.4.2.4).

l'université, coût d'utilisation de l'infrastructure, personnel de l'université mis à contribution, coûts supplémentaires pour l'université, revenus qui en découlent, nom du mandat ou du co-contractant, préavis du supérieur, engagement du co-contractant écrit envers l'université concernant la propriété intellectuelle appartenant à l'université et le fait que le mandat n'engage pas l'université.

4 LE PRINCIPE DE LA TRANSPARENCE ET SES EXCEPTIONS

4.1 Le droit d'accès aux documents officiels (« principe de la transparence »)

On entend en **droit fédéral** sous le terme de « principe de la transparence » (« *Öffentlichkeitsprinzip* »/« *Principio della trasparenza* ») le **droit** conféré à toute personne de **consulter des documents officiels** et **d'obtenir des renseignements sur leur contenu** de la part des autorités (art. 6 al. 1er LTrans). Il confère un véritable **droit d'accès** aux documents officiels (« *Recht auf Zugang* »/« *diritto di accesso* ») (titre de la section 2 LTrans), partie du droit à l'information[237].

Les **cantons** connaissant ce droit l'expriment tous de manière analogue.

> Par exemple à Genève :
>
> « Toute personne a le droit de prendre connaissance des informations et d'accéder aux documents officiels, à moins qu'un intérêt prépondérant ne s'y oppose » (art. 28 al. 2 Cst/GE)
>
> « Toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la présente loi. » (art. 24 LIPAD).
>
> Ou dans le canton de Saint-Gall :
>
> « Jede Person hat, ohne dass sie ein besonderes Interesse geltend machen muss, nach Massgabe dieses Erlasses ein Recht auf:
>
> a) Informationen über die Tätigkeit des öffentlichen Organs ;
>
> b) Zugang zu amtlichen Dokumenten. » (art. 5 OeffG/SG)

Cette règle a pour effet de rendre public par défaut tout document, créant une **présomption de transparence**. La transparence étant présumée, le **fardeau de la**

---

237 Cf. p.ex. la structure de l'article 28 Cst/GE.

preuve du secret appartient à l'autorité. Si cette dernière échoue à prouver, l'accès doit en principe être garanti[238].

Le demandeur n'a pas besoin de prouver un **quelconque intérêt** pour obtenir l'accès sur la base de telles lois.[239] L'accès accordé à une personne doit dès lors être accordé dans la même mesure à tout autre demandeur (art. 2 OTrans).

Comme toute liberté publique, le principe cède face à d'autres intérêts prépondérants. Outre les exclusions résultant du **champ d'application** à raison de la personne et de la matière (art. 2 et 3 LTrans), les lois sur la transparence réservent les **règles spéciales** découlant d'autres lois (art. 4 LTrans ; art. 9 al. 2 LTrans *cum* art. 19 al. 4 let. b de la loi fédérale sur la protection des données (LPD)[240], statuent sur des **cas particuliers** (art. 8 LTrans) et admettent **exceptionnellement le secret de documents en cas d'atteinte à divers intérêts** spécifiés (art. 7 LTrans).

4.2 Les règles spéciales de transparence ou de secret

4.2.1 Introduction

D'un point de vue méthodologique, il importe de **repérer préalablement les éventuelles règles spéciales** existantes avant de tenter de trancher la question sur le fondement des lois sur la transparence[241].

Les **lois spéciales** peuvent conditionner le **refus** d'accès à une pesée d'intérêts ou procéder elles-mêmes à cette pesée en définissant les documents non accessibles.

> L'article 10 de la loi fédérale sur la géoinformation[242] dispose que les géodonnées de base relevant du droit fédéral sont accessibles à la population et peuvent être utilisées par chacun à moins que des intérêts publics ou privés prépondérants ne s'y opposent.

---

238 TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 3 ; TAF, arrêt A-6054/2013 du 18 mai 2015, c. 3.2.

239 Cf. ci-dessus note de bas de page 189 en ce qui concerne le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures.

240 RS 235.1.

241 Dans le même sens, cf. TF, arrêt 1C_50/2015 du 2 décembre 2015, c. 5.1.

> Les listes de signatures en matière de droits politiques ne peuvent être consultées (art. 64 al. 2 et 71 al. 2 de la loi fédérale sur les droits politiques[243]).

Elles peuvent instituer des **contre-exceptions** ou définir un document particulier comme étant toujours **accessible** :

> « Le conseil d'accréditation publie une liste des hautes écoles et des autres institutions du domaine des hautes écoles accréditées qui ont obtenu le droit d'appellation ainsi que des programmes d'études accrédités. La liste répertorie aussi les hautes écoles pédagogiques intégrées. » (art. 20 des directives d'accréditation LEHE)

La loi sur la transparence prévoit des **cas particulier**s soit **barrant l'accès** à un type de document spécifique, soit **l'accordant** sans qu'il soit nécessaire de procéder à une pesée d'intérêts au moment de la requête.

> L'accès est refusé aux documents officiels afférents à la procédure de co-rapport, avant la décision politique ou administrative dont ils constituent la base ou exprimant une prise de position dans le cadre de négociations en cours ou futures notamment (art. 8 al. 1er à 4 LTrans). L'accès est en revanche garanti aux rapports d'évaluation des prestations fournies par l'administration fédérale et de l'efficacité des mesures prises par cette dernière (art. 8 al. 5 LTrans).

4.2.2 Les règles spéciales de transparence en matière d'activités accessoires

4.2.2.1 Les règles applicables aux membres des pouvoirs exécutifs, législatifs ou judiciaires

Les règles spéciales imposant de **déclarer ses liens d'intérêts** – parmi lesquelles on trouvera les activités accessoires – et de **rendre cette déclaration publique** sont courantes s'agissant des membres du pouvoir exécutif ou législatif et des magistrats du pouvoir judiciaire[244]. La publication a lieu d'office.

---

242 RS 510.62.

243 RS 161.1.

244 Cf. ci-dessus ch. 2.3.2.1 pour la délimitation entre activités accessoires et liens d'intérêts.

> Dans le canton de Genève, le « registre des liens d'intérêts des députés [est un] registre que chacun peut consulter sur les fiches signalétiques des députés publiées sur le site Internet du Grand Conseil »[245].
>
> Dans le canton de Zurich, les magistrats du pouvoir judiciaire sont tenus d'annoncer leurs liens d'intérêts (y compris les activités accessoires) : « Bei Amtsantritt unterrichten alle Mitglieder und Ersatzmitglieder der Bezirksgerichte und des Obergerichts, Beisitzende eines Arbeits- oder Mietgerichts sowie Handelsrichterinnen und -richter das Gericht, dem sie angehören, schriftlich über berufliche Nebenbeschäftigungen oder die berufliche Haupttätigkeit. […] Jedes Gericht erstellt ein Register über die Angaben gemäss Abs. 1 und macht es in elektronischer Form öffentlich zugänglich »[246]

Les professeurs exerçant de telles fonctions électives à titre accessoire seront ainsi soumis à de telles règles de transparence dans le cadre de celles-ci.

4.2.2.2 Les règles applicables aux membres des commissions extra-parlementaires fédérales

Sur le plan fédéral, les membres des commissions extra-parlementaires doivent signaler leurs intérêts (art. 57*f* LOGA ; art. 8*f* OLOGA) portant notamment sur les activités accessoires, comme l'explique un aide-mémoire de la chancellerie fédérale[247]. Ces données sont **publiées en ligne** dans un annuaire des membres des commissions extraparlementaires (art. 8*k* al. 1er, 3 et 4 OLOGA)[248].

Les professeurs membres de telles commissions rendront donc publics en vertu de l'article 8*f* al. 1er OLOGA les éléments suivants :

> « a. leurs activités professionnelles ;

---

245 Art. 29A de la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève (RS/GE B 1 01).

246 Art. 7 al. 1er let. a et al. 3 Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (RS/ZH 211.1).

247 « L'appréciation des intérêts en vertu de l'OLOGA repose essentiellement sur l'activité professionnelle. Les ch. 3.2 à 3.5 [commentaires des lettres b à e de l'art. 8*f* al. 1er OLOGA] portent ainsi sur des activités professionnelles spécifiques ou des activités qui peuvent être considérées comme accessoires. » (Chancellerie fédérale, Aide-mémoire sur l'obligation de signaler ses intérêts pour les membres des commissions extraparlementaires, état au 27 juin 2012, ch. 3.1).

248 www.admin.ch/ch/f/cf/ko/index_kommart.html (consulté le 28 avril 2016).

b. les fonctions qu'ils occupent au sein d'organes de direction, de surveillance, de conseil ou autres dans des sociétés, établissements ou fondations suisses ou étrangers, de droit privé ou de droit public ;

c. les fonctions de conseil ou d'expert qu'ils exercent pour le compte de services de la Confédération ;

d. les fonctions permanentes de direction ou de conseil qu'ils exercent pour le compte de groupes d'intérêts suisses ou étrangers ;

e. les fonctions qu'ils exercent au sein d'autres organes de la Confédération. »

4.2.2.3 Les règles applicables aux membres du conseil d'administration et de la direction d'une société anonyme cotée en bourse

Depuis le 1er janvier 2007[249], les sociétés dont les actions sont cotées en bourse doivent indiquer les indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction de la société dans le rapport de gestion. Selon l'art. 958*e* CO, les rapports de gestion de sociétés ayant des titres de participation cotées en bourse sont publiés dans la Feuille officielle suisse du commerce ou délivrés à toute personne qui en fait la demande dans les douze mois qui suivent leur approbation.

Les sociétés doivent notamment indiquer (art. 663*b*bis al. 1 CO[250]) :

« 1. toutes les indemnités qu'elles ont versées directement ou indirectement aux membres du conseil d'administration ;

2. toutes les indemnités qu'elles ont versées directement ou indirectement aux personnes auxquelles le conseil d'administration a délégué tout ou partie de la gestion de la société (direction) ;

3. toutes les indemnités qu'elles ont versées directement ou indirectement aux membres du conseil consultatif ;

---

249 Cf. le Message relatif à la modification du code des obligations (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction) du 23 juin 2004, FF 2004 4223. Cf. notamment le point 5 (FF 2004 4246) pour la conformité de la nouvelle loi avec la protection de la sphère privée.

250 RS 220 (Code des obligations suisse).

> 4. les indemnités versées directement ou indirectement aux anciens membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif lorsqu'elles sont en relation avec leur ancienne activité d'organe de la société ou lorsqu'elles ne sont pas conformes à la pratique du marché ;
>
> 5. les indemnités non conformes à la pratique du marché qu'elles ont versées directement ou indirectement aux proches des personnes mentionnées aux ch. 1 à 4. »

Les indemnités que reçoit un professeur membre du conseil d'administration ou de la direction d'une société cotée en bourse dans cette fonction sont donc publiées dans les rapports de gestion.

4.2.2.4 Les règles applicables aux cadres du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des entreprises et des établissements de la Confédération

Les cadres du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des entreprises et des établissements de la Confédération sont soumis au **régime de l'autorisation** s'agissant de leurs activités accessoires. L'article 13 al. 2 de l'ordonnance sur les salaires des cadres[251], fondée elle-même sur les articles 6*a* et 15 al. 6 de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers)[252] notamment, prévoit la rédaction d'un **rapport annuel** indiquant en particulier **les activités accessoires autorisées par le Conseil fédéral** (mais pas explicitement le montant d'un gain éventuel). Ce rapport doit être **publié d'office** (art. 14 al. 1er de l'ordonnance sur le salaire des cadres).

Cette règle ne vise cependant que les dirigeants susmentionnés, à **l'exclusion du personnel de l'administration fédérale** et des **écoles polytechniques fédérales** (art. 1er *a contrario* de l'ordonnance sur les salaires des cadres). Les demandes d'accès concernant les activités accessoires sont régies dans ces cas par la LTrans. Le

---

251 Ordonnance du 19 décembre 2003 sur la rémunération et sur d'autres conditions contractuelles convenues avec les cadres du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des entreprises et des établissements de la Confédération (Ordonnance sur les salaires des cadres) (RS 172.220.12).

252 RS 172.220.1

Tribunal administratif fédéral l'a précisé s'agissant du personnel de l'administration fédérale[253].

4.2.2.5 Les règles applicables au personnel des écoles polytechniques fédérales

Les différentes catégories de personnel employé par les écoles polytechniques fédérales sont soumises à des réglementations diverses en matière d'activités accessoires. Toutefois, dans aucune d'entre elles nous n'avons trouvé des règles spéciales sur la transparence.

Activités accessoires rémunérées exercées par les *présidents des EPF et par les directeurs des établissements de recherche* – L'article 7*a* al. 1er de l'ordonnance sur le domaine des EPF (ODomaineEPF)[254] renvoie à l'article 11 de l'ordonnance sur les salaires des cadres s'agissant des activités accessoires rémunérées et définit lui-même des conditions pour les activités non rémunérées (art. 7*a* al. 2 et ss ODomaineEPF). Aucun de ces textes ne prévoit de règle spéciale en matière de publication[255].

Activités accessoires des *autres membres des directions des EPF ou des établissements de recherche* – L'article 56*a* de l'ordonnance sur le personnel du domaine des EPF (OPers-EPF)[256] renvoie à l'article 7*a* ODomaineEPF. On ne trouve aucune règle spéciale en matière de publication.

Activités « extérieures » des *professeurs* des écoles polytechniques fédérales (*Aktivitäten ausserhalb der ETH* ; *Attività esterne al PF*) – L'article 6 de l'O-corps professoral EPF prévoit l'autorisation du président de l'EPF pour de telles activités. On ne trouve en revanche aucune règle spéciale en matière de publication. Le formulaire de déclaration

253 TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 4.2.

254 RS 414.110.3.

255 Le renvoi de l'article 7*a* al. 1er de l'ordonnance sur le domaine des EPF ne porte que sur l'article 11 de l'ordonnance sur les salaires des cadres réglementant les activités accessoires, et non sur les articles 13 et 14 prévoyant la publication des rapports annuels. Dans l'esprit pourtant ce renvoi doit conduire à diminuer fortement l'intérêt privé des personnes concernées à ne pas publier les activités accessoires visées. Pour la publicité de leur salaire, cf. ci-dessous ch. 5.4.2.3c).

256 RS 172.220.113.

annuel que doivent remplir les professeurs à l'EPFL garantit la confidentialité des informations déclarées, sous réserve cependant de la loi sur la transparence[257].

Activités accessoires des *collaborateurs des EPF* – L'article 56 OPers-EPF prévoit un régime d'autorisation. On ne trouve aucune règle spéciale en matière de publication.

Activités accessoires du *personnel scientifique de l'EPFZ* – L'ordonnance sur le personnel scientifique de l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich[258] ne prévoit aucune règle spéciale en matière de publication.

4.2.2.6 Les règles applicables aux hautes écoles cantonales

Les universités de Saint-Gall, de Bâle et de Genève ont adopté des règles spéciales de transparence prescrivant aux professeurs de publier d'office leurs activités accessoires sur le site web de leur université (**information d'office**). Les règles des différentes universités varient quant à leur précision et à leur caractère contraignant.

L'**Université de Saint-Gall** a adopté une directive exigeant de rendre publics (*offenlegen*) non seulement les **activités accessoires** des enseignants mais également les **liens d'intérêt** ainsi que les **partenariats institutionnels**[259]. Les activités accessoires suivantes doivent être publiées **d'office**[260] :

„Art. 4 Offenlegung Nebentätigkeiten

[1] Nebentätigkeiten sowie namhafte Interessenbindungen sind offen zu legen. Die Bestimmungen des Bundes und des Kantons über Berufs- oder Amtsgeheimnisse bleiben vorbehalten.

[2] Offen zu legen sind insbesondere folgende Nebentätigkeiten und Interessenbindungen:

---

257 Activités extérieures à l'EPFL - Déclaration annuelle des professeurs – 2015 (http://polylex.epfl.ch/ > Ressources humaines > Tous les collaborateurs > 4.1.1 > Déclaration annuelle professeur ; consulté le 28 avril 2016).

258 RS 172.220.113.11.

259 Cf. Informationsrichtlinien/UNISG. Ces dernières se basent sur le statut de l'Université ainsi que les Richtlinien Nebenaktivitäten/UNISG.

260 La directive prévoit également la publication d'office des partenariats institutionnels à partir de CHF 100'000.- (art. 6 ss). Par ailleurs, on relèvera que la réglementation matérielle ne correspond pas exactement à la réglementation relative à la transparence, cf. ci-dessus ch. 2.4.2.2 pour le régime d'annonce de l'Université de Saint-Gall.

a) dauernde Tätigkeiten für einen andern Arbeitgeber oder die dauernde selbständige Tätigkeit;

b) dauernde Mitwirkung in Kommissionen und anderen Organen von Gemeinden, Kantonen, Bund und ausländischen Staaten;

c) dauernde Tätigkeiten in Führungs- und Aufsichtsgremien sowie in Beiräten und ähnlichen Gremien von schweizerischen und ausländischen Körperschaften und Stiftungen des privaten und des öffentlichen Rechts;

d) dauernde Beratungs- und Expertentätigkeit für schweizerische und ausländische Unternehmen, Interessengruppen und Behörden.

[3] Die Dozierenden tragen ihre deklarationspflichtigen Nebentätigkeiten in ihrem Personenprofil auf der Plattform Alexandria selbst ein.

[4] Eine Aktualisierung erfolgt jeweils spätestens per Semesterende.

Art. 5 Umfang der Offenlegung

[1] Für jede offengelegte Nebentätigkeit sind anzugeben:

a) Partner bzw. Organisation;

b) Art der Nebentätigkeit, z.B. Verwaltungsratsmandat, Beirat, Berater etc.;

c) Dauer, Anfang und Ende (sofern bekannt);

d) ehrenamtlich oder kommerziell/entgeltlich."

La directive renvoie à la loi cantonale sur la transparence (OeffG/SG) pour **l'information sur demande** et précise les modalités internes :

„III. Passive Offenlegung (Informationszugang)

Art. 10 Inhalt und Verfahren

[1] Das Recht auf Auskunft und Zugang zu amtlichen Dokumenten sowie dessen Einschränkungen richten sich nach dem Öffentlichkeitsgesetz des Kantons St.Gallen.

[2] Auskünfte und Zugang zu amtlichen Dokumenten werden zentral durch die vom Senatsausschuss bezeichnete Auskunftsstelle erteilt. Anfragen an für Auskünfte unzuständige Stellen werden von diesen an die Auskunftsstelle überwiesen.

[3] Die Auskunftsstelle holt die nötigen Auskünfte ein und beantwortet die Anfrage.

[4] Bei besonders sensitiven Anfragen und/oder Anfragen von hochschulpolitischer Bedeutung und medialem Interesse erfolgen Auskünfte nach Rücksprache mit dem Rektor.

[5] Die Universität St.Gallen legt von sich aus fest, in welcher Form Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährt wird. Auskünfte über amtliche Dokumente werden in der Regel in Form der Einsichtnahme in das Dokument im Generalsekretariat der Universität gewährt.

[6] Die Auskunftsstelle führt ein Register über die von ihr erteilten Auskünfte und die gewährten Einsichtnahmen in amtliche Dokumente.

Cette directive est **mise en œuvre** de manière plus ou moins fidèle au sein du corps professoral. Voici une illustration à notre sens exemplaire[261] :

> **Additional Business**
>
> Die nachfolgenden Nebentätigkeiten werden absteigend (nach Zeitaufwand) aufgeführt; in eckigen Klammern werden Tätigkeiten aufgeführt, welche im Rahmen der ordentlichen Anstellung an der Universität St. Gallen erfolgen und gemäss den Informations- und Offenlegungsrichtlinien nicht offen gelegt werden müssen.
>
> * [Universität St. Gallen, Rekurskommission; Präsident; seit 2011; keine Zusatzentschädigung];
> * Fürstentum Liechtenstein, Staatsgerichtshof; Ersatzrichter; seit 2012; entgeltlich (Sitzungsgelder und Referatspauschale nach Art. 6b und 6c des Gesetzes über die Bezüge der Mitglieder der Regierung und der Kommissionen sowie der nebenamtlichen Richter und der Ad-hoc-Richter, LR 174.60);
> * Gemeinde Speicher (AR); Mitglied Kommission für Planung und Gemeindeentwicklung; seit 2012; entgeltlich (Sitzungsgelder nach Art. 30 Abs. 2 Gemeindeordnung);
> * Schweizerischer Juristenverein; Vorstandsmitglied; seit 2012; entgeltlich (Sitzungsgelder nach Art. 9 Vereinsstatuten);
> * St. Galler Juristenverein; Vorstandsmitglied; seit 2011; ehrenamtlich;
> * Schweizerische Armee, Armeestab; Offizier Recht und Konventionen; in dieser Funktion seit 2005; Soldentschädigung (Art. 38 VVA, SR 510.301);
> * Evangelisch-reformierte Landeskirche beider Appenzell, Rekurskommission; Ersatzmitglied; seit 2014; entgeltlich (Sitzungsgelder und Referatspauschale nach Art. 5 Verordnung Entschädigungen und Spesen, Rechtssammlung 3.30);
> * Evangelisch-reformierte Kirche des Kantons St. Gallen, Kuratorium für das Pfarramt an der Universität St. Gallen; Mitglied; seit 2010; ehrenamtlich;
> * Peter Häberle-Stiftung an der Universität St. Gallen; Vizepräsident des Stiftungsrats; seit 2010; ehrenamtlich;
> * Zunft zur Meisen (Zürich); Vierzehner; seit 2014; ehrenamtlich.
>
> **Affiliations**
>
> Schweizerischer Juristenverein (Vorstand), St. Galler Juristenverein (Vorstand), Schweizerische Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften (Mitglied), Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Mitglied), Transparency International (Mitglied)

L'**Université de Bâle** demande aux « cadres universitaires »[262] de publier les **fonctions publiques** et les **mandats dans les organes de direction** sur la base de la loi cantonale sur l'information et la protection des données :

261 https://www.alexandria.unisg.ch/persons/2743 (consulté le 28 avril 2016).

> « Ch. 7. Offenlegung der Interessenbindung - Aus Gründen der Transparenz wird die Universität Basel öffentliche Ämter und Mandate in Führungsgremien von juristischen Personen (z.B. Verwaltungsratsmandate, Einsitz in Stiftungsräten), die das universitäre Kader (ab Lohnklasse 18) inne hat, veröffentlichen. Dies erfolgt auf Basis des Informations- und Datenschutzgesetzes des Kantons Basel-Stadt. Sollten zwingende private Interessen einer Veröffentlichung entgegenstehen, so ist dies im Formular anzukreuzen und im Sinne eines Antrags stichhaltig zu begründen. »[263]

La réglementation en vigueur pour l'**Université de Genève** connaît également un devoir des professeurs **d'indiquer leurs liens d'intérêts**. Cette obligation est cependant atténuée par une formulation assouplie de la norme (« dans la mesure du possible »).

> « Les professeurs indiquent, dans la mesure du possible, sur leur page web universitaires les liens d'intérêts durables et significatifs qu'ils entretiennent avec le secteur privé (ex : activités régulières avec le secteur privé ; positions dans des conseils d'administration ou d'autres comités similaires ; contrôle de sociétés). »[264]
>
> La loi sur l'université précise par ailleurs que les activités accessoires « sont rendues publiques par l'université » (art. 14 al. 2 LUni/GE). L'université de Genève met en pratique cette disposition par la publication agrégée et anonyme des données recueillies dans le cadre des obligations d'autorisation et d'annonce.

Enfin, il convient également de mentionner la **réglementation fribourgeoise** qui contient une règle concernant l'information active de la part du Rectorat, ne prévoyant cependant pas les éléments précis à communiquer au public.

---

262 Est considérée comme « cadre universitaire » toute personne qui est en classe de salaire 18 ou plus.

263 Universität Basel, Selbstdeklaration von Nebentätigkeiten : Wegleitung für die Selbstdeklaration von Nebentätigkeiten, mars 2015 (www.unibas.ch/de/Mitarbeitendenportal/Anstellung/Nebentaetigkeit.html, consulté le 28 avril 2016). Ce document détaille l'Ordnung/UNIBAS, fondée sur § 49 Personalordnung der Universität Basel (RS/BS 441.100). Cette dernière ne fait pas référence à la publication de données relatives aux activités accessoires.

264 Art. 7.2 Directive CIF/UNIGE. La directive ne mentionne pas la base légale sur laquelle elle s'appuie.

> « Le Rectorat se charge – dans le respect de la confidentialité des données transmises ou traitées (art. 10 al. 1er) – d'une information pertinente du public au sujet des activités accessoires annoncées. »[265]

4.3 Les exceptions en faveur du secret dans les législations sur la transparence

Les législations sur l'accès aux documents sont construites sur un **modèle commun** : elles posent tout d'abord le **principe général de la publicité** des documents et des informations, puis le restreignent en posant des **exceptions**.

4.3.1 Le droit fédéral

La loi fédérale sur la transparence contraint l'autorité à limiter, différer ou refuser l'accès à un document officiel dans un certain nombre d'hypothèses décrites de manière juridiquement indéterminée (art. 7 al. 1er let. a à h et al. 2 LTrans), laissant une vaste place à la pratique et à la jurisprudence pour les concrétiser dans chaque cas d'espèce :

- Intérêts **publics** au secret

  a. L'accès est susceptible de porter notablement atteinte au processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité qui est soumise à la présente loi, d'un autre organe législatif ou administratif ou d'une instance judiciaire ;

  b. L'accès entrave l'exécution de mesures concrètes prises par une autorité conformément à ses objectifs ;

  c. L'accès risque de compromettre la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse ;

  d. L'accès risque de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure et ses relations internationales ;

  e. L'accès risque de compromettre les relations entre la Confédération et les cantons ou les relations entre cantons ;

  f. L'accès risque de compromettre les intérêts de la politique économique ou monétaire de la Suisse.

---

265 Art. 11 Directives AA/UNIFR.

- Intérêts **privés** au secret

  g. L'accès peut révéler des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication ;

  h. L'accès peut avoir pour effet de divulguer des informations fournies librement par un tiers à une autorité qui en a garanti le secret ;

  - atteinte à la sphère privée de tiers (art. 7 al. 2 LTrans).

Chacune de ces exceptions est susceptible de s'appliquer selon les circonstances aux activités accessoires des membres du corps enseignant des hautes écoles[266]. La fidélité confédérale pourrait par exemple être invoquée entre cantons transparents et – encore – secrets[267] ou le secret professionnel d'affaires ou de fabrication en fonction de la nature exacte de l'activité accessoire par exemple.

> Dans une procédure d'accès à des documents officiels, l'Université de Genève a invoqué le secret d'affaires pour justifier son refus de donner accès à des documents qui indiqueraient le prix que l'université paye aux éditeurs de revues électroniques. La Cour de Justice a cependant jugé en l'espèce que « le maintien du secret dont se prévaut l'intimée n'apparaît pas objectivement fondé. »[268]
>
> L'appréciation de ces exceptions est susceptible de varier selon les époques. En droit de l'Union européenne par exemple, la protection du secret d'affaires est en voie de renforcement[269], lui conférant dans le futur une place plus forte dans la pesée des intérêts, même si les nouvelles mesures de protection des secrets d'affaires ne devraient pas avoir d'incidence sur l'application de la législation sur l'accès aux documents selon les considérants de la directive[270].

---

266 Cf. ci-dessous ch. 5.2.2.

267 Cf. ci-dessus ch. 3.4.2 (conflits de loi).

268 Cour de justice/GE, ATA/154/2016, c. 6.

269 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (COM [2013] 813). Sur la pratique jurisprudentielle en droit fédéral relative au secret d'affaire, cf. TF, arrêt 1C_50/2015, du 2 décembre 2015, c. 5.3 (avec références à la doctrine).

270 Cons. 28 COM [2013] 813.

Dans toutes les hypothèses, ces exceptions doivent être interprétées de manière **restrictive** afin de ne pas miner l'esprit du principe[271].

4.3.2 Le droit genevois

L'article 26 al. 2 LIPAD énumère douze types de situations non exhaustives justifiant une exception à la transparence, lorsque l'accès aux documents est susceptible de :

> « a) mettre en péril la sécurité de l'Etat, la sécurité publique, les relations internationales de la Suisse ou les relations confédérales ;
>
> b) mettre en péril les intérêts patrimoniaux légitimes ou les droits immatériels d'une institution ;
>
> c) entraver notablement le processus décisionnel ou la position de négociation d'une institution ;
>
> d) compromettre l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par la loi ;
>
> e) rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives ;
>
> f) rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers ;
>
> g) porter atteinte à la sphère privée ou familiale ;
>
> h) révéler des informations sur l'état de santé d'une personne ;
>
> i) révéler des informations couvertes par des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, le secret fiscal, le secret bancaire ou le secret statistique ;
>
> j) révéler d'autres faits dont la communication donnerait à des tiers un avantage indu, notamment en mettant un concurrent en possession d'informations auxquelles il n'aurait pas accès dans le cours ordinaire des choses ;
>
> k) révéler l'objet ou le résultat de recherches scientifiques en cours ou en voie de publication ;

---

271 TAF, arrêt A-3649/2014 du 25 janvier 2016, c. 8.2.1. Le message du Conseil fédéral exige que les intérêts en présence doivent être évalués « de manière très minutieuse », FF 2003 1848.

l) révéler des délibérations et votes intervenus à huis clos ou compromettre les intérêts ayant justifié le huis clos d'une séance. »

5 LES EXCEPTIONS EN FAVEUR DE LA PROTECTION DE LA SPHÈRE PRIVÉE

5.1 Introduction

L'une des exceptions susceptible d'être régulièrement excipée en présence de demandes portant sur les activités accessoires est celle de l'atteinte à la sphère privée. Tel sera régulièrement le cas en présence de données personnelles dans les documents demandés. En cas d'atteinte, l'accès aux documents pourra être refusé. Pourtant, si l'intérêt public l'exige, pareils documents pourront être accessibles, dans le respect de la proportionnalité, après une balance d'intérêts à effectuer dans chaque cas d'espèce.

5.2 Le mécanisme en présence de données personnelles

5.2.1 L'exception de la protection de la sphère privée

Le droit fédéral contient une **clause d'exception spécifique** obligeant l'autorité à limiter, différer ou refuser l'accès à un document officiel si celui-ci peut porter **atteinte à la sphère privée** de tiers (art. 7 al. 2 LTrans ; art 6 OTrans).

On rappellera que d'autres **clauses d'exceptions** listées dans les lois sur la transparence protègent également l'intérêt privé, à l'instar des **secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication** (cf. art 7 al. 1er let. g LTrans), typiquement applicables aux professeurs médecins ou avocats notamment, ou des **clauses de confidentialité** (art. 7 al. 1er let. h LTrans) que pourrait contenir un mandat portant sur une activité accessoire.

> Le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'y avait « rien d'insoutenable », en droit cantonal, à ce que la Cour de justice du canton de Genève considère qu'une clause de confidentialité contenue dans une convention de départ prévoyant le versement d'une indemnité de licenciement ne pouvait pas conduire à exclure l'application de la LIPAD, mais qu'une

telle clause devait être prise en compte dans la pesée des intérêts dans la mesure où l'article 26 al. 1er LIPAD prévoit expressément une telle pesée[272].

5.2.2 L'exigence d'anonymisation

Dans ce cas, si un document contient des données personnelles (et tel sera toujours le cas en cas d'atteinte potentielle à la sphère privée), il doit être si possible rendu **anonyme** avant sa consultation (art. 9 al. 1er LTrans) ; à défaut, un tel document sera donc secret.

Expression du principe de **proportionnalité**[273], l'anonymisation des données relatives aux activités accessoires s'impose comme une mesure permettant d'écarter l'exception de la protection de la sphère privée. Si le requérant s'en satisfait, l'accès est donné.

> A titre illustratif, on peut imaginer publier les données agrégées concernant le nombre, la proportion ou la nature des déclarations ou des autorisations d'activités accessoires lorsque celles-là sont exigées ou la somme globale déclarée, annoncée ou rétrocédée selon les régimes applicables.

A un demandeur qui exigeait de **consulter la liste des activités accessoires de tous les collaborateurs de l'administration fédérale**, le Tribunal administratif fédéral a invoqué le principe de proportionnalité pour subordonner l'accès à la condition de rendre anonymes les données concernant les **employés subalternes** et le cas échéant de leurs **employeurs accessoires**[274]. Il a jugé que la fonction de contrôle du public sur l'administration pouvait être encore assurée ainsi dans une certaine mesure :

> « Ein solcher Auszug […] ermöglicht grundsätzlich dennoch – trotz fehlender Namensangabe – die Prüfung, ob die betreffenden Angestellten nicht in einem übermässigen Umfang durch die Nebenbeschäftigung beansprucht werden oder ein allfälliger Interessenkonflikt vorliegen könnte. »[275]

---

272 TF, arrêt 1C_273/2015 du 18 septembre 2015, c. 3.1.

273 ATF 133 II 209, c. 2.3.3 ; TAF, arrêt A-6054/2013 du 18 mai 2015, c. 4.2.1.

274 TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.2.3.2.

275 TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.2.3.2.

> « Ein allfälliger Mehraufwand könnte sich durch die Anonymisierung der Firma der jeweiligen Nebenbeschäftigung ergeben. Dieser Mehraufwand ist indessen hinzunehmen. »[276]

Selon la granularité des données agrégées, certaines personnes peuvent cependant rester **facilement identifiables**. Compilées au niveau de l'université, les données demeureront de fait anonymes ; réunies au niveau des départements des facultés, les personnes deviendront d'autant plus reconnaissables que les structures sont de petite taille. Dans ce cas, les données, bien qu'anonymisées, redeviennent des données personnelles[277] et sont susceptibles de porter atteinte à la sphère privée des personnes concernées.

5.2.3 Le cas du consentement ou des données personnelles publiquement accessibles

Il n'est pas nécessaire de rendre un document anonyme en cas de **consentement** explicite ou implicite de la personne concernée (art. 19 al. 1er let. b LPD *cum* art. 9 al. 2 LTrans)[278].

Il en va de même lorsque les données **publiquement accessibles** à tout un chacun (art. 19 al. 1er let. c LPD *cum* art. 9 al. 2 LTrans ; art. 6 al. 3 LTrans ; art. 3 al. 2 OTrans). Tel sera le cas dans les exemples suivants :

- professeur membre d'une commission extra-parlementaire[279] ;
- professeur membre d'un conseil d'administration soumis à la transparence[280] ;
- professeur exerçant un mandat politique ;
- professeur publiant un avis de droit rédigé à titre accessoire dans une revue scientifique.

---

276 TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.2.3.2.

277 Comm. LTrans-FLÜCKIGER, Art. 9 N 32 ss.

278 TAF, arrêt A-3609/2010 du 17 février 2011, c. 4.3.

279 Cf. ci-dessus ch. 4.2.2.2.

280 Cf. ci-dessus pour les sociétés anonymes cotées en bourse ch. 4.2.2.3 et pour les cadres du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des entreprises et établissements de la Confédération ch. 4.2.2.4.

Lorsque les **données** sont **déductibles aisément**, mais de manière approximative seulement, une demande de divulgation portant sur les données précises ne pourra pas être refusée au titre qu'elles seraient publiquement accessibles. Il faudra simplement en tenir compte dans la pesée des intérêts[281].

5.2.4 La publication de données personnelles non anonymisées : une contre-exception en cas d'intérêt public prépondérant

5.2.4.1 En droit fédéral

Le droit fédéral prévoit une contre-exception en faveur de la transparence, énoncée de manière générale à l'article 7 al. 2 *i.f.* LTrans et répétée en rapport avec la présence de données personnelles à l'article 9 al. 2 LTrans *cum* art. 19 LPD : la présence d'un intérêt public prépondérant. Le document, bien que pouvant porter atteinte à la sphère privée ou contenant des données personnelles non anonymisées, sera alors rendu public après une **pesée d'intérêts**[282].

> « Über das Verhältnis von Art. 7 Abs. 2 BGÖ einerseits und Art. 9 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 19 Abs. 1bis DSG können unterschiedliche Auffassungen vertreten werden. Letztlich ist allerdings massgeblich, dass gestützt auf beide Bestimmungen eine Abwägung vorzunehmen ist zwischen dem öffentlichen Interesse am Zugang zu amtlichen Dokumenten und dem Schutz der Privatsphäre bzw. der informationellen Selbstbestimmung jener Personen, deren Daten im Dokument enthalten sind und zugänglich gemacht werden sollen. »[283]

Lorsqu'un tiers, en droit fédéral, dépose une demande portant sur des documents non anonymisés relatifs à des activités accessoires, l'autorité doit au préalable **consulter** les personnes concernées et les inviter à se prononcer afin qu'elles puissent exposer leur point de vue (art. 11 al. 1er LTrans). Ce n'est qu'après l'exercice de ce droit d'être entendu que l'autorité sera autorisée à procéder à la

---

281 Cf. ci-dessous ch. 5.4.2.2g), 5.4.2.3c) et 5.4.2.3d)

282 Comm. LTrans-FLÜCKIGER, Art. 9 N 47 ; Comm. BS LPD-EHRENSPERGER, Art. 19 BS, N 39. Pour une analyse du rapport entre ces différentes dispositions, cf. p.ex. TAF, arrêt A-6054/2013 du 18 mai 2015, c. 4.2.3.

283 TF, arrêt 1C_137/2016 du 27 juin 2016, c. 4.3 (publication ATF prévue). Cf. dans le même sens : TF, arrêt 1C_74/2015 du 2 décembre 2015, c. 4.1.1.

pesée des intérêts proprement dite[284]. La jurisprudence admet de **renoncer à consulter** les personnes concernées sous certaines conditions[285].

La personne concernée ne dispose cependant **pas** d'un **droit de veto** si elle s'oppose à la consultation de documents officiels contenant ses données personnelles[286].

Les coûts engendrés peuvent être imputés au demandeur[287] sous forme d'**émoluments** (art. 17 LTrans).

Pareille exigence peut s'avérer chronophage et fort coûteuse lorsqu'elle porte sur toutes les activités accessoires autorisées et annoncées de l'ensemble du personnel fédéral comme le montre la jurisprudence (CHF 200'000.- selon les estimations de l'Office fédéral du personnel)[288] ; les coûts cumulés **ne sauraient toutefois être prohibitifs** au point d'équivaloir à un refus d'accès de fait[289]. L'intérêt public à l'accès des médias aux documents officiels peut par ailleurs conduire à renoncer totalement ou partiellement à la perception d'un émolument[290].

5.2.4.2 En droit cantonal

Le même type de mécanisme prévaut en droit cantonal.

Ainsi à **Genève**, la Cour de justice a jugé que « [l]'art. 26 al. 2 let. g LIPAD [exception à la transparence en cas d'atteinte à la sphère privée] n'exclut pas

---

284 TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.2.3.1 ; A-6054/2013 du 18 mai 2015, c. 4.4.

285 TF, arrêt 1C_137/2016 du 27 juin 2016, c. 4.6.6 (publication ATF prévue) ; TF, arrêt 1C_50/2015 du 2 décembre 2015, c. 6.2.

286 Office fédéral de la justice, Commentaire du 24 mai 2006 de l'Ordonnance relative à la loi fédérale sur le principe, ad art. 6, ch. 3.5.

287 TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.4.3 et 5.4.4.

288 TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.4.1. Voir également LUCIE MONAT, Les gros sous de la science, *Tribune de Genève* du 11 mai 2016, entretien avec Dominique Arlettaz, recteur de l'Université de Lausanne, p. 6.

289 TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.4.4 ; TF, arrêt 1C_550/2013 du 19 novembre 2013, c. 3.2.

290 ATF 139 I 114, c. 4.3 s.

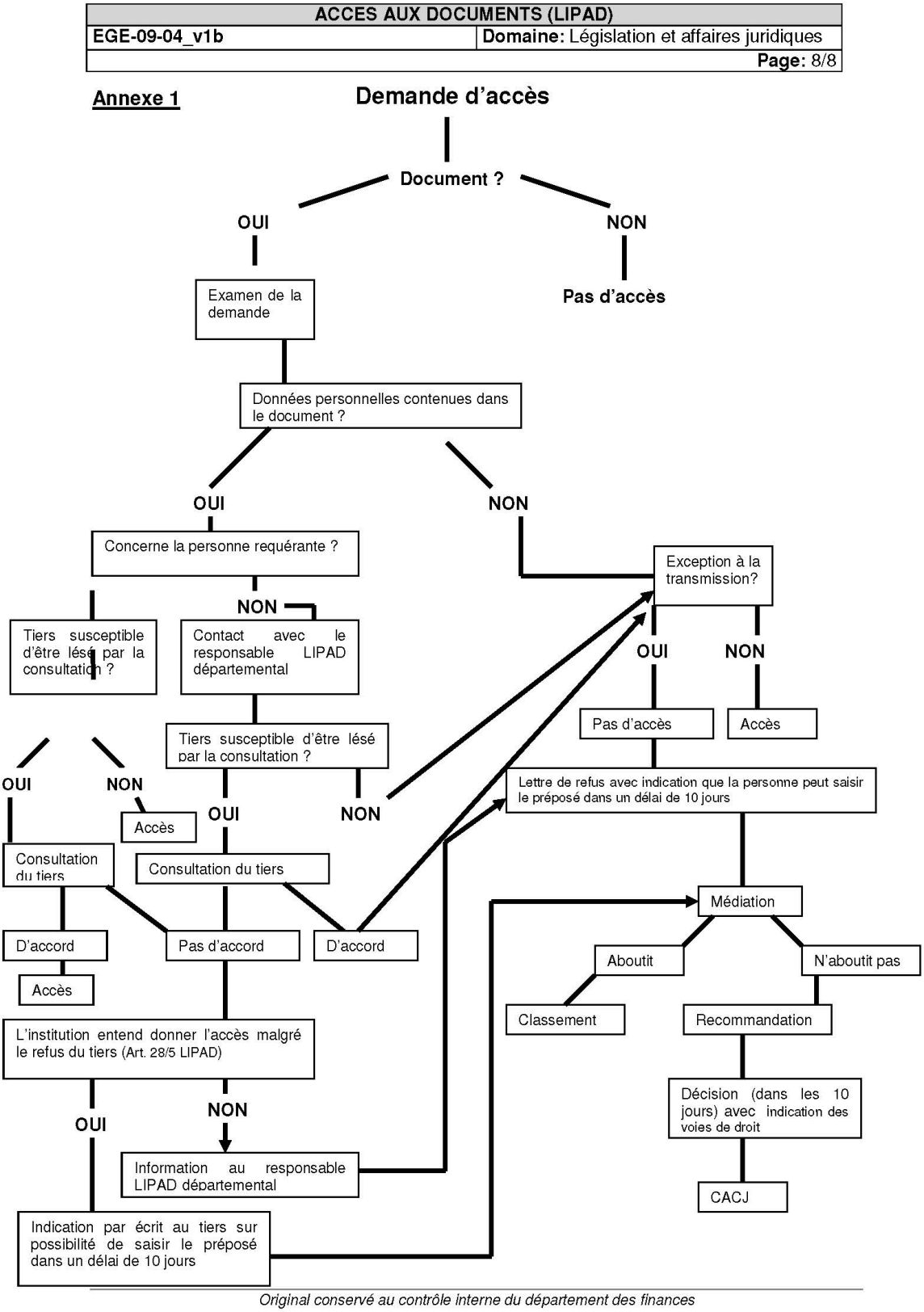
automatiquement l'accès à tout document dès qu'il concerne la sphère privée d'un tiers, mais requiert une **pesée des intérêts** en présence. »[291]

Une directive schématise les étapes à suivre en distinguant le parcours procédural selon la présence ou non de données personnelles dans le document requis[292]. On relèvera en particulier le **droit d'être entendu** des personnes concernées (art. 39 al. 10 LIPAD)[293] :

[291] Cour de Justice, ATA/154/2016 du 23 février 2016, c. 4a (souligné par nous), citant : ATA/758/2015 du 28 juillet 2015 ; ATA/341/2015 précité ; ATA/767/2014du 30 septembre 2014.

[292] Groupe interdépartemental LIPAD, directive transversale « Accès aux documents (LIPAD) » du 2 octobre 2015, entrée en vigueur le 1er janvier 2016, Annexe 1.

[293] Schéma contenu dans le document « Directive transversale : Accès aux documents (LIPAD) » de la Chancellerie d'Etat, EGE-09-04, disponible sous www.ge.ch/legislation/directives/doc/EGE-09-04_v1b.pdf (consulté le 13 mai 2016).



Original conservé au contrôle interne du département des finances

A **Zurich**, le Tribunal administratif a reconnu que la loi sur l'information et la protection des données constituait une base légale formelle suffisante pour donner accès à des documents officiels contenant des données personnelles[294].

Parfois le législateur peut préciser la prépondérance des intérêts en présence de données personnelles. Ainsi à **Fribourg** :

> « Présomption d'un intérêt public prépondérant - [1] L'intérêt prépondérant du public à l'information est présumé lorsque les données personnelles se rapportent à un membre d'un organe public et que l'information porte sur ses fonctions ou ses activités au service de cet organe. Sont notamment visés les renseignements suivants :
>
> a) le fait même que la personne concernée soit membre de cet organe ;
>
> b) son titre et ses coordonnées professionnelles ;
>
> c) la mention de son nom dans un document qu'elle a établi ou à l'élaboration duquel elle a collaboré.
>
> [2]Le Conseil d'Etat peut poser d'autres présomptions en faveur de l'intérêt du public à l'information.
>
> [3]Les présomptions tombent en présence de données sensibles au sens de la loi sur la protection des données ou en présence d'un autre intérêt particulier de la personne concernée. » (art. 12 de la loi sur l'information et l'accès aux documents [LInf]).

5.3 Les intérêts en jeu en cas en matière d'activités accessoires

5.3.1 Les intérêts au secret en matière d'activités accessoires

5.3.1.1 Les intérêts privés au secret

Les intérêts privés au secret découlent principalement du droit à la **protection de la sphère privée**, plus particulièrement au droit à l'autodétermination en matière de données personnelles (art. 13 Cst.)[295]. Les intérêts de **tiers** à une telle protection,

---

294 TA/ZH, arrêt VB.2015.00536 du 16 décembre 2015, c. 4.2.4.

295 Sur le droit à l'autodétermination et la nécessité d'une interprétation non littérale de l'article 13 al. 2 Cst., cf. ALEXANDRE FLÜCKIGER, L'autodétermination en matière de

principalement les employeurs ou les mandataires des professeurs dans le cadre de leurs activités accessoires, doivent également être pris en considération.

La **liberté économique** (art. 27 Cst.), applicable également aux professeurs des hautes écoles dans la mesure où **l'activité accessoire est de nature privée**[296], peut aussi leur conférer un intérêt au secret.

5.3.1.2 Les intérêts publics au secret

Tous les intérêts publics au secret compris dans les listes des exceptions générales au principe de la transparence[297] sont potentiellement invocables.

> En droit fédéral, l'accès à des « documents qui contiennent des **projets de recherche planifiés ou en cours** » peut être refusé sur la base de la clause d'exception relative au secret d'affaire (art. 7 al. 1er let. g LTrans)[298]. A Genève, si l'accès est propre à **révéler l'objet ou le résultat de recherches scientifiques en cours ou en voie de publication**, il doit être refusé (art. 26 al. 2 let. k LIPAD).
>
> Même l'intérêt à la **sécurité publique** et aux **relations internationales** n'est pas à exclure si révéler l'activité accessoire pouvait conduire à des incidents diplomatiques ou à perturber d'une manière ou d'une autre l'ordre public, à l'instar d'activités accessoires au service du renseignement de la Confédération ou, plus simplement, de la police ou de l'armée.

Un intérêt public à l'exercice des activités accessoires existe aussi pour permettre aux enseignants « d'**améliorer leurs compétences professionnelles** ou d'**appliquer leurs connaissances** aux problèmes de la communauté » en vertu de l'article 30 de la Recommandation de l'UNESCO concernant la condition du personnel enseignant de l'enseignement supérieur du 11 novembre 1997. De nombreuses disciplines – dont la médecine[299], la gestion, le droit, l'ingénierie, etc. –

---

données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ?, *PJA* 2012, p. 837-864.

296 Cf. ci-dessus ch. 2.4.1.

297 Cf. ci-dessus ch. 4.3.1 et 4.3.2.

298 OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE 2006, p. 8.

299 Cf. ci-dessus ch. 2.3.1.4 sur le régime spécial accordé aux activités privées des professeurs de médecine.

enrichissent leurs prestations en mêlant en leur sein des profils purement académiques avec des profils de praticiens apportant un savoir-faire indispensable à l'exercice futur des professions. L'intérêt public d'**être en phase avec les besoins du métier** est en réalité à pondérer déjà dans le cadre des réglementations matérielles aménageant les régimes spécifiques de déclaration, de rétrocession ou d'interdiction des activités accessoires.

La seule question à se poser du point de vue d'un éventuel intérêt public au secret n'est pas celle de savoir s'il existe ou non un intérêt à ne pas limiter de manière excessive les activités accessoires des professeurs, mais bien de **déterminer si l'accès à certaines informations** relatives à ces dernières est de nature à **augmenter la difficulté de recrutement de professeurs très impliqués dans la pratique**.

Si un tel intérêt ne nous paraît pas aisément subsumable dans les exceptions générales des lois sur la transparence, il peut bien sûr être invoqué dans le cadre de la pesée des intérêts plus globale qu'il convient d'opérer si la divulgation devait porter atteinte à la sphère privée.

5.3.2 Les intérêts publics à la transparence en matière d'activités accessoires

Les intérêts publics à la transparence des activités accessoires des professeurs se recouvrent avec ceux qui autorisent le législateur à limiter le droit d'exercer de telles activités en instituant un régime d'annonce, d'autorisation, d'interdiction ou de rétrocession partielle ou totale des gains[300].

Outre **l'intérêt public à la transparence en général**, en particulier des finalités de **contrôle** des activités administratives découlant du but de tels lois[301], citera plus spécifiquement :

- L'**accomplissement diligent des tâches** inscrites au cahier des charges ;

[300] Cf. ci-dessus ch. 2.4.2.2, 2.4.2.3 et 2.4.2.4.

[301] Cf. ci-dessus ch. 3.2.

- L'**indépendance** de l'enseignement et de la recherche[302] ;
- La prévention des **conflits d'intérêts** ;
- La **réputation** de l'institution ;
- La prévention de la **corruption** ;
- Les impératifs de **bonne gestion** financière ;
- La limitation des **ressources financières** publiques.

On trouve parfois également de manière plus spécifique la prévention du « **cumul de gains excessif** »[303]. Un tel but, qui pourrait aussi être examiné sous l'angle de l'égalité de traitement, est clairement d'intérêt public s'il conduit à négliger l'exercice des tâches inscrites au cahier des charges ou la nécessaire indépendance académique. Il ne l'est pas forcément pour contrer la disette des budgets étatiques dans les universités connaissant un régime de rétrocession !

5.4 Les critères de pondération en présence de données personnelles

5.4.1 L'exigence d'un intérêt public prépondérant qualifié

Lorsqu'un intérêt public à la transparence est requis pour la communication d'un document officiel contenant des données personnelles (art. 7 al. 2 LTrans), la question de son **degré de prépondérance** sur les autres intérêts se pose. Le principe est posé à l'article 7 al. 2 LTrans puis répété à l'article 6 al. 1er OTrans : l'intérêt public à la transparence doit être « exceptionnellement jugé prépondérant » pour permettre d'accéder à un document officiel susceptible de porter atteinte à la

302 Pour l'importance de la transparence en lien avec la liberté de la science, cf. Comm. BS CST.-HERTIG, Art. 20 N 12 s.

303 En droit vaudois de la fonction publique, le « cumul de gains excessif » vise « les collaborateurs dont la rémunération est élevée » (Directive d'application du Conseil d'Etat de la législation sur le personnel, no 51.1, sans date, ch. 1.1). Une telle limitation nous semble devoir être interprétée comme définissant la « rémunération » au sens de la rémunération totale, activités principale et accessoires comprises, et non seulement la rémunération de l'activité principale.

sphère privée de tiers. L'article 19 al. 1bis let. b LPD qui se limite à exiger de manière générale que la communication « répond[e] à un intérêt public prépondérant » en tant que simple règle de coordination plus générale ne saurait affaiblir le propos de l'article 7 al. 2 LTrans. La doctrine exige un **intérêt qualifié**[304]. Cela vaut particulièrement sur le plan fédéral où le principe de la transparence n'a formellement pas rang constitutionnel[305].

5.4.2 Les critères de pondération en rapport avec les activités accessoires

5.4.2.1 Introduction

En présence de données personnelles susceptibles d'être communiquées, les critères de pondération suivants présentent une certaine pertinence en matière d'activités accessoires pour faire pencher la balance. On traitera de manière spécifique la question de la transparence du montant du gain accessoire.

En pratique, ces critères constituent des **éléments argumentatifs** à disposition de l'autorité ou du juge pour charpenter la motivation d'une décision d'accès sur demande. Ils servent aussi de base pour la publication d'office des activités accessoires[306].

> Ces critères sont également pris en compte dans l'aménagement du régime juridique applicable aux activités accessoires indépendamment de la question de la publication de celles-ci[307].

Plus concrètement, cette liste signifie que l'intérêt au secret sera par exemple plus important dans le cas d'une activité ponctuelle, accomplie gratuitement pour un mandant privé, qui révèlerait des données personnelles sensibles et qui serait

---

304 Comm. BS LPD-EHRENSPERGER, Art. 19, N 45 ; Comm. LTrans-COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Art. 7, N 72, N 76.

305 Comm. LTrans-COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, Art. 7 N 76 et 78 ; FLÜCKIGER 2003, p. 226 ; BRUNNER 2003, p. 35 s. et 40 s.

306 Le critère du caractère régulier d'une activité accessoire a notamment été pris en compte dans les directives sur la transparence de l'Université de Saint-Gall, cf. ci-dessous ch. 5.4.2.2d).

307 Cf. ci-dessous ch. 5.4.2.3b) pour un exemple.

effectuée par un professeur assistant, employé à mi-temps dans une université qui ne réglemente pas les activités accessoires.

5.4.2.2 Les critères de pondération applicables aux activités accessoires en général

a) Le caractère sensible des données personnelles

Un **intérêt public à la transparence** devra être d'autant plus **important** que les données personnelles dévoilées par l'exercice d'activités accessoires sont sensibles[308]. Dans certaines circonstances, la publication des activités accessoires est en effet susceptible de révéler des données personnelles sensibles.

> L'**appartenance aux organes dirigeants d'une organisation religieuse, politique ou syndicale** par exemple témoigne à notre sens indubitablement d'une activité dans ces domaines au sens de l'article 3 let. c ch. 1er LPD.
>
> Des **sanctions administratives** infligées à la suite de la violation des règles sur la déclaration des activités accessoires sont des données sensibles au sens de l'article 3 let. c ch. 4 LPD.

Toute information relative aux activités accessoires ne saurait cependant être considérée comme une donnée personnelle sensible.

> Le Tribunal administratif zurichois a confirmé dans ce sens que les **informations concernant les activités accessoires** et le **taux d'activité** ne sont pas des données personnelles sensibles[309].
>
> Selon le Tribunal administratif fédéral jugeant la divulgation du montant de l'indemnité d'une convention de départ, les **données purement financières et organisationnelles** ne sont pas des données personnelles sensibles[310]. Cette solution peut s'appliquer à notre avis par analogie au revenu des activités accessoires[311].

---

308 TAF, arrêt A-6054/2013 du 18 mai 2015, c. 4.2.2 ; TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.1.3.1.

309 TA/ZH, arrêt VB.2015.00536 du 16 décembre 2015, c. 5.1, se référant à Comm. IDG/ZH-RUDIN, § 3, N 16 ss.

310 TAF, arrêt A-3609/2010 du 17 février 2011, c. 5.4.

311 Cf. ci-dessous ch. 5.4.2.3e).

> L'article 27*c* let. i de la loi sur le personnel de la Confédération[312] qualifie pourtant étrangement de données sensibles les **charges publiques et les activités accessoires exercées par les collaborateurs de la Confédération**, à côté des certificats médicaux, des résultats de tests de personnalité ou de décisions concernant les enquêtes disciplinaires notamment. Cette inclusion est à notre sens à la limite d'être arbitraire dans la mesure où les charges publiques ne sont manifestement pas des données sensibles dans le cadre des dossiers du personnel en raison de leur caractère nécessairement public. Quoi qu'il en soit le Tribunal administratif fédéral vient de relativiser à juste titre la portée de cette qualification[313].

Le Tribunal administratif fédéral a cependant jugé que **l'intérêt public à la diffusion de données même sensibles l'emportait** selon les circonstances, en particulier concernant les collaborateurs occupant des postes à responsabilité :

> « Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts ergibt eine Interessenabwägung für Verwaltungsangestellte in höheren Führungsfunktionen, die sich nach der Rechtsprechung unter Umständen sogar die Bekanntgabe besonders schützenswerter Personendaten gefallen lassen müssen […], ein überwiegendes öffentliches Interesse am Zugang der vom Beschwerdeführer verlangten Informationen. »[314]

b) L'exercice d'une fonction publique, plus spécifiquement élevée

De façon générale, les **collaborateurs de la fonction publique**, quelle que soit leur position hiérarchique, ont un **intérêt privé au secret moins éminent** que les **collaborateurs dans le secteur privé**. Le critère de pondération repose sur la nature de la tâche publique qu'ils exercent. Exerçant une tâche publique, ils ne sauraient en effet postuler que leur activité professionnelle ressortit à leur sphère privée[315].

---

312 RS 172.220.1.

313 TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.1.3.1.

314 TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.2.3.1 et 5.1.3.1 ; TAF, arrêt A-6054/2013 du 18 mai 2015, c. 4.2.2.

315 TA/ZH, arrêt VB.2015.00536 du 16 décembre 2015, c. 5.4 ; Comm. BS LTrans-HÄNER, Art. 7 N 58 ; Comm. LTrans-FLÜCKIGER, Art. 9 N 14 ; Recommandation du PFPDT du 5 juin 2014 (EPA / Liste mit Nebenbeschäftigungen aller Bundesangestellten), N 30.

> « Verwaltungsangestellte können sich mit Blick auf die öffentlichen Aufgaben, welche sie erfüllen oder an deren Erfüllung sie mitwirken, grundsätzlich nicht im selben Mass auf ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung berufen wie private Dritte ; ihren, dem Zugang entgegenstehenden privaten Interessen kommt grundsätzlich weniger Gewicht bei, als wenn die Personendaten privater Dritter in Frage stehen. »[316]

Les collaborateurs de la fonction publique conservent toutefois le droit de **restreindre** la communication s'ils devaient subir des **impacts négatifs importants**[317].

> Si une atteinte à la sphère privée des professeurs n'est pas à exclure, divulguer leur taux d'activité et leurs activités accessoires concerne l'exécution de tâches publiques et ne met pas en danger leur sphère privée selon le Tribunal administratif zurichois[318].

La jurisprudence distingue toutefois entre les **hauts fonctionnaires** et les **collaborateurs subalternes** pour juger des atteintes à la sphère privée.

> Les **professeurs** sont à considérer comme occupant des postes supérieurs par rapport aux **assistants**, **collaborateurs scientifiques** ou **doctorants**, qui sont des collaborateurs subalternes. En revanche, ces derniers, en tant qu'ils exercent des tâches d'enseignement et de recherche, principalement à titre d'auxiliaires, ne seront pas autant protégés dans leur sphère privée que le **personnel administratif et technique**.

Le fait d'occuper une **fonction supérieure** justifie selon le Tribunal administratif fédéral de communiquer **le nom et les activités accessoires d'un tel collaborateur** afin que le public soit en mesure d'effectuer un contrôle effectif des pratiques en la matière.

Pour les collaborateurs occupant une **position subalterne**, seuls l'auteur d'un document, le nom du responsable d'un dossier, la manière de le traiter ou l'opinion défendue dans l'exercice de ses fonctions peuvent être divulgués.

> « Diese [hierarchisch nachgeordneten Verwaltungsangestellten] haben aber grundsätzlich damit zu rechnen, dass bekannt wird, wer beispielsweise in amtlicher Funktion wie ge-

316 TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.1.3.1 et 5.2.3.2.

317 TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.2.3.1 ; TA/ZH, arrêt VB.2015.00536 du 16 décembre 2015, c. 5.4 ; Comm. BS LTrans-HÄNER, Art. 7 N 60 et Art. 9 N 8.

318 TA/ZH, arrêt VB.2015.00536 du 16 décembre 2015, c. 5.5 et 5.6.

> handelt oder eine bestimmte Meinung vertreten hat bzw. wer ein bestimmtes Dokument verfasst hat oder für ein bestimmtes Geschäft zuständig war. »[319]

Un **caviardage** s'impose en revanche s'agissant de la communication des activités accessoires de ces derniers[320] :

> « Was hingegen die hierarchisch nachgeordneten Verwaltungsangestellten angeht, ist das öffentliche Interesse am Zugang zu den verlangten Informationen geringer zu werten. Im Vergleich zu den Verwaltungsangestellten in höheren Führungsfunktionen weisen sie weniger Einfluss auf die massgebenden Entscheidungen in der Verwaltung auf und allfällige Konflikte mit Nebenbeschäftigungen müssten deshalb auch geringere Auswirkungen haben. »[321]

c) Le taux d'occupation

Le fait d'occuper un **emploi à plein temps** renforce les arguments en faveur de la **transparence** par rapport aux collaborateurs à temps partiel. Les réglementations universitaires tiennent compte de cette différence en soumettant les derniers à un régime assoupli, en application du principe de proportionnalité et d'égalité de traitement[322].

Selon les données demandées, une différence de traitement ne se justifie pas forcément. L'interdiction de donner des cours privés aux étudiants comme le prévoit l'Université de la Suisse italienne[323] doit s'appliquer indifféremment, car elle est dans tous les cas préjudiciable à la réputation de l'institution et de la corporation.

---

319 TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.1.3.1 et 5.2.3.2.

320 Cf. ci-dessus ch. 5.2.2.

321 TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.2.3.2.

322 Cf. p.ex. les différences dans la réglementation des activités accessoires des professeurs à charge complète à l'Université de Genève (art. 52 ss et 57 s. RPers/UNIGE) et les professeurs à charge partielle (art. 59 ss RPers/UNIGE).

323 Cf. ci-dessus ch. 2.4.2.5.

d) Le caractère régulier ou ponctuel de l'activité

Connaître l'existence d'une activité exercée régulièrement présente un intérêt public plus important qu'une activité unique ou ponctuelle. Les liens et les impacts sont en effet renforcés si la même activité est effectuée fréquemment.

> Les lois spéciales limitant l'obligation de publication aux activités régulières appliquent ce critère de pondération[324].

e) L'exercice d'une activité accessoire dans un rapport de droit public vs de droit privé

Le fait d'exercer l'activité accessoire dans un rapport de droit privé plutôt que de droit public augmente d'autant l'intérêt privé au secret. En outre le **mandant privé** bénéficie pour sa part d'un **intérêt analogue au secret**. Le mandant public, dans la mesure où il est lui-même soumis à une loi sur la transparence, pourra pour sa part aussi être saisi d'une demande de consultation du mandat qu'il a confié à un professeur d'université.

> L'intérêt à la transparence serait donc par exemple plus grand dans le cas de la rédaction d'un avis de droit pour l'Office fédéral des transports que pour une multinationale.

f) La nature du régime juridique applicable aux activités accessoires

S'il est impossible en régime libre d'accéder de manière centralisée aux informations relatives aux activités accessoires à défaut d'obligation d'annonce, d'autorisation ou de rétrocession, les demandes individuelles ne sont pas exclues[325]. L'existence même d'un régime libre montre que les intérêts privés au secret ont plus de poids dans un tel ordre juridique que dans un régime de rétrocession par exemple.

> Ainsi, les intérêts privés au secret ont été jugés plus importants dans la réglementation des activités accessoire de l'Université de la Suisse italienne que dans celle de l'Université de Lausanne : alors que la première correspond pour une grande partie au régime libre, la

---

[324] Cf. p.ex. art. 4 Informationsrichtlinien/UNISG (ci-dessus ch. 4.2.2.6) selon lequel seulement les activités accessoires régulières sont à publier (« *dauernde Tätigkeiten* »).

[325] Cf. ci-dessus ch. 3.6.2.

seconde connaît une obligation générale d'obtenir une autorisation et, en plus, une obligation de rétrocéder une partie du gain accessoire[326].

g) L'existence de données personnelles pouvant être découvertes approximativement par déduction

Il est parfois possible de déduire assez aisément, quoique de manière plus ou moins approximative, un certain nombre de données personnelles en croisant différentes informations publiquement accessibles. Ces données ne sont cependant pas à proprement parler publiquement accessibles[327]. Dans une telle configuration, **l'intérêt privé au secret diminue d'autant**.

Le tribunal administratif zurichois, considérant que le **taux d'occupation** approximatif des professeurs dans une haute école cantonale se déduisait aisément du programme des cours, a jugé qu'un intérêt particulier à la non-divulgation de cette information n'était pas manifeste[328].

Dans le cas du **droit d'auteur** sur des œuvres créées dans l'exercice des fonctions universitaires, le **gain accessoire** généré peut être plus ou moins estimé grossièrement en connaissant le tirage, le nombre des ventes, le prix de vente et le pourcentage contractuel usuel de la rémunération. Pour une plus grande précision, il faudrait bien évidemment connaître les rabais consentis et les conditions particulières du contrat.

Lorsqu'un assistant est **rémunéré à la copie pour la correction des examens** ou leur surveillance à titre d'activité accessoire[329], son salaire pourra être déduit d'autant plus aisément que le nombre de copies qu'il a à traiter est connu. Cette information découlera du nombre d'étudiants dans la volée considérée (information publique) et de correcteurs (donnée pas nécessairement connue).

On verra dans la section suivante que les **déclarations d'impôts** sont **consultables par le public** dans certains cantons (bases de taxation dans le canton de Neuchâtel, c'est-à-

326 Cf. ci-dessus ch. 2.4.2 pour les différents régimes.

327 Sur ces données, cf. ci-dessus ch. 5.2.3.

328 TA/ZH, arrêt VB.2015.00536 du 16 décembre 2015, c. 5.5.

329 Cf. p.ex. « Korrekturentschädigung/Konzept betreffend Finanzierung und Lehre, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich », arrêté de la Faculté de droit de l'Université de Zurich du 20 juin 2007 (avec les modifications du 21 avril 2010 et 5 octobre 2011). Le document n'est pas publié sur internet.

dire le revenu, la fortune, le bénéfice et le capital ; cote d'impôt sur le revenu et la fortune dans le canton de Fribourg). Il resterait toutefois à vérifier en pratique le degré de granularité des informations effectivement communiquées. Si le revenu accessoire du travail devait être spécifiquement révélé, le public disposerait d'une donnée précise sur le **montant du revenu accessoire**. Sinon l'information se déduit plus ou moins précisément en fonction du **degré de transparence des salaires** de l'employeur principal.

5.4.2.3 Les critères de pondération additionnels applicables à la transparence du montant du revenu des activités accessoires

a) L'intérêt public à dévoiler son revenu et la nature du régime juridique applicable aux activités accessoires

A défaut de règle spéciale, de consentement ou de données publiquement accessibles, le **montant du revenu des activités accessoires** ne pourra en principe n'être dévoilé qu'**après une pesée des intérêts**, si la communication de données agrégées et anonymes ne satisfait pas la curiosité du demandeur.

Si l'intérêt privé pour un professeur à ne pas dévoiler son salaire est analogue à celui de ne pas divulguer le revenu de ses activités accessoires, l'intérêt public diffère. Dans le cas du salaire, la rémunération dépend forcément du budget de l'Etat ; dans celui des activités accessoires, tel n'est pas nécessairement le cas. La **publicité du salaire du fonctionnaire** répond donc en principe à un **intérêt public plus important** que celle du **revenu de ses activités accessoires**. Toutefois, même si aucun argent public n'est directement en jeu, l'exercice de certaines activités peut compromettre la capacité du fonctionnaire à exercer son office, mettre en jeu son indépendance, mener à des conflits d'intérêts ou porter atteinte à la réputation de l'institution[330]. L'intérêt public à connaître le montant sera plus élevé dans un **régime de rétrocession des rémunérations**[331]. Dans un tel cas, cacher des revenus accessoires revient en effet à faire perdre des ressources financières à la collectivité publique.

330 Cf. ci-dessus ch. 2.2.

331 Cf. ci-dessus ch. 2.4.2.4.

Lorsque le **financement de l'activité accessoire** est également **public**, l'intérêt public à la transparence du revenu est **plus élevé** que si le financement est purement privé. Ce n'est bien sûr que lorsque la rémunération de l'activité au service d'une collectivité publique n'est pas connue – par exemple un mandat particulier pour une commune – que la question se pose[332]. Certaines collectivités publiques **rémunèrent à un tarif inférieur les activités accessoires de leurs fonctionnaires** lorsque ceux-ci exercent des activités accessoires au sein de la même collectivité ou les obligent à verser les sommes sur un fonds universitaire

> A l'Université de Genève, « les professeurs titulaires qui assument cette fonction en plus d'une autre fonction rémunérée à plein temps au sein de l'Université ou d'une institution partiellement ou totalement financée par une collectivité publique genevoise sont rémunérées en cumul à hauteur de 25% du traitement afférent à la fonction de professeur titulaire, pour un taux d'activité équivalent. »[333] La même chose vaut pour les chargés de cours[334].

Selon une directive interne à l'Université de Genève, « lorsqu'une personne employée à 100% à l'Université donne une conférence [à l'Université de Genève] ou est juré de thèse ou expert évaluateur, le montant de ses indemnités doit obligatoirement faire l'objet d'une imputation interne sur un fonds de l'Université »[335]. Par ailleurs la pratique relative aux indemnités de départ et aux honoraires montre que le **caractère ponctuel** des informations chiffrées demandées diminuait l'intérêt privé par rapport à un revenu régulier.

---

332 Cf. ci-dessous ch.5.4.2.3c).

333 Art. 193 al. 1er RPers/UNIGE.

334 Art. 195 al. 2 RPers/UNIGE.

335 Voir la directive du rectorat de l'Université de Genève « Rémunérer une- conférencier-ère, un-e juré-e de thèse ou d'examen, un-e expert-e évaluateur-trice » (publié le 12 mai 2016). L'activité de conférencier d'un membre du corps enseignant est donc traitée différemment selon le lieu où elle s'exerce : à Genève, les indemnités sont versées sur un compte institutionnel ; ailleurs, le membre du corps enseignant peut garder les indemnités pour autant qu'elles ne dépassent pas la somme de CHF 5'000.- par année, cf. le ch. III Directive AA/UNIGE.

Enfin, on rappelle que ces critères applicables spécifiquement au **revenu** des activités accessoires viennent en renfort des critères de pondération généraux précédents. Ce sont des **éléments argumentatifs additionnels**.

b) La hauteur des sommes en jeu

Lorsque les **sommes** en jeu sont minimes, l'intérêt public à la transparence à les connaître est moindre que lorsqu'elles sont importantes. Il peut aussi être tenu compte de la **proportion** par rapport au salaire de l'activité principale : une activité accessoire proportionnellement plus rémunératrice est de nature à créer des liens d'intérêt nettement plus marqués qu'une activité symboliquement rétribuée.

> L'Université de Berne a tenu compte de ce critère dans sa réglementation des activités accessoires. Elle exclut de la définition les activités accomplies personnellement qui ne nécessitent pas plus de dix jours par an et dont le gain ne dépasse pas CHF 20'000.- par an[336].
>
> La réglementation de l'Université de Neuchâtel distingue entre « gain annexe » et « gain annexe important ». Les professeurs doivent rétrocéder 20 % seulement des gains annexes importants[337].
>
> A l'Université de Genève, les montants versés au titre de dédommagements pour des activités qui ne sont pas considérées comme des activités accessoires sont acquis aux professeurs s'ils ne dépassent pas CHF 5'000.- par an[338].

c) Le degré de transparence des rémunérations dans la fonction publique

Du point de vue de la balance des intérêts, il n'est pas indifférent de connaître le degré de publicité des rémunérations dans la collectivité publique concernée : si un ordre juridique déterminé connaît une **transparence des salaires** dans la fonction publique, on peut à notre avis en **déduire par analogie un intérêt public plus élevé à la transparence des activités accessoires** ou à un intérêt privé moindre à la protection de la sphère privée.

---

336 Cf. Directive AA/UNIBE.

337 Cf. art. 2 et 5 Arrêté AA/UNINE.

338 Cf. ch. III Directive AA/UNIGE.

Lorsque l'activité accessoire d'un enseignant est exercée auprès d'un **employeur public**, la rémunération peut être **estimée plus ou moins approximativement** en fonction du degré de transparence concrète. **L'intérêt privé au secret est réduit d'autant**.

La fiche biographique publiée sur le site web de l'Université de Saint-Gall par un professeur va jusqu'à préciser les **bases légales de la rémunération** dans la fonction publique[339] :

- « Fürstentum Liechtenstein, Staatsgerichtshof; Ersatzrichter; seit 2012; entgeltlich (Sitzungsgelder und Referatspauschale nach Art. 6b und 6c des Gesetzes über die Bezüge der Mitglieder der Regierung und der Kommissionen sowie der nebenamtlichen Richter und der Ad-hoc-Richter, LR 174.60)
- Gemeinde Speicher (AR); Mitglied Kommission für Planung und Gemeindeentwicklung; seit 2012; entgeltlich (Sitzungsgelder nach Art. 30 Abs. 2 Gemeindeordnung)
- Schweizerische Armee, Armeestab; Offizier Recht und Konventionen; in dieser Funktion seit 2005; Soldentschädigung (Art. 38 VVA, SR 510.301)
- Evangelisch-reformierte Landeskirche beider Appenzell, Rekurskommission; Ersatzmitglied; seit 2014; entgeltlich (Sitzungsgelder und Referatspauschale nach Art. 5 Verordnung Entschädigungen und Spesen, Rechtssammlung 3.30) ».

Lorsque les **assistants**, à titre d'activité accessoire, sont **payés à la copie pour la correction d'épreuves ou la surveillance d'examen**[340], le montant par copie ou par séance est précisément connu. Le nombre exact de copies ou d'heures ne peut en revanche qu'être grossièrement estimé.

339 Cf. ci-dessus ch. 4.2.2.6.

340 Cf. p.ex. « Korrekturentschädigung/Konzept betreffend Finanzierung und Lehre, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich », arrêté de la Faculté de droit de l'Université de Zurich du 20 juin 2007 (avec les modifications du 21 avril 2010 et 5 octobre 2011). Le document n'est pas publié sur internet.

Lorsque la réglementation exige de publier les activités accessoires en précisant si celles-ci sont **exercées à titre gratuit** ou contre rémunération[341], le public connaît le « revenu » – nul ! – des activités bénévoles.

Lorsque le **revenu principal** d'un professeur déterminé peut être **estimé** aussi **précisément** que le salaire d'un conseiller fédéral parce que les grilles salariales officielles le permettent, on peut prendre indice que, dans l'ordre juridique considéré, l'intérêt privé à ne pas divulguer le montant exact du revenu des activités accessoires est moins important que dans un système n'autorisant qu'une vague estimation du salaire principal.

> Le traitement des membres du **Conseil fédéral**, des **juges du Tribunal fédéral** ainsi que du **chancelier de la Confédération** est clairement fixé dans une ordonnance de l'Assemblée fédérale (art. 1er al. 1er de la loi fédérale concernant les traitements et la prévoyance professionnelle des magistrats[342] ; ordonnance de l'Assemblée fédérale concernant les traitements et la prévoyance professionnelle des magistrats[343]).

Les revenus sont d'autant plus précisément connus que la **fonction est élevée**. Les rémunérations individuelles des **présidents des écoles polytechniques** ainsi que les rémunérations collectives des **membres de leur conseil d'administration** sont exactement connus.

> Sur le plan fédéral, la loi sur le personnel de la Confédération dispose que « le montant des salaires maximaux (prestations annexes comprises) à verser aux **cadres du plus haut niveau hiérarchique de l'administration fédérale** ainsi que les autres conditions contractuelles convenues avec ces personnes sont publics » (art. 15 al. 6 LPers ; art. 13 et 14 de l'ordonnance sur les salaires des cadres).
>
> Une règle semblable prévaut pour la rémunération et autres conditions contractuelles convenues avec les **cadres** du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des **entreprises et établissements de la Confédération** (art. 6*a* al. 4 LPers)[344]. Elle s'applique par analogie à toutes les entreprises de droit privé détenues à titre

341 Cf. ci-dessus ch. 4.2.2.6.

342 RS 172.121.

343 RS 172.121.1.

344 CONSEIL FÉDÉRAL 2014.

majoritaire par la Confédération (art. 6*a* al. 6 LPers)[345] ainsi qu'à la Banque nationale (art. 42 al. 2 let. j LBN[346]). Le public connaît ainsi notamment la **rémunération individuelle du président du conseil d'administration du domaine des EPF** ainsi que collective de ses dix membres, la rémunération individuelle du **président de l'ETH Zurich** et collective des quatre membres de la direction ainsi que la rémunération individuelle du **président de l'EPFL** et collective des quatre membres de la direction[347].

Sur le plan fédéral, il est possible d'estimer plus ou moins la rémunération approximative du **personnel des hautes écoles** selon les catégories d'employés. La classification, les annuités, la progression ou les particularités du cas relatifs à un **collaborateur déterminé** ne sont toutefois pas d'office publiques. Ces informations tombent alors dans le champ d'application des lois sur l'accès aux documents officiels à défaut d'être régies par des règles spéciales.

On découvre ainsi une fourchette chiffrée pour les salaires minimaux et maximaux des **professeurs des EPF** selon les catégories professorales (art. 16 de l'O-corps professoral EPF) ainsi que pour les **collaborateurs scientifiques, assistants et candidats au doctorat** notamment à l'ETH Zurich[348].

Pour les **autres collaborateurs du domaine des EPF**, le Conseil des EPF a défini des grilles abstraites de fonctions avec des échelons en annexe à 1 de l'ordonnance sur le personnel du domaine des EPF (OPers-EPF)[349].

Il en va de même sur le plan **cantonal**.

A **Neuchâtel** par exemple, le site web du service des ressources humaines de l'Université publie un catalogue très transparent des différentes fonctions avec le salaire et sa

345 A l'exception des sociétés par actions cotées en bourse (*i.e.* Swisscom) pour lesquelles les art. 663*b*bis et 663*c* al. 3 CO s'appliquent (art. 6*a* al. 6 *i.f.* LPers).

346 RS 951.11.

347 CONSEIL FÉDÉRAL 2014, p. 49 ss. On trouvera également les données pour l'EAWAG, l'EMPA, le PSI, le WSL et l'IFFP.

348 Art. 2, 8 et 13 et annexes à l'ordonnance sur le personnel scientifique de l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich (RS 172.220.113.11).

349 RS 172.220.113.

> progression annuelle[350], permettant d'estimer sans trop de difficulté le salaire d'un collaborateur à la simple lecture du C.V. qu'il a publié sur le site web

Le Tribunal administratif du canton de **Saint-Gall** a jugé que la non-divulgation du **salaire du président d'un conseil de l'école obligatoire** (*Schulratspräsident*) lors d'une assemblée des membres de la commune scolaire était contraire au principe de la transparence ancré dans la constitution cantonale[351]. La question de la violation du principe de la transparence a été traitée dans le cadre d'un recours pour violation des droits politiques. La non-divulgation du salaire en question constituait un vice de procédure du vote sur le budget.

En revanche, le salaire régulier des **employés d'institutions subventionnées** n'est pas nécessairement aussi transparent. Le Tribunal fédéral l'a reconnu s'agissant du droit genevois :

> « On ne saurait […] déduire de [l'] exemple [des] honoraires d'un mandataire externe pour un mandat spécifique […] que le législateur aurait voulu soumettre à une publicité inconditionnelle le salaire régulier des employés d'institutions subventionnées ; l'atteinte à la sphère privée n'est en effet pas comparable dans les deux cas. La révélation de l'entier du salaire implique en effet une atteinte nettement plus importante à la sphère privée de l'employé que lorsque sont révélés, pour le mandataire concerné, les honoraires relatifs à un mandat ponctuel. »[352]

d) Le degré de transparence fiscale

Lorsqu'un canton pratique la **transparence fiscale**, on peut supposer que cet ordre juridique jugera plus élevé un intérêt public à la transparence du revenu des activités accessoires par rapport à la protection de la sphère privée. De même, lorsque l'on

350 https://www2.unine.ch/srh/page-37396.html

351 TA/SG, arrêt du 19 février 2015, c. 3.2.1 ss et 4.2.3. Il s'agit de l'art. 60 de la Constitution du canton de Saint-Gall (RS 131.225). La loi saint-galloise sur le principe de la transparence n'ayant pas encore été adoptée lors de l'assemblée en question, elle ne s'appliquait pas à l'état de fait – du moins pas formellement (cf. c. 3.2.2).

352 TF, arrêt 1C_273/2015 du 18 septembre 2015, c. 3.2.

peut déduire facilement le revenu accessoire en **combinant la transparence fiscale avec celle des salaires**, l'intérêt privé est restreint d'autant[353].

Certains cantons connaissent une **grande transparence en matière fiscale**. L'intérêt public à la transparence des déclarations d'impôt l'emporte sur l'intérêt privé au secret dans ces cantons. Cette conclusion se retrouve dans plusieurs arrêts du Tribunal fédéral[354].

> Un contribuable zurichois voulait faire interdire à l'autorité fiscale communale de communiquer les montants de son revenu et de son patrimoine imposables à quiconque ; l'autorité a refusé. Le Tribunal fédéral constate d'abord que les éléments imposables ne sont pas des données personnelles sensibles. Il présente la problématique comme un conflit entre le secret fiscal et la protection des données, d'une part, et la liberté d'information d'autre part[355]. Il juge que la publicité des registres d'impôt est un élément de la culture fiscale suisse[356] et qu'il est d'intérêt public de savoir qui contribue, et pour combien, au budget public[357]. En l'espèce, en édictant la norme relative à la publicité des registres d'impôt, le législateur zurichois a procédé à cette pesée des intérêts de manière abstraite. Les conditions d'une restriction de la liberté individuelle sont donc réunies[358].
>
> La pesée des intérêts a débouchée sur un autre résultat dans le canton de Bâle-Ville. Dans ce dernier, le secret fiscal est ancré dans la constitution et il n'existe pas de norme relative à la publicité des registres d'impôt. Partant, la demande d'un journaliste, qui, invoquant notamment la liberté d'information, voulait obtenir accès à un dossier fiscal d'une société, a été rejetée par le Tribunal fédéral[359].

353 Cf. ci-dessus ch. 5.4.2.3c).

354 Voir en plus des deux arrêts présentés, l'ATF 135 I 198. Pour la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, cf. notamment Lundvall c. Suède, décision de la Commission du 1er décembre 1985.

355 ATF 124 I 176, c. 5.c)ff).

356 « Schliesslich ist die Öffentlichkeit der Steuerregister auch ein Element schweizerischer Steuerkultur. », ATF 124 I 176, c. 5.d)cc).

357 « Es kann daher durchaus als öffentliches Interesse betrachtet werden, zu wissen, wer wieviel an den Staatshaushalt beiträgt. », ATF 124 I 176, c. 5.d)cc).

358 ATF 124 I 176, c. 5.

359 Voir TF, arrêt 1C_598/2014 du 18 avril 2016.

L'intérêt privé à garder le secret sur le revenu des activités accessoires des fonctionnaires est à notre avis d'autant moins protégé dans de tels ordres juridiques si transparents.

Neuchâtel : « Les montants de la fortune et du revenu imposables ressortant d'une taxation ayant force exécutoire ne sont pas couverts par le secret fiscal; leur communication est autorisée aux conditions fixées par le Conseil d'Etat. » (art. 176 de la loi sur les contributions directes [LCidr] du 21 mars 2000[360]). Selon le règlement d'application, « les bases de taxation (revenu, fortune, bénéfice, capital) contenues dans les registres d'impôt peuvent être consultées gratuitement a) dans les offices de perception de l'Etat pendant les jours et les heures d'ouverture, entre 10 et 12 heures; b) dans les bureaux des communes, aux heures fixées par chacune d'elles. Pour tout renseignement donné oralement en dehors des heures prévues à l'alinéa précédent et concernant la taxation annuelle d'un contribuable, un émolument de 7 francs est dû. La communication d'un renseignement donné par écrit est soumise à un émolument de 12 francs et par téléphone à un émolument de 10 francs pour chaque taxation annuelle d'un contribuable » (art. 36 al. 1er à 3 du règlement général d'application de la loi sur les contributions directes [RELCdir] du 1er novembre 2000)[361].

Fribourg : « Les registres de l'impôt ordinaire contenant la mention de la cote d'impôt sur le revenu et la fortune sont déposés dans les communes, où ils peuvent être consultés, pendant deux mois par an, par toute personne ayant qualité de contribuable à l'impôt cantonal sur le revenu et la fortune. » (art. 140 al. 1er LICD du 6 juin 2000)[362]. Des renseignements peuvent en outre être communiqués à des tiers en présence d'un intérêt public prépondérant reconnu par la Direction (art. 139 al. 2 let. d LICD). L'ordonnance concernant la consultation des registres de l'impôt du 18 juin 2002[363] précise les détails de cette consultation.

360 RS/NE 631.0.

361 RS/NE 631.01.

362 RS/FR 631.1.

363 RS/FR 631.14.

Dans quelques cantons, les autorités fiscales peuvent communiquer des éléments imposables d'une personne à un tiers si ce dernier apporte la preuve que ces informations présentent un intérêt économique pour lui[364].

La plupart des autres cantons, de même que la Confédération, cultivent en revanche le **secret fiscal**.[365]

> Le droit **vaudois** enjoint ainsi explicitement à ses fonctionnaires de « refuser aux tiers la consultation des dossiers fiscaux ». Il réserve toutefois expressément la législation cantonale sur l'accès aux documents officiels (loi sur l'information du 24 septembre 2002) (art. 157 al. 1er de la loi sur les impôts directs cantonaux [LI] du 4 juillet 2000)[366] si bien que l'on peut en déduire que la communication des dossiers fiscaux s'exerce selon la procédure et les conditions de la loi sur l'information, c'est-à-dire après une pesée d'intérêts.
>
> Dans le canton de **Genève**, les membres de l'autorité de taxation prêtent le serment de « garder le secret le plus absolu sur toutes les déclarations, documents, opérations et communications dont ils ont eu connaissance » (art. 313 al. 1er de la loi générale sur les contributions publiques du 9 novembre 1887[367]). Une solution analogue prévaut par le biais également du secret de fonction dans le canton du Jura (art. 131 Loi d'impôt du 26 mai 1988[368]) et du Valais (art. 120 al. 1er de la loi fiscale du 10 mars 1976)[369]. Pour autant que l'on admette que ces dispositions, visant le secret de fonction, devraient être considérées comme des règles spéciales par rapport aux législations sur la transparence, l'application de ces dernières serait exclue ; dans le cas contraire, l'accès aux dossiers fiscaux s'exercerait selon les lois ordinaires sur la transparence.

364 Notamment les cantons de Zurich et Berne, cf. Division Etudes et supports / AFC, La publicité des registres d'impôt, *Informations fiscales* février 2014, disponible sur le site de l'AFC.

365 Voir Division Etudes et supports / AFC, La publicité des registres d'impôt, *Informations fiscales* février 2014, disponible sur le site de l'AFC.

366 RS/VD 642.11.

367 RS/GE D 3 05.

368 RS/JU 641.11.

369 RS/VS 642.1.

> Sur le plan **fédéral**, une controverse existe pour les lois relatives aux contributions publiques contenant une clause spécifique sur le secret de fonction[370]. Si de telles clauses sont à considérer comme des dispositions spéciales au sens de l'art. 4 let. a LTrans, la loi sur la transparence est inapplicable et les informations restent secrètes ; elle l'est dans le cas contraire[371], et les données pourraient le cas échéant devenir publiques après une pesée d'intérêts. La loi sur la transparence s'applique en revanche sans contestation aux contributions publiques instituées par une loi ne prévoyant aucune clause spéciale[372].

e) Le caractère ponctuel des montants versés (analogie avec les indemnités de départ et les honoraires ponctuels)

La jurisprudence rendue en rapport avec des demandes d'accès à des montants ponctuels (indemnités de départ et honoraires versés pour des mandats ponctuels) montre que ces sommes peuvent être rendues accessibles après une pesée d'intérêts. Par analogie, on en déduit que dévoiler le revenu d'activités accessoires ponctuelles n'est pas en soi exclu.

Le **montant des indemnités versées dans les conventions de départ** d'un ancien secrétaire général et de son suppléant (deux hauts fonctionnaires, collaborateurs directs d'un conseiller fédéral non réélu) ne sont pas des données sensibles selon le Tribunal administratif fédéral :

> « Les conventions ici en cause, même si elles font partie du dossier des deux anciens employés de l'Etat, ne renferment en particulier aucune indication sur la qualité et la quantité des prestations fournies par les précités. Elles ne mentionnent que le montant des indemnités octroyées aux intéressés lors de leur départ, la date de la fin des rapports de travail et le moment de la libération des obligations contractuelles. Elles traitent encore du règlement des heures supplémentaires et des vacances, de la remise des outils de travail et du certificat de travail. Il est donc question de données purement financières et

370 Art. 110,al. 1er LIFD ; art. 37, al. 1er LIA ; art. 33 al. 1er LT ; art. 39 al. 1er LIHD ; art. 10 al. 1er LFisE ; art. 74 al. 1er LTVA ; Limpmin et art. 6 Limpauto (obligations de refuser aux tiers la consultation des dossiers fiscaux ou des pièces officielles).

371 OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE 2016, p. 1 ss : dispositions spéciales, avec références à la controverse.

372 La LTAB, la LIB et la LRPL ne contiennent aucune règle au sens de l'art. 4 let. a LTrans, elles sont accessibles aux conditions posées par la LTrans (OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE 2016 p. 14).

> organisationnelles, qui ne requièrent aucune protection accrue, contrairement aux données dites "sensibles" ou formant "un profil de la personnalité" »[373].

Le Tribunal administratif fédéral a estimé que le public avait un **intérêt public prépondérant à consulter ces conventions**[374]. Le Tribunal fédéral soutient cette argumentation :

> « notamment s'il s'agit d'une personne occupant une haute fonction et si la demande d'accès au dossier concerne la part de la convention de départ relative au règlement financier de la fin des rapports de travail, [la protection de la personnalité du travailleur] peut céder le pas devant l'intérêt public à connaître de quelle manière un conflit a été réglé. Un tel intérêt est en effet incontestable du point de vue de la connaissance par le public de l'usage fait par l'autorité des ressources financières de l'Etat »[375].

Il a en revanche consenti à ce que la Cour de justice du canton de Genève **refuse de donner accès à l'indemnité de départ d'un directeur d'une fondation privée** subventionnée à 72% par l'Etat et la Ville de Genève en prenant en compte le fait dans la pesée des intérêts que celui-ci n'était pas un collaborateur rétribué directement par l'Etat. Le Tribunal fédéral a admis, certes du bout des lèvres, qu'il n'était pas arbitraire de faire prévaloir l'intérêt privé en l'espèce « quand bien même une solution différente - telle que préconisée par le préposé cantonal - aurait également pu se concevoir. »[376]

Le Tribunal fédéral juge que le fait de révéler les **honoraires relatifs à un mandat ponctuel** porte moins atteinte à la sphère privée du mandataire que la divulgation de **l'entier du salaire régulier** pour un employé[377]. Il confirme ainsi la position retenue dans l'exposé des motifs relatif à l'avant-projet de LIPAD dans le canton de Genève :

> « [La] disposition [qui établit une exception au droit d'accès aux documents lorsque celui-ci impliquerait une atteinte notable à la sphère privée] n'exclut donc pas automatiquement

373 TAF, arrêt A-3609/2010 du 17 février 2011, c. 5.4 ; rendu à la suite de l'ATF 136 II 399.

374 TAF, arrêt A-3609/2010 du 17 février 2011, c. 5.6 ; rendu à la suite de l'ATF 136 II 399.

375 TF, arrêt 1C_273/2015 du 18 septembre 2015, c. 3.4.1.

376 TF, arrêt 1C_273/2015 du 18 septembre 2015, c. 3.4.2.

377 TF, arrêt 1C_273/2015 du 18 septembre 2015, c. 3.2.

l'accès à tout document dès l'instant qu'il concernerait la sphère privée d'un tiers ; elle requiert une pesée des intérêts en présence. Par exemple, un **avocat mandaté par une institution doit** s'attendre à ce que le **montant des honoraires** qu'il perçoit du chef de ce mandat soit le cas échéant **communiqué à des tiers,** dès lors qu'il s'agit de l'utilisation des ressources d'institutions chargées de l'accomplissement de tâches de droit public, bien que cette information concerne sa sphère privée économique. »[378]

La préposée suppléante à la protection des données et à la transparence du canton de Genève a eu à connaître deux cas à ce sujet. Dans la première affaire, en s'appuyant sur l'exposé des motifs du Conseil d'Etat, elle a recommandé au département de l'instruction publique, de la culture et du sport de donner accès aux **relevés d'honoraires d'un avocat**[379]. Dans la deuxième affaire, elle a recommandé au département de la sécurité de donner accès à la requérante aux informations concernant les **honoraires des mandataires qui donnaient des cours de coaching** aux hauts fonctionnaires[380].

f) Le caractère bénévole de l'activité

Le fait de dévoiler une **rémunération nulle** pour l'exercice d'une activité accessoire est moins intrusif que l'obligation de divulguer le **montant exact perçu** pour celle-ci.

Ce facteur de pondération est appliqué à l'Université de Saint-Gall pour la publication en ligne des activités accessoires où les professeurs doivent uniquement indiquer si l'activité est menée à titre gratuit ou non[381]. Il a également été pris en compte dans la réglementation des activités accessoires de l'Université de Genève, où les activités non rémunérées ne sont pas comprises dans le champ d'application[382].

---

378 Projet de loi PL8356 du Conseil d'Etat sur l'information du public et l'accès aux documents (A 2 08).

379 Cf. Recommandation de la préposée suppléante à la protection des données et à la transparence du 10 décembre 2012 en l'affaire A. c/ DIP.

380 Cf. Recommandation de la préposée suppléante à la protection des données et à la transparence du 7 novembre 2013 en l'affaire département de la sécurité c/ XX.

381 Cf. ci-dessus ch. 4.2.2.6.

382 Cf. ci-dessus ch. 2.3.1.1.

5.5 La jurisprudence spécifique relative aux activités accessoires

On résumera ici deux affaires spécifiques récemment jugées portant sur des demandes de consultation relatives à des activités accessoires, l'une cantonale, l'autre fédérale. Nous les avons déjà évoquées sporadiquement dans les sections précédentes.

Le Tribunal administratif du **canton de Zurich** a récemment reconnu la prépondérance de tels intérêts publics pour autoriser l'accès au **taux d'occupation** et à **l'autorisation relative à l'exercice d'activités accessoires concernant des professeurs dans une haute école zurichoise**. Outre ces intérêts spécifiques, il a particulièrement mis en avant la fonction de contrôle que promeuvent de telles règles, rejoignant là l'une des finalités fondatrices des lois sur la transparence[383].

> « [Es] ist zu berücksichtigen, dass der Hochschule eine Kontrolle hinsichtlich ihrer eigenen Arbeitsverhältnisse obliegt, indem sie Gewähr leisten muss, dass weder Überbelastungen mit Blick auf die Leistungsfähigkeit der Mitarbeitenden noch Interessenkonflikte oder eine Konkurrenzierung vorliegen […] Die Öffentlichkeit hat ein gewichtiges Interesse an einer funktionierenden Kontrolle dieser Nebenbeschäftigungen bzw. der Einhaltung der Melde- und Bewilligungspflicht, um Unvereinbarkeiten von Verpflichtungen, Interessenkonflikte und schlimmstenfalls sogar Misswirtschaft und Korruption zu vermeiden. Selbst wenn also durch die Bekanntgabe der Nebenbeschäftigungen Dozierender deren Privatsphäre beeinträchtigt wäre, ist das öffentliche Interesse an einer Offenlegung höher zu gewichten als das private Interesse an einer Verweigerung des Informationszugangs. »[384]

Le **Tribunal administratif fédéral** avait à juger d'une demande de consulter la liste des **activités accessoires de tous les collaborateurs de l'administration fédérale** telles qu'**annoncées et autorisées** dans la base de données du personnel (BV PLUS). Quant à la forme, il relève l'incompétence de l'Office fédéral du personnel pour toutes les données qui ne concernent pas ses propres employés. Il constate en outre que la liste demandée peut s'établir selon un traitement informatisée simple au sens de l'article 5 al. 2 LTrans, puisque toutes les données

383 Cf. ci-dessus ch. 3.2.

384 TA/ZH, arrêt VB.2015.00536 du 16 décembre 2015, c. 5.6.

pertinentes se trouvent dans BV PLUS. Sur le fond, le Tribunal administratif fédéral reprend les deux catégories d'intérêts publics : les premiers relatifs à la **réglementation des activités accessoires** et les seconds concernant le **contrôle de la mise en œuvre effective** de ces règles. Les noms des hauts fonctionnaires (*Verwaltungsangestellte in höheren Führungsfunktionen*) et leurs activités accessoires devront être communiqués, à la différence des employés subalternes pour lesquels les données devront être rendues anonymes.

> « Normziel von Art. 23 BPG ist letztlich die Sicherstellung der Vereinbarkeit der Nebenbeschäftigung mit der im konkreten Arbeitsverhältnis zu verrichtenden Arbeit […]. Als gesetzliche Grundlage für die Beschränkung der Nebenbeschäftigung der Bundesangestellten wollen diese Bestimmungen doch allgemein die volle Leistungsfähigkeit und Arbeitskraft des Personals für den Bund erhalten, die Unabhängigkeit und Glaubhaftigkeit der Amtsführung sicherstellen und Interessenskonflikte zwischen Bund, seinem Personal und Dritten vorbeugen […]. Es besteht somit ein erhebliches öffentliches Interesse an der korrekten Handhabung der Regelung zu den Nebenbeschäftigungen und damit auch an der Bekanntgabe der verlangten Information. »[385]

> « Bei diesem Kreis der Verwaltungsangestellten [Verwaltungsangestellte in höheren Führungsfunktionen], welche grundsätzlich über eine grössere Entscheidungskompetenz verfügen, ist es von erhöhter Relevanz, die betreffenden Namen der Funktionsträger und deren Nebenbeschäftigung zu kennen, damit eine effektive Kontrolle der Bewilligungspraxis über die Nebenbeschäftigungen erfolgen kann. »[386]

Dans cette affaire le demandeur avait en effet explicitement demandé le nom des collaborateurs afin de **vérifier** si les règles sur les activités accessoires étaient correctement appliquées :

> « der Beschwerdeführer mit seinem Zugangsgesuch gerade erfahren, welche Person, welcher zu meldenden und zu bewilligenden Nebenbeschäftigung nachgeht und verlangt deshalb insoweit eine nicht anonymisierte Auskunft. Wie oben ausgeführt […] bezweckt er damit die Prüfung, ob die Regeln zu den Nebenbeschäftigungen korrekt gehandhabt werden. »[387]

---

385 TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.2.2.

386 TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.2.3.1 ; cf. c. 5.1.3.2 de manière générale sur l'intérêt public à exercer un contrôle sur l'administration.

387 TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.2.3.2.

En réaction à cet arrêt, l'Office fédéral du personnel a révisé sa directive interne concernant les activités accessoires et les charges publiques au sens de l'art. 91 OPers en introduisant le chiffre 10 relatif à la saisie des activités accessoires dans le système d'information BV PLUS. Selon cette nouvelle disposition,

> « Sont saisis uniquement les autorisations accordées, ainsi que les détachements et les charges publiques obligatoires, qui sont considérés comme autorisés d'office. Les activités accessoires et les charges publiques annoncées, pour lesquelles les risques de conflit d'intérêts et de surcharge peuvent incontestablement être écartés ou pour lesquelles ces risques peuvent être écartés après examen ne sont pas saisies dans BV PLUS. Il en va de même pour les autorisations refusées, ces dernières sont uniquement mentionnées dans le dossier personnel […].
>
> L'obligation de remettre le revenu n'est également pas saisie dans BV PLUS »[388]

Les activités accessoires annoncées, celles pour lesquelles les risques de conflit d'intérêt et de surcharge peuvent incontestablement ou après examen être écartés, de même que les autorisations refusées et l'obligation de remettre le revenu, ne seront désormais plus enregistrées dans BV PLUS[389], que cela concerne un haut fonctionnaire ou un employé subalterne. Cette pratique est à notre avis contraire au droit.

> L'introduction de cette disposition peut avoir pour conséquence qu'une liste avec toutes les activités accessoires autorisées *et* annoncées ne pourra plus forcément être établie par un traitement informatisé simple au sens de l'article 5 al. 2 LTrans, ni disponible aisément de manière centralisée. Cela dépendra de l'organisation interne des départements. Les unités administratives restent cependant bien évidemment tenues de consigner leurs activités « en assurant la gestion systématique des dossiers » (art. 22 OLOGA *cum* art. 17 OTrans). Ces informations ne seront donc disponibles que de manière éclatée dans les diverses unités administratives et auprès des collaborateurs concernés. Etablir dorénavant pour le public une liste complète de toutes les activités accessoires sera bien plus onéreux

388 Ch. 10 de la directive de l'Office fédéral du personnel concernant les activités accessoires et les charges publiques au sens de l'art. 91 OPers (version du 1er décembre 2015).

389 Les données relatives aux activités accessoires annoncées, enregistrées auparavant, auraient entre-temps été supprimées selon une source journalistique (WIDMER JOËL, Die Nebenjobs der Top-Beamten. Wenn der Chef das Catering besorgt, *Blick* du 12 septembre 2016, p. 2).

pour les demandeurs, tant en ressources financières qu'humaines, car ils devront s'adresser à chaque unité administrative, voire à chaque fonctionnaire individuellement.

En introduisant cette nouvelle pratique, l'Office fédéral du personnel limite donc potentiellement la possibilité du public de contrôler simplement et efficacement l'administration et la bonne application des lois, intérêt public que le Tribunal administratif fédéral souligne sans ambigüité dans son arrêt[390]. Cette nouvelle disposition n'est donc pas conforme aux buts de la loi sur la transparence.

Elle n'est par ailleurs pas conforme à l'ordonnance concernant la protection des données personnelles du personnel de la Confédération (OPDC)[391]. Si la base légale de la base de données BV PLUS, interprétée littéralement, laisse en effet le choix à l'administration en raison de sa formulation potestative[392], l'OPDC précise – de manière impérative –que les « activités accessoires » sont des données devant figurer explicitement tant dans BV PLUS (art. 8[393]) que dans le dossier du personnel (art. 26[394]).

La mesure confine également à l'arbitraire (art. 9 Cst.), car, en l'absence d'une justification dans la directive, on peine à en comprendre la rationalité et la cohérence : pourquoi les données relatives aux activités accessoires devraient-elles être partiellement centralisées et d'autres pas ? Même si le Conseil fédéral devait régulariser cette nouvelle pratique en révisant l'annexe 1 OPDC, il resterait redevable d'une motivation plausible. Cette mesure pourrait le cas échéant être compensée par une information accrue au sein des différentes unités administratives, par exemple si celles-ci devaient mettre à la disposition du public « d'autres informations » destinées à « faciliter la recherche de documents officiels » au sens de l'article 18 let. b OTrans ; ce qui n'a pas été fait à notre connaissance.

On pourrait se demander, en rapport avec le principe de confiance et de bonne foi (art. 5 al. 3 et 9 Cst.), si le fait de subordonner dans un premier temps l'accès aux données au paiement d'une somme exorbitante, puis de supprimer seulement deux mois après un

---

390 TAF, arrêt A-6738/2014 du 23 septembre 2015, c. 5.2.3.2 ; cf. également ci-dessus ch. 5.3.2.

391 RS 172.220.111.4.

392 « Les dossiers du personnel peuvent contenir les données sensibles suivantes […] les charges publiques et les activités accessoires » (art. 27*c* al. 1 let. h LPers).

393 « Les données contenues dans le système d'information concernant le personnel de l'administration fédérale (BV PLUS) sont énumérées à l'annexe 1. », annexe qui comprend les activités accessoires.

394 « Les données contenues dans le dossier du personnel sont énumérées à l'annexe 3. », annexe qui comprend les « charges publiques et activités accessoires ».

jugement qui était défavorable à l'administration une grande partie de ces données, constitue le cas échéant un abus de droit.

6 CONSTATS ET CONCLUSION

6.1 Constats

Nous avons recherché à évaluer dans le présent avis de droit **le degré de transparence des activités accessoires des professeurs dans les hautes écoles en Suisse** que l'ordre juridique cantonal, intercantonal, fédéral et international était en mesure d'assurer. Or, il nous est **impossible de donner une réponse uniforme** à cette question. Le degré de transparence effective dépend en effet, comme nous en avons fait l'hypothèse, de la combinaison du régime juridique matériel régissant les activités accessoires des professeurs (transparence à l'égard de l'institution) avec celui de la transparence à l'égard du public sous ses différentes modalités (règles générales et spéciales concernant l'information sur demande et d'office).

Tant le premier élément que le second sont extrêmement **variables** :

- VARIABLE I : la **définition** de l'activité accessoire

  Il n'existe **aucune définition communément admise** de la notion même d'activité accessoire (ch. 2.3) ; celle-ci n'étant par ailleurs pas toujours clairement délimitée par rapport aux notions connexes de liens d'intérêts et de gain accessoire (ch. 2.3.2). Ces notions dépendent de l'ordre juridique concerné.

- VARIABLE II : les **régimes juridiques matériels** applicables aux activités accessoires

  Les régimes juridiques applicables aux activités accessoires des professeurs d'université ne sont **pas uniformes**. On distingue cinq types de régimes juridiques différents : le régime libre, le régime avec obligation d'annonce, le régime d'autorisation, le régime avec obligation d'annonce ou d'autorisation avec rétrocession partielle ou totale du gain et l'interdiction partielle ou totale des activités accessoires (ch. 2.4.2).

  De plus, ils se **combinent** souvent au sein d'une même université si bien que plusieurs types peuvent coexister et se chevaucher au sein d'un établissement.

- VARIABLE III : les **législations générales relatives à l'information du public sur demande**

  Les législations générales relatives à l'information du public sur demande (appelé « principe de la transparence » en droit fédéral) confèrent à quiconque le **droit d'accéder aux documents officiels** détenus par les institutions publiques, y compris les hautes écoles publiques. Si le but de renforcer l'intégrité des institutions publiques et la confiance

des citoyens relie de manière commune les législations relatives à l'information du public sur demande (ch. 3.2), celles-ci présentent plusieurs différences :

- SOUS-VARIABLE III-1 : le **droit applicable**

Le droit sur la transparence applicable aux hautes écoles fédérales est le droit fédéral ; le droit cantonal s'applique aux hautes écoles cantonales (ch. 3.4). Un tiers des cantons ne connaît pas de loi sur la transparence (ch. 3.3). Pour les hautes écoles intercantonales dont les sites sont répartis sur différents cantons, la réponse peut varier (ch. 3.4.1.2). Le droit international confère en revanche directement un droit d'accès aux informations relatives à l'environnement (au sens large) à tous les niveaux de l'Etat, y compris dans les cantons dépourvus de loi *ad hoc* (ch. 3.3).

- SOUS-VARIABLE III-2 : les **informations visées**

Cette multiplicité de régimes juridiques peut conduire à qualifier le même document de secret ou de public selon la localisation de ce dernier, car les lois sur la transparence s'appliquent en général tant aux documents produits par l'institution assujettie qu'à ceux qu'elle reçoit de l'extérieur (ch. 3.6.1).

Le droit d'accès instauré par les lois sur la transparence ne porte en principe que sur des documents existants en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques (ch. 3.6.1).

- SOUS-VARIABLE III-3 : une **transparence de principe** seulement, restreinte par des **exceptions** larges

Les législations générales relatives à l'information du public sur demande posent un principe général de transparence aussitôt restreint par toute une série d'**exceptions.** Celles relatives à la **protection de la sphère privée** seront souvent invoquées pour limiter l'accès aux documents relatifs aux activités accessoires des professeurs (ch. 5.1). Si les données personnelles ont été rendues **publiquement accessibles** ou si les personnes concernées **consentent** à la publication, le problème ne se pose pas (ch. 5.2.3). Si tel n'est pas le cas, les données personnelles devront si possible être rendues **anonymes** (ch. 5.2.2).

- SOUS-VARIABLE III-4 : une **publication des données non anonymes** relatives aux activités accessoires après une **pesée d'intérêt** et l'exercice du **droit d'être entendu**

Si le demandeur ne se satisfait pas de données anonymisées, parce que celles-ci se rapportent par exemple à un ou plusieurs professeurs précis, les données personnelles relatives aux activités accessoires pourront **exceptionnellement être rendues publiques** en cas d'intérêt public prépondérant à la transparence et après que les personnes concernées auront été entendues (ch. 5.2.4).

Dans la balance, on tiendra compte d'un côté des **intérêts au secret** – protection de la sphère privée des professeurs et des tiers concernés, liberté économique, protection des projets de recherche en cours, conservation de liens forts avec la pratique (ch. 5.3.1) – que l'autorité devra mettre en balance avec les **intérêts à la transparence** – intégrité, confiance, accomplissement diligent des tâches, indépendance de l'enseignement et de la recherche, prévention des conflits d'intérêts, réputation de l'institution, prévention de la corruption, bonne gestion financière, limitation des ressources financières publiques, prévention du cumul de gains excessif (ch. 5.3.2).

Pour aider l'autorité à procéder à cette balance en matière d'**activités accessoires en général**, les autorités tiendront compte des **critères de pondération** suivants : caractère sensible des données personnelles, exercice d'une fonction publique, plus spécifiquement élevée, taux d'occupation, caractère régulier ou ponctuel de l'activité, exercice d'une activité accessoire dans un rapport de droit public *vs* de droit privé, nature du régime juridique applicable aux activités accessoires, existence de données personnelles pouvant être découvertes approximativement par déduction (ch. 5.4.2.2). Si le demandeur désire **connaître le montant du gain** des activités accessoires, les critères de pondération additionnels suivants seront pris en compte : intérêt public à dévoiler son revenu et nature du régime juridique applicable aux activités accessoires, hauteur des sommes en jeu, degré de transparence des rémunérations dans la fonction publique, degré de transparence fiscale, caractère ponctuel des montants versés (analogie avec les indemnités de départ et les honoraires ponctuels), caractère bénévole de l'activité (ch. 5.4.2.3).

Deux tribunaux administratifs viennent de reconnaître la **prépondérance des intérêts publics à la transparence**. L'un (TA/ZH) a conféré l'accès au taux d'occupation et à l'autorisation relative à l'exercice d'activités accessoires concernant des professeurs dans une haute école zurichoise. L'autre (TAF) a donné globalement suite à une demande de consulter la liste des activités accessoires de tous les collaborateurs de l'administration fédérale telles qu'annoncées et autorisées dans la base de données du personnel (ch. 5.5).

- VARIABLE IV : les **règles spéciales prescrivant** aux professeurs **la publication d'office** de leurs activités accessoires

  Les universités de Saint-Gall, Bâle et Genève ont adopté des règles spéciales de transparence prescrivant aux professeurs de **publier d'office** leurs activités accessoires **sur le site web de leur université**. Les trois systèmes présentent pourtant certaines différences (ch. 4.2.2.6).

La combinaison de ces variables donne un **tableau hétéroclite et très contrasté** en termes de transparence :

— Une université dans un canton connaissant une loi générale relative à l'information du public sur demande (variable III) mais connaissant une définition très étroite de la notion d'activité accessoire (variable I) ainsi qu'un régime libre (variable II) est-elle plus transparente qu'une autre dans un canton ne connaissant pas une telle loi générale (variable III) mais une définition plus large de la notion d'activité accessoire (variable I) ainsi qu'une obligation générale d'annonce (variable II) ?

— En régime libre (variable II), les informations que les professeurs détiennent sur leurs activités accessoires devraient rarement entrer dans le champ d'application des lois sur la transparence à défaut de porter sur l'accomplissement de la tâche publique entrant dans le cahier des charges de leur activité principale (ch. 3.6.2).

— En régime d'annonce ou d'autorisation d'activités accessoires, la centralisation des informations rend l'accès plus complet et plus aisé que dans un régime libre (variable II). Plus la définition est large (variable I), plus le nombre d'activités accessoires potentiellement soumises à une obligation d'annonce ou d'autorisation est élevé (variable II), et plus la masse d'informations potentiellement transmissibles de manière plus ou moins centralisée croît. A l'inverse, si les réglementations excluent au niveau de la définition déjà une grande partie des activités accessoires (variable I), l'accès à de telles informations est d'autant plus compliqué.

— L'accès sur demande aux activités accessoires des professeurs (variable III) peut conduire à des résultats très divers en termes de transparence effective en raison de la mosaïque des lois applicables (sous-variable III-1), des informations visées (sous-variable III-2), des exceptions au principe (sous-variable III-3) et de la nécessité de peser les intérêts avant de publier des données non anonymes (sous-variable III-4).

— Les règles spéciales prescrivant aux professeurs de publier d'office leurs activités accessoires (variable IV) peuvent également mener à des résultats très divers selon qu'elles ont été conçues de manière large ou étroite.

Il n'est donc pas possible de conclure qu'il suffit qu'une collectivité publique dispose d'une **loi générale relative à l'information du public sur demande** (variable III) pour que les citoyens et les citoyennes aient l'accès le plus large aux activités accessoires des professeurs des hautes écoles. Tel est particulièrement le cas si la définition des activités accessoires est très limitée (variable I) et si le régime juridique matériel qui leur est applicable est libre (variable II). L'accès sur demande est par ailleurs **potentiellement très coûteux**, tant en temps qu'en argent, en particulier si le nombre de demandes est élevé, si les demandeurs ne se satisfont pas

de données anonymisées (ch. 5.2.4.1 *in fine*) ou si ces derniers désirent obtenir de nouvelles données chaque année pour observer l'évolution de la situation. Il est également **moins représentatif et fiable** pour quelqu'un qui désirerait dresser un tableau complet des activités accessoires à un moment donné, plus particulièrement si le régime matériel devait être libre.

Si l'ordre juridique comprend des **règles spéciales prescrivant aux professeurs de publier d'office** leurs activités accessoires en ligne (variable IV) et s'il prévoit en plus une définition large de telles activités (variable I) ainsi qu'une obligation d'annonce ou d'autorisation (variable II), l'accès sera d'autant **plus aisé, moins coûteux, plus fiable et plus durable**. L'exemple de l'Université de St-Gall l'illustre (ch. 4.2.2.6).

6.2 Conclusion

Adopter une **réglementation matérielle régissant les activités accessoires des professeurs constitue** déjà en soi une mesure de transparence se déployant à l'égard des organes de direction des universités et des autorités (**transparence à l'égard de l'institution**). La **transparence à l'égard du public** (information active ou sur demande) vient la compléter.

Le **degré de transparence effective** résulte de la combinaison entre le degré de transparence à l'égard de l'institution avec celui de la transparence à l'égard du public. La plus grande transparence est ainsi obtenue en présence d'un **régime large d'annonce ou d'autorisation associé avec un régime d'information active** adéquatement calibré.

La **diversité juridique et institutionnelle** que nous avons pu constater explique par ailleurs la **difficulté de constituer un tableau d'ensemble des activités accessoires** des professeurs des hautes écoles qui soit fiable, cohérent et durable au niveau suisse. Les imprécisions contenues dans la base de données centralisée qu'a tenté de dresser la radiotélévision suisse alémanique (ch. 1.2) démontrent la difficulté concrète de l'exercice.

Cette situation n'est pourtant pas sans issue. La Suisse a souvent su trouver des solutions pragmatiques dans le cadre de son système fédéraliste sans nécessairement toujours céder aux sirènes d'un centralisme à outrance. La faisabilité

tant politique que juridique des différentes **perspectives envisageables** pour répondre à cette problématique reste à étudier.

7 BIBLIOGRAPHIE

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse. Vol. II : Les droits fondamentaux, 3ème éd., Berne 2013.

AUER ANDREAS, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Berne 2016.

BÄCHLER FRANZISKA, Vergütungen von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern in Banken, Zürich 2012.

Baeriswyl Bruno/Rudin Beat (édit.), Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Zürich [IDG], Zürich 2012 (cité : Comm. IDG/ZH-AUTEUR[E]).

BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID/WALDMANN BERNHARD, Datenschutzrecht. Grundlagen und öffentliches Recht, Berne 2011.

BRUNNER STEPHAN C./MADER LUZIUS (édit.), Stämpflis Handkommentar Öffentlichkeitsgesetz. Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004, Berne 2008 (cité : Comm. LTrans- AUTEUR[E]).

BRUNNER STEPHAN C., Öffentlichkeit der Verwaltung und informationelle Selbstbestimmung : Von Kollisionen und Verkehrsregeln, in : Sutter Patrick (édit.), Selbstbestimmung und Recht, Festgabe für Rainer J. Schweizer zum 60. Geburtstag, Zürich 2003.

CONTRÔLE FÉDÉRAL DES FINANCES, Nebentätigkeiten der Universitätsprofessoren. Evaluation der Regelungen und der Praxis, avril 2009.

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur le salaire des cadres en 2014 : Rapport du Conseil fédéral à l'intention de la Délégation des finances des Chambres fédérales sur la situation dans les entreprises et les établissements de la Confédération, Berne juin 2014.

COPPEL PHILIP (édit.), Information Rights. Law and Practice, 4ème éd., Oxford 2014.

EGLI PATRICIA, Informationsfreiheit und Privatsphäre. Unter besonderer Berücksichtigung der Tromso-Konvention des Europarates über den Zugang zu amtlichen Dokumenten, in : Lukas Gschwend et al. (édit.), Recht im digitalen Zeitalter : Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zurich 2015.

EPINEY ASTRID/KERN MARKUS, Regelung der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren auf Bundesebene. Zur Reichweite der Kompetenzen des Bundes de lege lata und de lege ferenda, *jusletter* 21 décembre 2015.

EPINEY ASTRID/KERN MARKUS, Sur le statut des institutions étrangères et privées du domaine des hautes écoles sous le régime de la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles, SEFRI, Berne 2014.

EPINEY ASTRID/CIVITELLA TAMARA/ZBINDEN PATRIZIA, Datenschutzrecht in der Schweiz. Eine Einführung, mit besonderem Akzent auf den für Bundesorgane relevanten Vorgaben, Fribourg 2009.

ERRASS CHRISTOPH, Die Aarhus-Konvention und ihre Umsetzung ins schweizerische Recht, *DEP* 2004, p. 47-92.

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, *DEP* 2009, p. 749-788.

FLÜCKIGER ALEXANDRE, Le conflit entre le principe de transparence et la protection de la sphère privée, *medialex* 2003, p. 225-233.

HARRIS DAVIS ET AL., Law of the European Convention on Human Rights, 3ème éd., Oxford 2014.

MAURER-LAMBROU URS/BLECHTA GABOR P. (édit.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz und zum Öffentlichkeitsgesetz, 3ème éd., Bâle 2014 (cité : Comm. BS LPD-AUTEUR(E) ou Comm. BS LTrans- AUTEUR[E]).

MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, Droit administratif Vol. 1 : Les fondements, 3ème éd., Berne 2012.

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Loi sur la transparence : guide pour l'appréciation des demandes et check-list, Berne 2006.

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Secret fiscal et accès à des documents officiels : avis de droit du 2 octobre 2015, *JAAC 1/2016* du 26 janvier 2016.

RUDIN BEAT/BAERISWYL BRUNO (édit.), Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt, IDG, Zurich/Bâle/Genève 2014 (cité : Comm. IDG/BS-AUTEUR[E]).

TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, Genève/Zurich/Bâle 2011.

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, in : Conseil de l'Europe, Journalism at risk, Strasbourg 2015, p. 105-143.

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (édit.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Bâle 2015 (cité : Comm. BS CST.-AUTEUR[E]).