

Bastien von Wyss  
Faculté de droit  
Université de Neuchâtel  
bastien.vonwyss@unine.ch

Mémoire de Master

Professeur responsable : Pascal Mahon

Septembre 2011

# Droit d'accès aux documents officiels :

## comparaison et étude de la mise en œuvre de quatre lois sur la transparence en Suisse

# Table des matières

Liste des abréviations.....	5
Introduction.....	7
Première partie : Citoyens et Etats face à l'information.....	8
I. Liberté d'information et droit à l'information.....	8
II. Information par l'Etat.....	9
A) Information active et passive.....	9
B) Information passive de l'Etat.....	9
1) Description et justifications.....	9
2) Historique.....	10
Deuxième partie : Comparaison et étude de la mise en œuvre de quatre lois sur la transparence en Suisse.....	13
I. Choix des entités étudiées et méthode de recherche .....	13
II. Comparaison des dispositions légales.....	15
A) Analyse des dispositions légales fédérales.....	15
1) Genèse et ancrage juridique.....	15
2) Titulaires du droit d'accès.....	15
3) Champ d'application personnel.....	15
4) Champ d'application matériel.....	16
5) Limites au droit d'accès.....	16
a) Documents ayant trait aux procédures.....	16
b) Réserves d'autres lois.....	16
c) Intérêt public prépondérant.....	17
d) Intérêt privé prépondérant.....	17
aa) Généralités.....	17
bb) Présence de données personnelles dans le document.....	18
6) Procédure.....	20
a) Généralités.....	20
b) Médiation.....	20
B) Analyse des dispositions légales genevoises.....	20
1) Genèse et ancrage juridique.....	20
2) Titulaires du droit d'accès.....	21
3) Champ d'application personnel.....	21
4) Champ d'application matériel.....	22
5) Limites au droit d'accès.....	22
a) Intérêts privés ou publics prépondérants.....	22
b) Intérêt public prépondérant.....	23
c) Intérêt privé prépondérant.....	23
aa) Généralités.....	23
bb) Présence de données personnelles dans le document demandé.....	23
d) Documents internes des autorités collégiales.....	25
e) Réserve d'autres lois.....	25
f) Travail disproportionné.....	26
6) Procédure .....	26
a) Généralités.....	26
b) Médiation.....	26
C) Analyse des dispositions légales vaudoises.....	27
1) Genèse et ancrage juridique.....	27
2) Dispositions constitutionnelles.....	27
3) Titulaires du droit d'accès.....	27
4) Champ d'application personnel.....	27
5) Champ d'application matériel.....	28
6) Limites au droit d'accès.....	29

a) Réserve des autres lois.....	29
b) Intérêts publics ou privés prépondérants.....	29
c) Intérêt public prépondérant.....	30
d) Intérêt privé prépondérant.....	30
aa) Généralités.....	30
bb) Présence de données personnelles dans le document demandé.....	30
7) Procédure .....	33
a) Généralités.....	33
b) Conciliation.....	33
D) Analyse des dispositions légales neuchâteloises.....	34
1) Genèse et ancrage juridique.....	34
2) Dispositions constitutionnelles.....	34
3) Titulaires du droit d'accès.....	35
4) Champ d'application personnel.....	35
5) Champ d'application matériel.....	35
6) Limites au droit d'accès.....	35
a) Documents ayant trait aux procédures.....	36
b) Procès-verbaux des séances non publiques.....	36
c) Réserves d'autres lois.....	36
d) Intérêt public ou privé prépondérant.....	36
e) Intérêt public prépondérant.....	37
f) Intérêt privé prépondérant.....	37
aa) Généralités.....	37
bb) Présence de données personnelles dans le document demandé.....	37
g) Travail manifestement disproportionné.....	38
7) Procédure .....	39
a) Généralités.....	39
b) Conciliation.....	39
E) Comparaison des dispositions légales des quatre entités.....	39
1) Ancrage juridique.....	39
2) Buts.....	40
3) Titulaires du droit d'accès.....	40
4) Champ d'application personnel.....	41
5) Champ d'application matériel.....	42
6) Limites au droit d'accès.....	43
a) Exceptions d'accès en raison d'autres lois qui prévoient le secret.....	43
b) Exceptions des documents ayant trait aux procédures.....	43
c) Exceptions protégeant les débats des autorités collégiales.....	44
d) Exception des procès-verbaux des séances non publiques.....	44
e) Exception de l'intérêt privé prépondérant.....	44
aa) Généralités.....	44
bb) Présence de données personnelles dans les documents demandés.....	45
f) Exception de l'intérêt public prépondérant.....	46
7) Procédure.....	48
8) Médiation et conciliation.....	49
9) Analyse.....	50
III. Comparaison de la mise en œuvre des lois.....	52
A) Mise en œuvre de la loi sur la transparence au niveau fédéral.....	52
1) Documents et sources disponibles.....	52
2) Fréquence d'usage du droit.....	52
3) Sorts réservés aux demandes d'accès.....	54
4) Demandes accordées.....	54
5) Demandes refusées.....	55
6) Médiations et recommandations.....	55
7) Jurisprudence.....	56
8) Bilan de mise en œuvre cinq ans après l'entrée en vigueur.....	58
B) Mise en œuvre de la loi sur la transparence à Genève.....	58

1) Documents et sources disponibles.....	58
2) Fréquence d'usage du droit.....	59
3) Sorts réservés aux demandes d'accès.....	59
4) Demandes accordées et refusées.....	60
5) Médiation.....	61
6) Jurisprudence.....	62
7) Bilan de mise en œuvre neuf ans après l'entrée en vigueur.....	63
C) Mise en œuvre de la loi sur la transparence dans le canton de Vaud.....	64
1) Documents et sources disponibles.....	64
2) Fréquence d'usage du droit.....	64
3) Sorts réservés aux demandes d'accès.....	65
4) Demandes accordées et refusées.....	66
5) Médiation/Conciliation.....	66
6) Jurisprudence.....	67
7) Bilan de mise en œuvre huit ans après l'entrée en vigueur.....	69
D) Mise en œuvre de la loi sur la transparence à Neuchâtel.....	69
1) Documents et sources disponibles.....	69
2) Fréquence d'usage du droit.....	69
3) Conciliation et jurisprudence.....	70
4) Bilan de mise en œuvre trois ans et demi après l'entrée en vigueur.....	70
E) Comparaison et analyse de la mise en œuvre des quatre lois.....	71
1) Fréquence d'usage du droit.....	71
2) Sorts des demandes d'accès.....	72
3) Médiation, conciliation.....	73
4) Jurisprudence.....	73
5) Réflexion sur la mise en œuvre des quatre lois examinées.....	74
Conclusions.....	75
Bibliographie.....	77

## Liste des abréviations

al.	alinéa
art.	article
Art.	Artikel (=art.)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BGÖ	Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (=LTrans)
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CEPP	Commission externe d'évaluation des politiques publiques de la République et canton de Genève
Cons.	Considérant
Convention d'Aarhus	Convention des Nations Unies du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement
Convention de Tromsø	Convention du Conseil de l'Europe du 18 juin 2009 sur l'accès aux documents publics
Cst-GE	Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 (RSG A 2 00)
Cst-NE	Constitution de la République et Canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000 (RSN 101)
Cst-VD	Constitution du Canton de Vaud du 14 avril 2003 (RSV 101.01)
DDPS	Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports
DETEC	Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFE	Département fédéral de l'économie
DFF	Département fédéral des finances
DFI	Département fédéral de l'intérieur
DFJP	Département fédéral de justice et police
ECA	Etablissement d'assurance contre l'incendie et les éléments naturels du Canton de Vaud
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FOIA	The Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552
IDEHAP	Institut des hautes études en administration publique
JdT	Journaux des Tribunaux
LArch	Loi cantonale neuchâteloise du 9 octobre 1989 sur les archives de l'Etat (RSN 442.20)
LCCF	Loi cantonale neuchâteloise du 3 octobre 2006 sur le contrôle des finances (RSN 601.3)
LCPD	Loi cantonale neuchâteloise du 30 septembre 2008 sur la protection des données (RSN 150.30)
LEGES	Législation & évaluation
let.	lettre
LInfo	Loi cantonale vaudoise du 24 septembre 2002 sur l'information (RSV 170.21)
LIPAD	Loi cantonale genevoise du 5 octobre 2001 sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (RSG A 2.08)

LOCE	Loi cantonale vaudoise du 11 février 1970 sur l'organisation du Conseil d'Etat (RSV 172.115)
LPA/GE	Loi cantonale genevoise du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (RSG E 5 10)
LPA/VD	Loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (RSV 173.36)
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1)
LPers	Loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (RS 172.220.1)
LPJA	Loi cantonale neuchâteloise du 27 juin 1979 sur la procédure et la juridiction administrative (RSN 152.130).
LprD/VD	Loi cantonale vaudoise du 11 septembre 2007 sur la protection des données personnelles (RSV 172.65)
LTAE	Loi cantonale neuchâteloise du 28 juin 2006 sur la transparence des activités étatiques (RSN 150.50)
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LTrans	Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (RS 152.3)
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFEV	Office fédéral de l'environnement
OFS	Office fédéral de la statistique
OGC	Loi cantonale neuchâteloise du 22 mars 1993 d'organisation du Grand Conseil (RSN 151.10)
OTrans	Ordonnance fédérale du 24 mai 2006 sur le principe de transparence dans l'administration (RS 152.31)
PCGI/NE	Préposé cantonal neuchâtelois à la gestion de l'information
PPPDT	Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence
PPDI/VD	Préposé cantonal vaudois à la protection des données et à l'information
PPDT/GE	Préposé cantonal genevois à la protection des données
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal et Revue genevoise de droit public
RDS	Revue de droit suisse
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RLInfo	Règlement d'application de la loi du 24 septembre 2002 sur l'information du 25 septembre 2003 (RSV 170.21.1)
RLTAE	Règlement cantonal neuchâtelois d'exécution de la loi sur la transparence des activités étatiques du 13 juin 2007 (RSN 150.500)
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RSR	Radio Suisse Romande
SJ	Semaine judiciaire
SPJ	Service cantonal vaudois de protection de la jeunesse
SSR	Société suisse de radiodiffusion et télévision
SVASC	Société vaudoise d'aide sociale et culturelle de la Loterie romande
Swissmedic	Institut suisse des produits thérapeutiques
TA/GE	Tribunal administratif genevois
TA/VD	Tribunal administratif vaudois
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral

# Introduction

En cette année 2011, des milliers de notes internes et parfois secrètes de l'administration diplomatique américaine sont publiées, jour après jour, sur des sites internet. Les agissements du site internet Wikileaks posent ainsi une série de questions de fond sur la transparence en général et celle de l'Etat en particulier. A quel point est-il souhaitable que les citoyens prennent connaissance de l'activité concrète de l'Etat ? La transparence absolue réalise-t-elle l'élément qui permet de parfaire la démocratie ? Met-elle au contraire l'Etat dans une situation qui ne lui permet plus d'agir dans l'intérêt général ?

La transparence décrite ci-dessus est due à un acte illicite ; un soldat américain aurait volé des données sur un serveur de l'administration puis les aurait transmises au site internet spécialisé. Mais une partie de ces notes diplomatiques auraient pu être obtenues de manière légale grâce à la loi américaine sur l'accès aux documents officiels<sup>1</sup>. Ce texte, en vigueur depuis 1966 déjà, permet à chacun de demander l'accès aux documents officiels américains, à certaines conditions.

Selon certains, la publication de ces notes diplomatiques met en péril la sécurité de l'Etat et menace la vie des personnes citées. Elle fragiliserait le pouvoir et la confiance des citoyens en l'administration américaine. Il y a d'autres avis : « A la lecture de nombreuses dépêches de Wikileaks, mon opinion de la diplomatie américaine a fortement augmenté parce que j'ai vu que ces dépêches envoyées à leur centrale à Washington étaient d'une très très grande qualité de l'analyse »<sup>2</sup>. Le débat sur la pertinence ou non de la transparence est ouvert.

Durant ces dix dernières années, les législateurs suisses ont édicté des lois permettant l'accès aux documents officiels aux niveaux fédéral et cantonal. 2011 est une année charnière, car tous les cantons romands sont désormais dotés de lois sur la transparence, les lois fribourgeoise et valaisanne étant en vigueur depuis le 1er janvier dernier.

Pour notre part, nous sommes sensible à la chose publique depuis toujours, intéressé par la démocratie et principalement par la citoyenneté. L'accès aux documents officiels revêt donc une importance dans notre vie privée et il nous est arrivé, dans ce cadre, de demander des documents officiels aux autorités en vertu des lois sur la transparence. C'est également le cas d'un point de vue professionnel, puisque nous exerçons un métier journalistique pour lequel l'accès aux documents officiels est un outil en devenir. Cette position citoyenne et journalistique nous motive à défricher le sujet de la transparence de l'Etat au niveau suisse et romand par une analyse complète de certaines lois et de leur mise en œuvre.

Les questions qui nous guideront dans ce travail juridique sont les suivantes :

- Quelles sont les différences légales entre certaines lois sur la transparence en Suisse ?
- Quel bilan peut-on tirer de la mise en œuvre de la législation dans ce domaine après quelques années de pratique ?

Pour y répondre, nous commençons ce travail par une description du cadre légal général dans la relation Citoyens – Etat – Informations. Nous nous arrêterons notamment sur l'information passive de l'Etat, soit sa manière de fournir des informations à la demande des citoyens.

Dans la deuxième partie, nous nous concentrerons sur quatre exemples de lois sur la transparence. Nous commencerons par une étude approfondie et comparative des dispositions légales en vigueur dans chaque entité étudiée. Puis, l'étude de la mise en œuvre de ces lois nous fera aborder les répercussions concrètes pour les citoyens et les administrations de l'existence du droit d'accès aux documents étatiques.

---

1 Voir par exemple le livre de VINCENT NOUZILLE, « Des secrets si bien gardés », Fayard, 2009, basé sur des notes diplomatiques obtenues grâce à la loi américaine sur l'accès aux documents (The Freedom of Information Act (FOIA)).

2 Roger de Weck, directeur de la SSR, « Le journal du matin », RSR-La1ère, 5 janvier 2011.

# Première partie : Citoyens et Etats face à l'information

## I. Liberté d'information et droit à l'information

**Les libertés d'opinion et d'information** sont les piliers d'un ensemble plus large, les **libertés de la communication**<sup>3</sup>, dont font aussi partie par exemple la liberté de la presse ou la liberté de l'art. Ces libertés s'attachent à défendre d'une part le contenu des informations qui circulent, et ce sous leurs différentes formes, et les moyens de transmission et de réception de ces informations. Les libertés de la communication protègent la personne en tant qu'être social dans son besoin de communiquer. Elles garantissent aussi le pluralisme social, lui-même condition d'existence de la démocratie politique, en protégeant l'échange des idées et des informations entre individus<sup>4</sup>. Ces libertés constituent donc un élément de base de l'organisation sociale.

En Suisse, la **liberté d'information** est ancrée à l'article 16 al. 3 de la Constitution fédérale depuis 1999. Elle donne le droit à toute personne, physique ou morale, de « recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser ». Cette formulation reprend la conception restrictive de la jurisprudence précédente du Tribunal fédéral qui a reconnu officiellement la liberté d'information dès 1978<sup>5</sup>. Décrite alors comme élément de la liberté d'opinion et d'expression et de la liberté de la presse, la liberté d'information garantissait, selon l'ATF 104 la 88, « le droit de recevoir des nouvelles et des opinions sans contrôle des autorités et de se renseigner aux sources généralement accessibles ou disponibles ».

Tout en recevant une base constitutionnelle écrite en 1999, la notion de liberté d'information s'élargit à cette occasion. Il ne s'agit plus seulement de la liberté de s'informer, mais aussi d'informer<sup>6</sup>. En effet, la liberté d'opinion et d'information comprend le droit de former et d'exprimer son opinion et celui de recevoir l'information. L'aspect « actif », la « liberté d'expression », n'a de sens que si chacun peut accéder aux informations pertinentes grâce à l'aspect « passif » de la liberté d'opinion, la « liberté d'information ». Même si elle figure à part dans la Constitution, selon la doctrine, la liberté d'information constitue donc un élément de la liberté d'opinion<sup>7</sup>.

Le droit à l'information qui découle de cette liberté constitutionnelle comprend donc trois éléments : le droit de recevoir librement des informations, le droit de se procurer des informations aux sources d'accès général et le droit de diffuser librement des informations. Ce sont les deux premiers éléments, soit les éléments historiques, qui nous intéressent avant tout dans ce travail.

**Le droit de recevoir librement des informations** concerne la réception passive d'information. L'Etat ne devra par exemple pas empêcher la réception de courrier ni de programmes audiovisuels. Concrètement, l'interdiction générale d'installer des antennes individuelles de réception de programmes de télévision par les communes est, par exemple, exclue par cette disposition<sup>8</sup>.

**Le droit de se procurer des informations aux sources d'accès général** fait référence à la recherche active d'informations par les citoyens. Ce droit d'accès se limite aux informations « qui sont à disposition de chacun : publications officielles, sites internet, manifestations publiques, séances des organes législatifs, audiences des tribunaux, registres publics »<sup>9</sup>. Cela signifie notamment que les informations publiées par l'Etat doivent être accessibles à chacun. Ce droit ne concerne pas uniquement les informations étatiques, mais toutes les informations, quels que soient leurs émetteurs. En revanche, ce droit n'oblige pas l'Etat à fournir des informations non destinées à la publication ce qui signifie qu'aucun droit subjectif à l'information non publiée de l'Etat ne peut être déduit de la Constitution fédérale. Nous verrons plus bas que c'est pourtant le cas dans certains cantons et que ce droit est introduit de manière législative au niveau fédéral.

Ce droit subjectif à une information « passive » de l'Etat, qui n'appartient pas à la liberté

3 BARRELET (2001), p. 725.

4 AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (2006), p. 250 ; MAHON (2008), p. 88.

5 MAHON (1999), p. 261 ss.

6 BARRELET (2001), p. 725.

7 BARRELET (2001), p. 723.

8 BARRELET (2005), p. 160.

9 BARRELET (2005), p. 160.



d'information classique, constitue l'objet de notre travail. Pour l'appréhender, nous nous intéressons d'abord succinctement à l'information active pour mieux définir ensuite l'information passive des autorités.

## II. Information par l'Etat

### A) Information active et passive

La distinction entre informations active et passive de l'Etat est essentielle pour cerner la problématique. En effet, si l'Etat décide d'**informer activement**, le droit d'accéder aux informations publiées est garanti à chacun par la Constitution fédérale comme nous l'avons vu. L'autorité informe activement lorsqu'elle diffuse une information de manière volontaire. C'est le cas, par exemple, lorsqu'une autorité publie un document sur son site internet, un communiqué de presse, un bulletin d'informations mensuel ou un rapport de gestion. Les procès-verbaux des législatifs, qui sont publiés, sont également accessibles à chacun, sans restriction. De plus en plus, les lois sur l'information et même certaines Constitutions règlent la communication active de l'Etat.

**L'information passive** appelée aussi information « sur demande » comprend les cas où l'Etat informe uniquement pour donner suite à la demande d'une personne. C'est le cas quand un membre d'une autorité répond aux questions d'un journaliste, mais aussi lorsqu'elle fournit un document suite à une demande, que ce soit dans le cadre des lois sur la transparence ou non. BERTIL COTTIER propose le terme d'« information réactive »<sup>10</sup> qui définit encore mieux le type d'action de l'autorité dans ce cas de figure, notamment par opposition à l'adjectif « active » défini plus haut. Une autorité qui fournit une information n'est en effet pas passive et nous verrons que la réponse à une telle requête engendre un certain travail. Cette forme d'information de l'Etat n'est pas naturelle : le principe tacite qui prévalait historiquement et qui reste bien ancré dans les pratiques actuelles est celui du secret. Tout ce qui n'est pas publié reste secret : ce axiome, souvent non écrit, constituait un réflexe de l'Etat et nous verrons que c'est encore largement le cas. Juridiquement, un fonctionnaire confronté à une demande d'accès à un document pouvait – et souvent devait – le refuser. Aucune base légale ne prévoyait cette transmission et les dispositions sur le secret de fonction revêtaient une grande importance. Le principe de la légalité, qui veut que l'Etat n'agisse que dans le cadre des lois en vigueur, n'autorisait pas le fonctionnaire à prendre l'initiative d'une transmission d'un document à un citoyen<sup>11</sup>.

Depuis les années 70, mais surtout ces quinze dernières années, les démocraties ont effectué un véritable tournant, théoriquement à 180 degrés. Ce changement de paradigme fait désormais passer le secret de l'administration et de son activité de la norme à l'exception. La culture du secret fait place à la transparence. L'information passive devient réglementée et obligatoire dans certains cas et les citoyens obtiennent un large droit de regard sur les activités des collectivités publiques.

Nous étudierons dans ce travail le contenu et la mise en œuvre du droit à l'information passive des autorités.

### B) Information passive de l'Etat

#### 1) Description et justifications

Le renversement du principe du secret implique des principes généraux totalement nouveaux : l'Etat doit fournir rapidement les documents en sa possession à toute personne qui en fait la demande, sans que cette dernière doive se justifier, sans restriction d'utilisation et gratuitement. Ces principes généraux sont limités par des exceptions plus ou moins larges au droit d'accès (en cas d'intérêts privés ou publics prépondérants), par la perception d'émoluments, et l'exclusion d'entités

<sup>10</sup> COTTIER (2002), p. 111.

<sup>11</sup> Cette interprétation extensive des dispositions sur le secret de fonction était d'ailleurs certainement erronée. Cf. Mahon (1999), no 66.

du champ d'application. Nous verrons en détail plus bas que ce droit peut-être introduit avec des modalités différentes. Lorsqu'un Etat introduit un tel système, on parle alors de l'introduction du principe de **transparence de l'Etat** et du **droit d'accès aux documents administratifs**.

KASPAR SPOERRI a étudié en détail la doctrine traitant des arguments théoriques pour ou contre le principe de transparence<sup>12</sup>. Trois justifications politiques majeures ont motivé l'adoption de lois sur la transparence :

Premièrement, la transparence permet un contrôle de l'administration par les citoyens-contribuables. Le contrôle des autorités législatives est assuré par la publicité de leurs séances et leur élection par le peuple. Les jugements étant également publiés, l'activité du pouvoir judiciaire est également à disposition de chacun. Seuls le pouvoir exécutif et l'administration restaient en dehors du champ de contrôle des citoyens. Considérés longtemps comme de « simple[s] exécutant[s], presque apolitique[s] »<sup>13</sup>, le pouvoir exécutif et son administration ont pris beaucoup d'importance dans l'exercice du pouvoir et détiennent de plus en plus d'informations, notamment depuis l'arrivée de l'informatique. Il est donc naturel qu'un contrôle démocratique s'avère nécessaire. Étonnamment, l'argument du contrôle n'est pas formulé clairement dans les travaux législatifs que nous avons consultés, mais on lit par exemple que le principe de transparence est l'un des « garants de l'Etat démocratique »<sup>14</sup> ce qui signifie la même chose à notre avis<sup>15</sup>. On peut voir le processus démocratique de manière circulaire : l'élection (du législatif en général) constitue l'élément de base de la participation citoyenne. Les votations sur des objets concrets font participer les citoyens en cours de processus. La publication des débats et des jugements et spécifiquement la transparence de l'administration se placent à notre avis en fin de chaîne et permettent de boucler la boucle démocratique. L'occasion est ainsi donnée aux citoyens de prendre connaissance dans le détail de l'activité de l'Etat et de se positionner pour se prononcer lors de nouvelles élections en toute connaissance de cause.

Une deuxième justification, et celle-ci est communément citée jusque dans les lois, relève de la volonté de favoriser la participation des citoyens à la vie publique. L'article premier de la loi neuchâteloise le formule, par exemple, clairement. La loi doit permettre « de garantir la libre formation de l'opinion publique et de favoriser la participation à la vie publique »<sup>16</sup>. La mise à disposition des informations entraînerait donc un effet éducatif : si l'information est un instrument de pouvoir, la transparence permet aux autorités de partager ce pouvoir avec les citoyens<sup>17</sup>. Se sentant impliqués et informés, les citoyens seraient en mesure de mieux comprendre et accepter les politiques publiques.

Le troisième argument souvent cité dans la doctrine est celui de l'efficacité et de la modernisation de l'administration qui se verraient favorisées par la mise en place de la transparence. Les documents devraient être gérés de manière plus rationnelle et systématique s'ils doivent pouvoir être mis à la disposition du public.

La crainte de paralysie de l'administration est un argument fréquemment évoqué contre l'introduction du principe de transparence. Une avalanche de demandes d'accès pourrait en effet contraindre l'administration à passer une grande partie de son temps à répondre à ce type de demandes. De plus, l'impossibilité de travailler de manière souple et informelle à l'interne, chaque document étant potentiellement accessible, pourrait être un véritable frein à la vitesse d'action de l'administration, parfois déjà critiquée pour ses lenteurs.

## 2) Historique

C'est en 1766 déjà que la Suède adopte le principe de transparence. Le changement de modèle opéré à l'époque par l'opposition politique arrivée au pouvoir en 1765 visait à lutter contre la

---

12 SPOERRI (2007), p. 17 ss.

13 MAHON (2002), p. 28.

14 Rapport LTAE (2006), p. 2.

15 Le terme « contrôle » est peut-être connoté trop négativement pour être clairement évoqué sans craindre les réactions de blocage.

16 Art. 1 de la Loi cantonale neuchâteloise du 28 juin 2006 sur la transparence des activités étatiques (=LTAE ; RSN 150.50).

17 MAHON (2002), p. 29.

corruption, largement répandue<sup>18</sup>. Pendant deux siècles, cette ouverture de l'Etat a constitué une exception au niveau international. Ce n'est qu'en 1951 qu'un deuxième pays, la Finlande, adopte une loi sur la transparence.

Puis, dans les années 1960-70, le principe de transparence s'est véritablement répandu en Europe et dans le monde<sup>19</sup>. L'adoption du *Freedom of Information Act* aux Etats-Unis en 1966 constitue le point de départ d'une vague d'adoption du principe de transparence dans de nombreux pays. Les pays scandinaves, puis la France, par exemple, ont tour à tour adopté des législations permettant aux citoyens de se procurer les documents détenus par l'administration.

Depuis l'année 1997, le rythme s'est sensiblement accéléré puisque chaque année de nouveaux pays (et de plus en plus, jusqu'à cinq par année depuis l'an 2000) ont donné accès à leurs documents administratifs. A ce jour, 80 pays possèdent des lois sur l'accès aux documents officiels.

Au niveau de l'**Union européenne**, un règlement<sup>20</sup> en vigueur depuis décembre 2001 concrétise le droit d'accès aux documents du Parlement, de la Commission et du Conseil, prévu depuis 1991 déjà dans le traité de Maastricht<sup>21</sup>.

Des textes à portée **internationale** ont aussi une influence sur le droit d'accès des pays qui y adhèrent.

- La « Convention d'Aarhus » des Nations Unies<sup>22</sup>, entrée en vigueur en 2001 et actuellement ratifiée par 44 pays, instaure un droit d'accès aux informations **concernant l'environnement**.
- La récente Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics, « Convention de Tromsø »<sup>23</sup>, prévoit quant à elle un droit général d'accès aux documents détenus par les autorités publiques. Son entrée en vigueur nécessite dix ratifications. Début 2011, trois pays l'ont ratifiée.
- Quant à l'art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (**CEDH**), qui prévoit la liberté de recevoir des informations, la Cour européenne des droits de l'homme n'en a pas, pour l'instant, déduit un droit d'accès aux documents officiels. Mais de récentes décisions relevées par la doctrine laisseraient entrevoir une évolution dans l'interprétation de cet article et ouvriraient la porte à une reconnaissance d'un droit d'accès aux documents dans les Etats parties<sup>24</sup>.
- Notons également la Recommandation du Conseil de l'Europe de 2002 sur l'accès aux documents publics, qui constitue un « guide législatif » sans pourtant être contraignant<sup>25</sup>.

**En Suisse**, ce n'est qu'en 1995 que le premier canton, Berne, adopte une loi sur l'accès aux documents officiels<sup>26</sup>. La loi fédérale correspondante n'entrera en vigueur que plus de dix ans plus tard soit le 1er juillet 2006. Pendant ce temps, le rythme d'adoption de telles lois au niveau cantonal est lent mais régulier. En 2011, tous les cantons romands ont désormais adopté le principe et, à ce jour, 15 cantons, soit une majorité de ceux-ci, disposent d'une loi en la matière<sup>27</sup>.

Concernant le droit international ayant un impact sur le droit d'accès en Suisse, la Confédération a signé la « Convention d'Aarhus » citée ci-dessus et s'appête à la ratifier. Limité aux documents du domaine de l'environnement, l'effet concret sera surtout perceptible dans les cantons n'ayant pas encore adopté de lois sur la transparence puisqu'ils devront adopter de telles lois, du moins pour le

---

18 SPOERRI (2007), p. 24.

19 Pour une liste complète et datée, voir VLEUGELS (2010).

20 Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission.

21 Cf. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (2007), p. 2.

22 Convention des Nations Unies du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus).

23 Convention du Conseil de l'Europe du 18 juin 2009 sur l'accès aux documents publics (Convention de Tromsø).

24 Cf. VOLLERY (2009), p. 379.

25 Recommandation du 21 février 2002 du Comité des Ministres aux Etats Membres sur l'accès aux documents publics (Rec [2002] 2).

26 Loi cantonale bernoise du 2 novembre 1993 sur l'information du public (=LIn/BE ; RS/BE 107.1).

27 Dates d'entrée en vigueur : Berne (1995), Appenzell Rhodes-Extérieures (1996), Soleure (2003), Genève (2002), Vaud (2003), Jura (2003), Schaffhouse (2004), Uri (2007), Neuchâtel (2007), Zürich (2007), Argovie (2008), Schwyz (2008), Fribourg (2011), Valais (2011), Bâle-Ville (2011).

domaine environnemental.

La « Convention de Tromsø » n'a, pour l'instant, pas été signée par la Suisse, mais la question devra certainement se poser à terme.

Concernant la CEDH, LUC VOLLERY relève que si la Cour confirme l'interprétation élargie de l'art.10, « le droit d'accès aux documents pourrait revêtir pour toute la Suisse la qualité de droit fondamental en vertu de la CEDH »<sup>28</sup>.

---

28 VOLLERY (2009), p. 379 et note 108.

## Deuxième partie : Comparaison et étude de la mise en œuvre de quatre lois sur la transparence en Suisse

### I. Choix des entités étudiées et méthode de recherche

En plus de l'étude de la loi fédérale, nous désirons étudier de près la mise en œuvre de certaines lois cantonales. N'ayant pas la possibilité matérielle d'étudier toutes les lois cantonales, nous en choisirons trois, dans des cantons géographiquement proches, soit en Suisse romande. Il convient donc de faire un choix parmi les sept cantons romands (y compris Berne).

Voici un tableau récapitulatif des différentes dates d'entrée en vigueur des lois sur la transparence dans les cantons romands :

Tableau 1 : Entrée en vigueur et ancrage juridique des lois romandes<sup>29</sup>

	Date d'entrée en vigueur	Niveau d'ancrage juridique
Valais	01.01.11	Loi
Fribourg	01.01.11	Cst. (art. 19) + Loi
Neuchâtel	01.10.07	Cst. (art. 18) + Loi
Vaud	01.09.03	Cst. (art. 41) + Loi
Jura	01.03.03	Loi
Genève	01.03.02	Loi
Berne	01.01.95	Cst (art. 17) + Loi
Confédération	01.07.06	Loi

Notre choix se porte sur les deux grands cantons romands soit **Genève** et **Vaud** ainsi que sur celui de **Neuchâtel**.

La comparaison entre Genève et Vaud sera intéressante à plusieurs points de vue :

- il existe une loi sur la transparence depuis 9 ans à Genève et 8 ans dans le canton de Vaud, un rythme de croisière a donc pu s'installer dans les deux cas , et
- la différence d'ancrage juridique (constitutionnel ou non) entre les deux cantons sera aussi analysée sous l'angle de son impact sur la mise en œuvre de la loi.

Quant à Neuchâtel, il s'agit d'une loi entrée en vigueur en 2007. Elle se situe à mi-chemin entre la première vague de lois entrées en vigueur et les toutes récentes. La future collaboration entre les cantons du Jura et de Neuchâtel dans ce domaine devrait aussi apporter un éclairage intéressant à l'analyse de la mise en œuvre du principe de transparence dans le canton de Neuchâtel. Il sera également judicieux de se questionner sur l'incidence de la taille d'une administration dans l'application de la loi.

Pour étudier la mise en œuvre de ces quatre lois sur la transparence, nous nous basons sur les documents existants complétés par des entretiens avec les quatre préposés à la transparence des entités étudiées.

Nous avons dans un premier temps recherché les lois, règlements, ordonnances et travaux parlementaires concernant les lois étudiées. Nous nous sommes ensuite penché sur les rapports d'activité des préposés, les rapports d'évaluation externes et la doctrine disponible spécifiquement pour chaque entité étudiée. Sur la base de l'étude de ces documents, nous nous sommes entretenu avec les différents préposés lors d'entretiens d'une à deux heures dans leurs locaux de

<sup>29</sup> Adapté de SPOERRI (2007), p. 33.

manière à comprendre au mieux la situation spécifique de chaque entité étudiée. Nous avons rencontré :

- Mme Isabelle Dubois, Préposée genevoise à la protection des données et à la transparence le 19 avril 2011 ;
- M. Christian Raetz, Préposé vaudois à l'information et à la protection des données le 3 mai 2011 ;
- M. Christian Flueckiger, Préposé neuchâtelois à la gestion de l'information, le 9 mai 2011, et
- M. Reto Ammann, conseiller juridique auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, le 20 mai 2011.

Cette approche permettra de brosser un panorama de la situation. Comme le relève KASPAR SPOERRI, la vision principale que nous aurons sera celle des autorités<sup>30</sup>. Il faut donc garder à l'esprit qu'elle ne représente pas le vécu des citoyens confrontés à des questions concrètes face à l'Etat. Certaines études devraient toutefois permettre d'entrevoir également cette réalité<sup>31</sup>. Notre travail étant avant tout juridique, les procédures qui permettent aux citoyens d'obtenir une médiation et recourir aux tribunaux nous intéresseront tout particulièrement. Les recommandations des préposés ainsi que la jurisprudence apporteront une vision concrète des situations litigieuses. Enfin, ayant nous-même déjà expérimenté certaines de ces lois dans d'autres contextes, nous utiliserons également l'expérience acquise lors de nos propres demandes d'accès.

Nous procéderons en deux phases. Pour la première, nous nous pencherons sur les textes de loi de chacune des quatre entités étudiées avant d'analyser les points communs et les différences constatées. Nous nous limiterons au contenu des normes qui a un impact sur le droit d'accès aux documents officiels puisque les textes examinés contiennent souvent des dispositions sur l'information active des autorités et parfois également sur la protection des données. La deuxième phase de notre travail s'intéressera à la mise en œuvre concrète des lois. Là aussi, nous étudierons chacune des situations, tour à tour, avant d'analyser les constats dans un chapitre de synthèse.

L'ordre d'analyse sera le suivant, dans les deux cas : Confédération, Genève, Vaud et Neuchâtel.

---

30 SPOERRI (2007), p. 11.

31 SPOERRI (2007) et CEPP (2009).

## II. Comparaison des dispositions légales

### A) Analyse des dispositions légales **fédérales**

#### 1) Genèse et ancrage juridique

L'Assemblée fédérale a fait usage de sa compétence résiduelle<sup>32</sup> pour adopter la *Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration*<sup>33</sup> (ci-après : LTrans). Le Conseil fédéral relève dans son message que des travaux préparatoires ont débuté dès les années quatre-vingt. Ces derniers et les critiques répétées de la doctrine montrent que l'introduction du principe de transparence dans l'administration n'est pas l'expression d'un phénomène de mode, mais tient d'une tendance démocratique largement acceptée au niveau international<sup>34</sup>.

La loi fédérale n'est pas ancrée sur une disposition constitutionnelle spécifique. On notera cependant que l'avant-projet de révision de la Constitution, en 1995, contenait un article concernant l'accès aux documents officiels. Cet article n'a pas été retenu dans la version définitive<sup>35</sup>. La loi est entrée en vigueur le 1er juillet 2006.

Une ordonnance<sup>36</sup> précise les modalités d'application de la loi.

#### 2) Titulaires du droit d'accès

**Toute personne** a le droit d'accéder aux documents officiels<sup>37</sup>. Cela signifie que chacun, ou « n'importe qui »<sup>38</sup>, peut accéder aux documents officiels, sans considération de nationalité, d'âge ou de lieu de domicile. Les personnes morales sont également concernées. Aucun intérêt spécifique ne doit être démontré, ce qui signifie également qu'un document pouvant être obtenu par une personne peut l'être par toute autre personne (« access to one, access to all »)<sup>39</sup>.

#### 3) Champ d'application personnel

Les entités soumises à la loi sont l'administration fédérale, les services du parlement et les autres organismes et personnes qui rendent des décisions de première instance au sens de la loi fédérale sur la procédure administrative<sup>40</sup>. Il s'agit par exemple des assurances maladie, des CFF ou de La Poste, mais uniquement pour « les documents officiels qui sont en rapport direct avec une procédure aboutissant à une décision au sens de la loi sur la procédure administrative »<sup>41</sup>. On remarque que le **Conseil fédéral ainsi que l'Assemblée fédérale** ne sont pas soumis au droit d'accès puisque seules les administrations de ces deux organes entrent dans le champ d'application personnel de la loi sur la transparence.

**L'administration du Tribunal fédéral** est également soumise à la loi par le biais d'un renvoi dans sa loi d'organisation. La Banque nationale et la FINMA ne sont pas soumises à la loi et ceci en vertu d'une exception spécifique<sup>42</sup>. Pour la première, c'est son statut spécial réclamant une large autonomie qui le justifie ; pour la seconde, c'est le domaine « extrêmement sensible » dans lequel elle opère<sup>43</sup>. Le Conseil fédéral pourrait soustraire d'autres entités à la loi, mais n'a, à ce jour, pas utilisé cette

32 Art. 173 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 décembre 1999 (=Cst. ; RS 101) ; *Message LTrans (2003)*, p. 1879.

33 Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (=LTrans ; RS 152.3).

34 *Message LTrans (2003)*, p. 1816.

35 Cf. à ce sujet MAHON (1999), p. 326. Cet article ne concernait que l'accès aux documents de l'administration fédérale.

36 Ordonnance fédérale du 24 mai 2006 sur le principe de transparence dans l'administration (=OTrans ; RS 152.31).

37 Art. 6 al. 1 LTrans.

38 VOLLERY (2009), no 46.

39 Cf. MAHON/GONIN in *BGÖ-Kommentar (2008)*, Art. 6 n<sup>os</sup> 20 ss.

40 Art. 2 LTrans.

41 *Message LTrans (2003)*, p. 1830.

42 Art. 2 al. 2 LTrans.

43 *Message LTrans (2003)*, p. 1831.

compétence.

#### 4) Champ d'application matériel

L'accès prévu par la loi concerne les « **documents officiels** ». Les autorités sont également tenues de fournir des « renseignements sur leur contenu ». Ces renseignements consistent à indiquer au demandeur quels documents existent, qui les détient et quel est leur contenu, dans les grandes lignes<sup>44</sup>.

Pour constituer un **document officiel**, une information doit répondre à trois conditions cumulatives :

- elle doit être enregistrée sur un support ;
- elle doit être détenue par l'autorité, et
- elle doit concerner l'accomplissement d'une tâche publique.

Les documents commercialisés par l'autorité, qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration ou ceux qui sont destinés à un usage personnel, ne sont pas soumis à la loi.

La LTrans comporte une très importante limitation du champ d'application temporel puisque seuls les documents produits ou reçus après son entrée en vigueur y sont soumis. Cette clause, qui ne figurait pas dans le projet de Conseil fédéral, a fait l'objet de débats aux chambres fédérales. On peut y voir une heureuse notion de sécurité juridique et de non-rétroactivité du droit, mais également une forte limitation de l'étendue de la transparence de l'Etat.

#### 5) Limites au droit d'accès

On dénombre quatre catégories de cas où l'accès aux documents officiels doit être refusé par l'autorité :

- a) les documents ayant trait aux différentes procédures de type judiciaires ne sont pas accessibles ;
- b) les autres lois prévoyant le secret ou la consultation sous certaines conditions sont réservées ;
- c) un intérêt public est touché par la communication, ou
- d) la divulgation du document pourrait porter atteinte à la **sphère privée** d'un tiers.

##### a) Documents ayant trait aux procédures

Les documents relatifs aux **procédures** civiles, pénales, d'entraide judiciaire et administratives internationales, de règlement international des différends, juridictionnelles de droit public, y compris administratives, d'arbitrage sont exclus du champ d'application<sup>45</sup>. Les documents des procédures menant à une décision administrative de première instance sont, par contre, soumis à la loi sur la transparence, mais seulement après la décision dont ils constituent la base<sup>46</sup>.

##### b) Réserves d'autres lois

**D'autres lois** restreignent le droit d'accès en prévoyant que certains documents sont secrets. Il s'agit par exemple des lois prévoyant des dispositions particulières pour les registres publics ou les signatures des référendums et initiatives populaires. Les dispositions garantissant le secret de fonction ne sont par contre pas considérées comme des dispositions spéciales. Le secret de fonction concerne dès lors tout ce qui n'est pas communicable selon la loi sur la transparence<sup>47</sup>.

44 MAHON/GONIN in *BGÖ-Kommentar (2008)*, Art. 6, no 16.

45 Art. 3 al. 1 LTrans.

46 Art. 8 al. 2 LTrans, *Message LTrans (2003)*, p. 1832 et SCHWEIZER/WIDMER in *BGÖ-Kommentar (2008)*, Art. 3 n° 55.

47 *Message LTrans (2003)*, p. 1833.



D'autres lois étendent le droit d'accès à des documents ou informations qui ne sont pas forcément accessibles selon les lois sur la transparence. En exemple, on peut citer les dispositions sur les publications officielles (des lois fédérales ou de la feuille fédérale) ou celles sur la publicité des registres<sup>48</sup>.

### c) Intérêt public prépondérant

L'accès au document doit être refusé s'il existe un **intérêt public prépondérant** qui commande de ne pas divulguer son contenu. Dans ce domaine, la loi liste **exhaustivement** les cas où un intérêt public prépondérant doit être reconnu alors qu'elle laisse une large marge d'appréciation à l'autorité en ce qui concerne l'atteinte à la sphère privée. Nous décrivons dans la partie comparative la technique du « test de préjudice » qui doit être employée pour évaluer ce risque<sup>49</sup>.

L'**intérêt public** est jugé prépondérant dans les cas où la communication d'un document officiel<sup>50</sup> :

- peut porter notablement atteinte à la libre formation de la volonté ou de l'opinion d'une autorité ;
- entrave l'exécution de mesures concrètes prises par une autorité ;
- risque de compromettre la sûreté intérieure ou extérieure du pays ;
- risque de compromettre les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure ou ses relations internationales ;
- risque de compromettre les relations entre Confédération et cantons ou entre les cantons, ou
- risque de compromettre les intérêts de politique monétaire ou économiques de la Suisse.

On notera ici surtout le caractère **exhaustif** de la liste et l'accent qui est mis sur les intérêts en matière de **politique monétaire et économique**. Nous reviendrons en détail sur chacune de ces exceptions dans la partie comparative de ce chapitre<sup>51</sup>.

Concernant la libre formation de l'opinion d'une autorité, l'article 8 alinéa 1 LTrans précise que les documents afférents à la procédure de co-rapport ne sont pas accessibles, même après la décision du Conseil fédéral. Cette disposition est cohérente puisqu'on peut rappeler que le Conseil fédéral n'est pas soumis à la loi<sup>52</sup>. Toujours dans ce contexte, il est également précisé que les documents relatifs à une décision ne sont accessibles qu'après la décision. De plus, exceptionnellement, le Conseil fédéral peut soustraire du droit d'accès les documents de la procédure de consultation des offices concernés. La consultation de documents exprimant des positions d'une autorité avant ou pendant une phase de négociation est également exclue.

La loi garantit l'accès inconditionnel à un type de documents précis : les rapports d'évaluation concernant les prestations de l'administration. Le législateur reconnaît un intérêt public inconditionnel à la transparence pour ce type de document. Cette « exception positive » démontre bien le sens que veut donner le législateur à la loi sur la transparence : chacun doit pouvoir mieux cerner les pratiques, les forces et les faiblesses de l'administration.

### d) Intérêt privé prépondérant

#### aa) Généralités

L'**intérêt privé** est jugé prépondérant notamment dans deux cas, soit lorsque la communication du document pourrait<sup>53</sup> :

- révéler des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication ;

48 COTTIER IN *BGÖ-Kommentar* (2008), Art. 4 n° 14.

49 Cf. *infra* p. 46.

50 Art. 7 al. 1 let. a-f LTrans.

51 Cf. *infra* p. 46.

52 Nous reviendrons en détail sur la délimitation des documents concernés par la procédure de co-rapport puisque le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se pencher sur la question (cf. *infra* p. 56).

53 Art. 7 al. 1 let. g et h LTrans.

- divulguer des informations fournies librement par un tiers à une autorité qui en a garanti le secret.

Pour les autres atteintes à un intérêt privé, l'autorité doit effectuer une pesée d'intérêts selon l'article 7 al. 2 de la loi : L'accès doit être refusé s'il porte atteinte à la sphère privée de tiers à moins qu'un « intérêt public à la transparence » ne soit **exceptionnellement** reconnu prépondérant<sup>54</sup>.

#### bb) Présence de données personnelles dans le document

Si le document contient des **données personnelles**, l'autorité doit tout d'abord tenter de masquer ces données (art. 9 al. 1 LTrans) ; elle peut alors accorder l'accès. Si cela n'est pas possible sans vider le document de son sens, ou si le demandeur précise expressément qu'il désire le document non caviardé, la loi renvoie à l'article 19 de la loi sur la protection des données<sup>55</sup>. Dans ce cadre, il faut déterminer si une disposition spéciale s'applique et, si c'est le cas, suivre les conclusions de cette disposition (accès ou refus de l'accès). L'autorité doit aussi rechercher, par économie de procédure, si une exception de l'art. 19 al. 4 LPD ou des articles 4, 7 ou 8 LTrans s'appliquent. Si c'est le cas, l'accès est refusé. Sinon, l'autorité examine si la personne concernée a consenti à la transmission des données ou si une autre condition de l'art. 19 al. 1 LPD est remplie. Si ce n'est pas le cas, le tiers doit être consulté et peut prendre position dans les 10 jours. Munie de l'avis de la personne concernée, l'autorité prend position sur la demande d'accès en effectuant une pesée d'intérêts entre intérêt public à la transparence et intérêt privé à la non-communication des données personnelles. Si elle entend communiquer les documents, elle en informe la personne concernée qui peut alors saisir le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (ci après : préposé fédéral ou PFPDT) en vue d'une médiation. Dans ce cas, l'éventuel octroi de l'accès au document est différé jusqu'à droit connu. Les lois sur la transparence et sur la protection des données sont donc coordonnées via l'art. 19 al. 1bis LPD qui reprend la pesée d'intérêts prévue à l'art. 7 al. 2 de la LTrans<sup>56</sup>.

Le schéma de la page suivante illustre cette procédure.

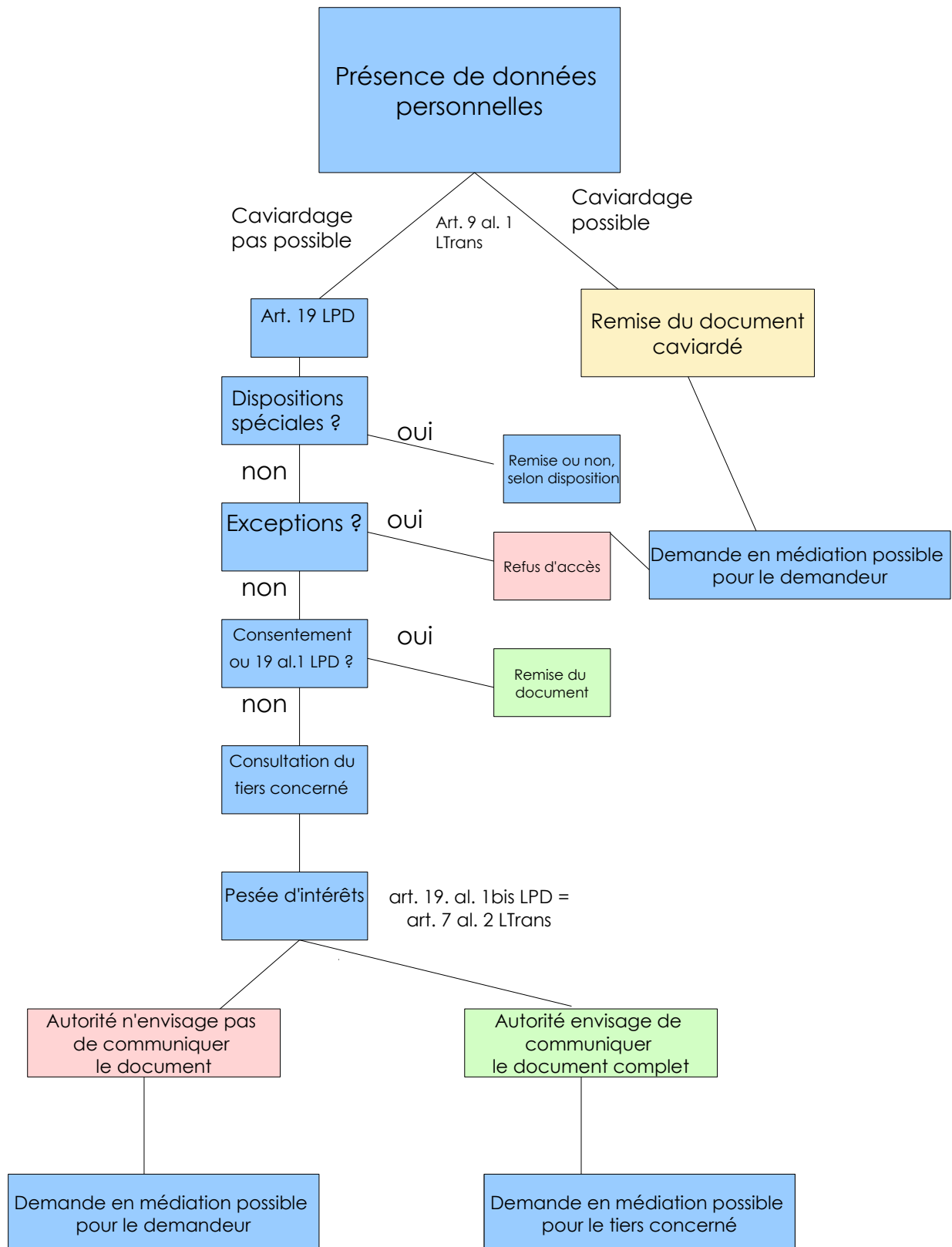
---

54 Art. 7 al. 2 LTrans et Art. 6 OTrans.

55 Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (=LPD ; RS 235.1).

56 Message LTrans (2003) p. 1858 et FLÜCKIGER in *BGÖ-Kommentar (2008)*, Art. 9, n<sup>os</sup> 1 ss.

Schéma 1 : Système légal en cas de présence de données personnelles au niveau fédéral



## 6) Procédure

### a) Généralités

La demande n'est soumise à **aucune exigence de forme**. Elle doit néanmoins être formulée de manière suffisamment précise. L'autorité peut demander au requérant qu'il précise sa demande dans les 10 jours sans quoi cette dernière est considérée comme retirée.

L'autorité doit prendre position **dans les 20 jours**. Exceptionnellement, ce délai peut être prolongé de 20 jours dans les cas de demandes complexes.

La consultation s'effectue **sur place** ou par l'obtention **d'une copie**.

Par principe, l'accès aux documents officiels est **soumis au paiement d'un émolument**. L'heure de travail est facturée Fr. 100.- et la copie, 20 centimes. Il n'est pas perçu d'émolument lorsque les frais n'atteignent pas Fr. 100.-. Les procédures de médiation et en première instance sont gratuites.

### b) Médiation

Lorsqu'une demande d'accès est limitée, différée ou refusée ou que l'autorité n'a pas pris position dans les 20 jours, le demandeur peut déposer une **demande de médiation**<sup>57</sup>. C'est aussi le cas lorsque l'autorité entend communiquer un document contenant des données personnelles contre l'avis de la personne concernée. La demande de médiation se fait par écrit auprès du préposé fédéral, dans les 20 jours qui suivent la réception de la prise de position de l'autorité.

Le préposé fédéral entend les parties et s'efforce de les **amener à un accord**<sup>58</sup>. Il peut leur soumettre des propositions. La procédure peut se dérouler oralement ou par écrit. Le préposé constate le résultat de la médiation et le communique par écrit aux parties.

Si la médiation n'a pas abouti, le préposé fédéral rend une **recommandation** dans les 30 jours qui suivent le dépôt de la demande de médiation<sup>59</sup>. À noter que ce délai ne peut pas être respecté dans les faits et que le Conseil fédéral a corrigé ce court délai dans une ordonnance qui entre en vigueur le 1er juillet 2011. Nous reviendrons sur cette question dans la partie « mise en œuvre » de ce travail.

Si l'autorité envisage de ne pas suivre la recommandation, elle rend, dans les 20 jours, une décision susceptible de recours au Tribunal administratif fédéral. Si le demandeur n'est pas d'accord avec la recommandation, il peut demander, dans les 10 jours, que l'autorité rende une décision susceptible de recours<sup>60</sup>.

## B) Analyse des dispositions légales **genevoises**

### 1) Genèse et ancrage juridique

La *Loi sur l'information du public et l'accès aux documents*<sup>61</sup> (ci-après : LIPAD), est entrée en vigueur le 1er mars 2002, ce qui fait de Genève le **canton pionnier de la transparence en Suisse romande**, hormis le canton bilingue de Berne. La première motion parlementaire ayant été déposée en 1977 déjà, il a fallu plus de 20 ans pour que le principe soit concrétisé dans une loi<sup>62</sup>.

La loi ne repose pas sur une disposition constitutionnelle topique ce qui ne fait pas du principe de transparence un droit fondamental au sens strict à Genève. Sans que cela soit précisé en préambule de la loi, le Grand Conseil a adopté cette loi sur la base de l'art. 78 de la Constitution

---

57 Art. 13 LTrans.

58 Art. 12 al. 2 OTrans.

59 Art. 14 LTrans.

60 Art. 15 LTrans.

61 Actuellement Loi cantonale genevoise du 5 octobre 2001 sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (=LIPAD ; RSG A 2.08).

62 Cf. SPOERRI (2007) p. 37-38.

cantonale<sup>63</sup> qui prévoit que le Grand Conseil « adopte, amende ou rejette les projets qui lui sont présentés par les députés ».

L'avant-projet de **nouvelle Constitution** actuellement en préparation contient un article consacré au droit d'accès aux documents officiels. Bien accueillie en consultation, l'inscription du principe de transparence a d'abord été refusée par la Constituante, faute de restriction clairement formulée. La commission chargée de cette question avait estimé que les restrictions habituelles aux droits fondamentaux (bases légales, intérêt public, proportionnalité) suffisaient à fonder les limites au droit d'accès en raison d'intérêts publics ou privés prépondérants. Cela n'a pas été l'avis de la (très courte) majorité de l'Assemblée constituante<sup>64</sup>. L'article en question a donc été formulé ainsi dans l'avant-projet : « Toute personne a le droit d'accéder aux documents officiels dans la mesure où aucun intérêt prépondérant, public ou privé, ne s'y oppose »<sup>65</sup>.

Une révision de la LIPAD ayant pour but d'inclure les dispositions cantonales sur la protection des données est entrée en vigueur le 1er janvier 2010. Le contenu concernant l'accès aux documents officiels n'a pas fondamentalement changé. C'est la loi révisée que nous analysons ci-dessous.

La loi ne possède pas de règlement d'application. Selon la préposée cantonale, ce n'est pas un frein à la mise en œuvre de la loi puisque cette dernière est suffisamment précise<sup>66</sup>.

## 2) Titulaires du droit d'accès

« Toute personne, physique ou morale » est **titulaire du droit d'accès**<sup>67</sup>. La domiciliation de la personne dans le canton (ou même en Suisse) n'est pas un critère. La question de l'exclusion des personnes morales (à but lucratif) a fait l'objet d'un changement de jurisprudence. Le tribunal administratif a refusé, en 2003, l'accès à des conventions tarifaires des Hôpitaux Universitaires genevois à une entreprise qui en faisait la demande, en justifiant que le but de la loi n'était pas de « favoriser la libre formation de l'opinion de[s] personnes morales à but lucratif »<sup>68</sup>. Cette jurisprudence a été renversée en 2005, rétablissant la qualité de titulaires aux personnes morales<sup>69</sup>.

## 3) Champ d'application personnel

La palette d'entités soumises à la transparence est très large à Genève. En plus des autorités exécutives, législatives et judiciaires cantonales et communales, le législateur a inclus toutes les personnes physiques ou morales ainsi que les organismes **chargés de remplir des tâches de droit public** cantonal ou communal<sup>70</sup>. En plus, le champ d'application est élargi à toutes les institutions de droit privé dans lesquelles le canton ou les communes détiennent une participation majoritaire, celles qu'ils subventionnent pour plus de 50 % (mais au moins à hauteur de Fr. 50'000 par année) et celles dans lesquelles des représentants de l'Etat ou des communes exercent un pouvoir de représentation important. Parmi les **216 institutions** recensées par les Préposées cantonales genevoises à la protection des données et à la transparence (ci-après : préposé genevois ou PPDT/GE), on trouve par exemple les hôpitaux, l'aéroport international, la banque cantonale ou encore certains théâtres<sup>71</sup>.

Les institutions privées auxquelles l'Etat a confié un mandat de prestations ne sont soumises à la loi que pour ces activités précises. Les institutions subventionnées soumises à la loi le sont, par contre, pour l'entier de leurs activités<sup>72</sup>.

63 Constitution de la République et canton de Genève (=Cst-GE ; RSG A 2 00).

64 Cf. les travaux de l'Assemblée constituante sur <http://www.ge.ch/constituante/> (31.05.2011) et notamment les mémoires des 3 juin 2010 et 16 novembre 2010.

65 Art. 28 al. 4 de l'avant-projet de nouvelle Constitution cantonale genevoise.

66 Entretien du 19 avril 2011 avec Mme Isabelle Dubois.

67 Art. 24 al. 1 LIPAD.

68 Arrêt du Tribunal administratif genevois (=TA/GE) ATA/48/2003 du 21 janvier 2003 = SJ 2003 I 475.

69 Arrêt du TA/GE ATA/621/2005 du 20 septembre 2005.

70 Art. 3, al. 2 LIPAD.

71 PPDT/GE (2010), p. 10. Liste non exhaustive.

72 Entretien du 19 avril 2011 avec Mme Isabelle Dubois.

#### 4) Champ d'application matériel

L'article 25 LIPAD définit les **documents accessibles** comme « tous les supports d'informations détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique ». Les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions sont donnés en exemples dans la loi, à l'inverse des notes à usage personnel, des brouillons ou autres textes inachevés et procès verbaux non approuvés qui ne constituent pas des documents officiels. La définition qui restreint l'accès aux seuls documents « contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique » semble écarter du champ d'application de la loi toute une série de documents détenus par les autorités. Le tribunal cantonal a par exemple décidé que les comptes des partis politiques ne sont pas des documents accessibles en vertu de la LIPAD pour cette raison<sup>73</sup>.

Concernant les documents n'existant que sous **forme électronique**, seule une impression sur support papier résultant d'une opération informatique simple constitue un document officiel accessible au sens de la loi<sup>74</sup>. Cela signifie à notre sens qu'une base de données informatique n'est, par exemple, pas accessible dans son format informatique original et complet.

La LIPAD ne contient pas de disposition qui limite le champ d'application temporel. Tous les documents détenus par l'administration sont donc accessibles, quelle que soit leur date de conception ou de réception.

#### 5) Limites au droit d'accès

Si le document demandé est *a priori* accessible en vertu de l'art. 25 LIPAD, son accès peut pourtant être refusé si une des clauses d'exception est réalisée. **Quatre exceptions à la communication** sont prévues dans le système genevois. L'article 26 LIPAD énonce comme raisons à l'exclusion du droit d'accès les cas où :

- a) la communication s'oppose à un **intérêt privé ou public** prépondérant ;
- b) les documents consistent en des notes entre les membres d'une **autorité collégiale** ou entre leurs administrations et cette autorité ;
- c) **une loi** fédérale ou cantonale fait obstacle à la communication des documents, ou
- d) la recherche des documents entraîne un **travail disproportionné**.

##### a) Intérêts privés ou publics prépondérants

La première clause d'exception, à caractère général, est la plus courante, la plus large et celle qui porte le plus à interprétation dans la mesure où l'autorité doit effectuer une pesée d'intérêts entre l'intérêt – public à la transparence – du demandeur et l'**intérêt privé ou public** potentiellement atteint par la communication d'un document. Presque chaque communication d'un document officiel pourrait en effet porter atteinte à un intérêt public ou privé. La question de savoir si cet intérêt est prépondérant est laissée à l'appréciation de l'autorité par cette clause générale. Il faut ici préciser que la communication d'un document équivaut, de fait, à sa publication puisqu'une fois le document communiqué, le demandeur est libre de le communiquer à d'autres personnes ou même de le publier<sup>75</sup>.

Pour guider la pesée d'intérêts, la loi liste<sup>76</sup> des exemples d'effets potentiels provoqués par la communication d'un document qui, de ce fait, violeraient un intérêt jugé prépondérant par rapport à l'intérêt du demandeur à avoir accès au document. L'accès doit être refusé si la communication risque de provoquer un de ces effets. Ici aussi c'est la technique du « test de

---

73 Arrêt du TA/GE ATA/634/2003 du 26 août 2003. Cet arrêt a été annulé par le Tribunal fédéral (arrêt 1P.601/2003 du 26 novembre 2003) qui a résolu le cas sans trancher cette question précise, les documents étant accessibles en vertu d'une autre loi.

74 Art. 25 al. 3 LIPAD.

75 Sous réserve des dispositions sur le droit d'auteur. Cf. à ce sujet BARRELET (2003).

76 Art. 26 al. 2 LIPAD.

préjudice » qui doit être employée pour évaluer ce risque<sup>77</sup>. Cette liste n'est pas exhaustive et l'autorité dispose, dans les autres cas, d'une marge de manœuvre importante.

### b) Intérêt public prépondérant

Les premiers exemples cités concernent les **intérêts publics prépondérants**. En ce sens, la communication d'un document doit être exclue si elle est propre à :

- mettre en péril la sécurité de l'Etat, la sécurité publique ou les relations extérieures ;
- mettre en péril les intérêts patrimoniaux d'une institution ;
- entraver notablement le processus décisionnel ou la position de négociation d'une institution ;
- compromettre le déroulement d'enquêtes prévues par la loi ;
- rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives, ou
- révéler des délibérations et votes intervenus à huis clos ou compromettre les intérêts ayant justifié le huis clos d'une séance.

Le renvoi aux lois concernant les procédures pose question. Pour les procédures administratives, la loi sur la procédure administrative prévoit en effet que « Les parties et leurs mandataires sont seuls admis à consulter au siège de l'autorité les pièces du dossier destinées à servir de fondement à la décision »<sup>78</sup>. Il semble donc que même après la décision, les documents restent exclus du droit d'accès. Pour le reste, cette liste contient des exemples tout à fait « standards ». Nous les analyserons en détail dans le cadre de la comparaison des lois<sup>79</sup>.

### c) Intérêt privé prépondérant

#### aa) Généralités

La loi reconnaît un **intérêt privé prépondérant** lorsque la diffusion du document est propre à :

- rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers ;
- porter atteinte à la sphère privée ou familiale ;
- révéler des informations sur l'état de santé d'une personne ;
- révéler des informations couvertes par des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, le secret fiscal, bancaire ou statistique ;
- révéler d'autres faits dont la communication donnerait à des tiers un avantage indu, notamment en mettant un concurrent en possession d'informations qu'il n'aurait pas obtenues dans le cours ordinaire des choses ; ou
- révéler l'objet ou le résultat de recherches scientifiques en cours ou en voie de publication.

La mention de l'effet de la communication d'un document sur **la concurrence** est inédite dans les lois étudiées dans ce travail. Il en va de même pour les **recherches scientifiques non publiées**.

Les autres exceptions étant communes aux lois examinées dans ce travail, nous les analyserons, ensemble, dans la partie de synthèse comparative<sup>80</sup>.

#### bb) Présence de données personnelles dans le document demandé

Si le document contient des **données personnelles**, le système est le suivant (cf. aussi le schéma à

<sup>77</sup> Cf. *infra* p. 46.

<sup>78</sup> Art. 44 de la loi cantonale genevoise du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (=LPA/GE ; RSG E 5 10).

<sup>79</sup> Cf. *infra* p. 46.

<sup>80</sup> Cf. *infra* p. 44.

la page suivante) :

Si la communication est propre à révéler des informations sur **l'état de santé** d'une personne, l'autorité doit tenter de caviarder le document. Si ce n'est pas possible, le document n'est pas transmis. Si les documents ne contiennent pas d'information sur l'état de santé, une pesée d'intérêts doit être effectuée. L'art. 26 al. 2 let. g postule que si la communication du document peut porter atteinte à la **sphère privée ou familiale, l'intérêt privé l'emporte**. Les travaux préparatoires indiquent que la présence d'éléments touchant à la sphère privée n'exclut pas automatiquement un document du droit d'accès<sup>81</sup>. Il s'agit d'un élément à prendre en compte dans la pesée d'intérêts générale prévue à l'art. 26 al. 1 LIPAD. Cette pondération des intérêts est la même que celle prévue à l'art. 39 al. 9 LIPAD auquel renvoie la règle de coordination introduite à l'art. 26 al. 2 let. f LIPAD. Il faut tout d'abord chercher si une disposition spéciale permet l'accès au document. Si c'est le cas, l'accès est accordé. Sinon, la personne concernée doit être consultée. L'art. 39 al. 10 LIPAD qui requiert le préavis du préposé avant d'effectuer la pesée d'intérêts n'est pas applicable selon nous puisque c'est l'art. 28 LIPAD qui règle la procédure d'accès aux documents et que ce préavis n'est pas prévu dans ce cadre. Sur cette base, l'intérêt public à la transparence doit être mis en balance avec l'intérêt privé de la personne concernée par la divulgation des données personnelles.

Si l'autorité arrive à la conclusion que les données personnelles ne doivent pas être transmises, elle doit tenter de les « caviarder » si cela est possible sans que la nature ou le sens du document soient déformés. Si l'autorité prévoit au contraire de communiquer les données, la personne concernée doit en être avertie et elle peut saisir le préposé – qui a été informé par l'autorité - en vue d'une médiation si elle estime qu'un de ses intérêts privés empêche cette communication. Le document n'est pas transmis pendant la procédure.

Dans la pratique, selon la préposée cantonale<sup>82</sup>, dès que des données personnelles sont présentes dans le document, l'autorité tente de les caviarder.

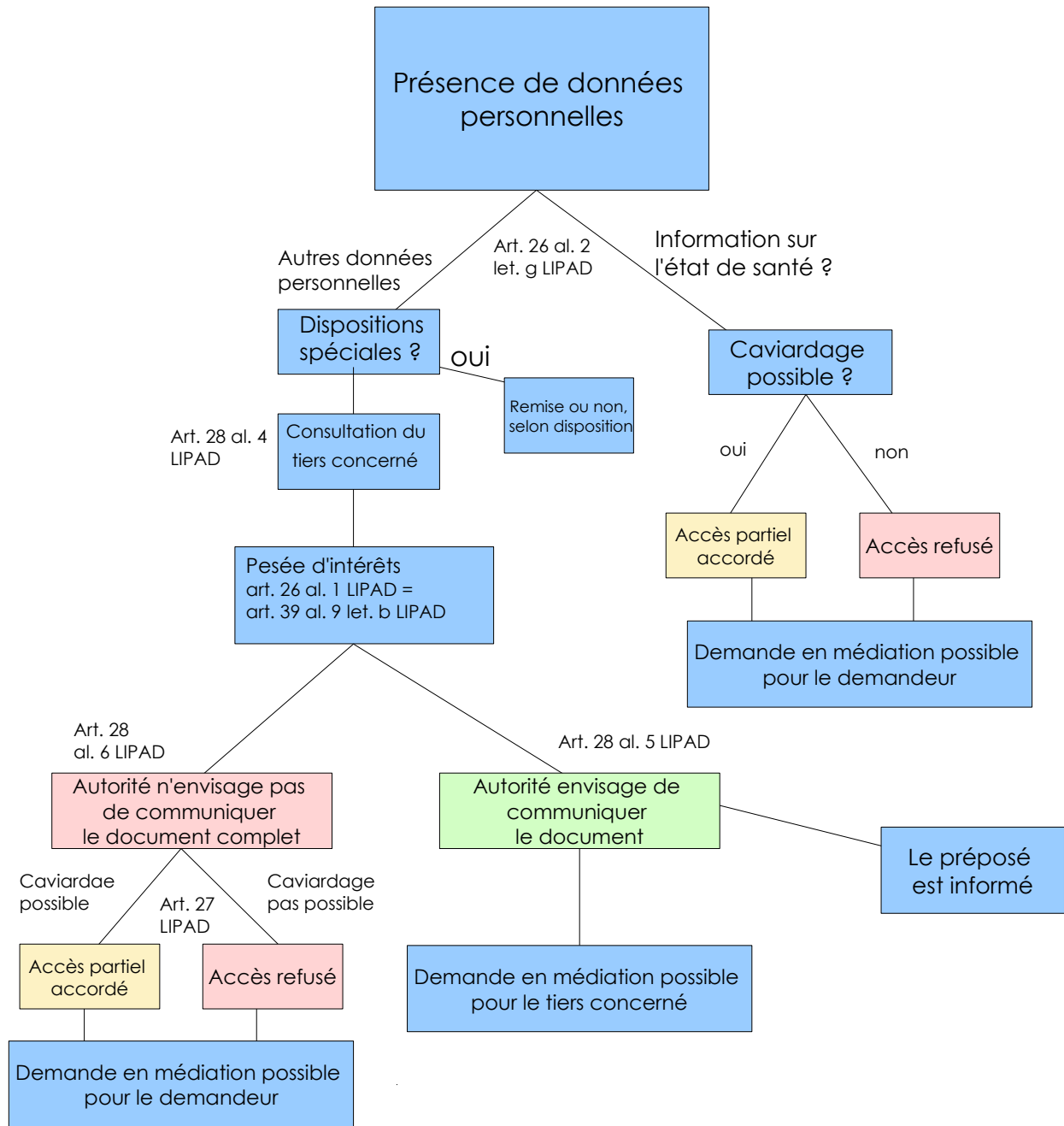
---

81 *Rapport LIPAD (2000)*, ad. art. 26 al. 2 let. g.

82 Entretien du 19 avril 2011 avec Mme Isabelle Dubois.



Schéma 2 : Système légal en cas de présence de données personnelles au niveau genevois.



#### d) Documents internes des autorités collégiales

La deuxième exception générale concerne les documents échangés entre les **membres d'une autorité collégiale** ou entre ces derniers et leurs collaborateurs. La loi vise ici à préserver la pleine liberté de l'activité de réflexion et d'élaboration des décisions.

#### e) Réserve d'autres lois

La troisième exception concerne la réserve des autres **lois cantonales ou fédérales**. Si une clause garantit le secret ou empêche la transmission d'un document, le document ne doit pas être transmis. C'est le cas par exemple pour les procès-verbaux du Conseil d'Etat ou des exécutifs

communaux (Conseils administratifs).

#### f) Travail disproportionné

La loi genevoise règle simplement le cas d'un travail jugé disproportionné : l'accès peut être refusé. La notion de **travail disproportionné** a été examinée deux fois par le Tribunal administratif genevois. Il a rappelé que cette exception ne devait être utilisée qu'avec restriction après une pesée d'intérêts. Il a estimé que la recherche, le tri et le caviardage de documents portant sur dix années d'activité de l'autorité de surveillance des Offices des poursuites étaient un travail disproportionné<sup>83</sup>. *A contrario*, le travail de recherche des dix dernières décisions dans un domaine bien particulier, estimé à six heures par l'autorité, ne constitue pas un travail disproportionné<sup>84</sup>.

### 6) Procédure

#### a) Généralités

La demande peut être déposée **sans exigence de forme, ne doit pas être motivée** et doit contenir des indications suffisantes pour identifier le document recherché. En cas de besoin, l'autorité peut demander la forme écrite.

L'institution doit « **traiter rapidement** » les demandes d'accès. Le législateur n'a pas défini de délai de réponse précis.

Lorsque l'institution **rejette la demande** d'accès, elle en informe le demandeur et lui indique la possibilité de saisir le préposé cantonal.

La consultation d'un document « sur place » est **gratuite**. Si le requérant demande des copies, un émolument dont le montant n'est pas précisé peut être facturé.

#### b) Médiation

**La procédure de médiation**, gratuite, peut être initiée soit par le demandeur qui n'obtient pas satisfaction, soit par une institution ou une personne tierce qui s'est opposée à la communication d'un document susceptible de compromettre des intérêts privés ou publics. Saisi d'une requête, le préposé genevois recueille alors « de manière informelle » les avis des personnes et institutions concernées. Le préposé a le droit de consulter, sur place, l'ensemble des documents concernés par la demande. Cet accès lui est garanti. En contrepartie, le préposé doit s'assurer du maintien de l'absolue confidentialité de ces documents aussi longtemps qu'une décision définitive n'a pas été prise.

La loi laisse ici une **large marge d'action** au préposé sur la méthode qu'il désire employer pour permettre aux parties de s'entendre. Nous verrons dans la deuxième partie de ce travail que les préposées genevoises actuelles ont mis au point une procédure particulière de médiation.

Si la médiation aboutit, l'affaire est classée. Sinon, le préposé genevois rend **une recommandation** écrite par rapport à laquelle l'institution concernée rend une décision dans les dix jours. C'est contre cette décision qu'un recours au Tribunal administratif cantonal peut être formé. Toutes les autres communications des institutions ne sont pas des décisions au sens formel et ne sont pas susceptibles de recours<sup>85</sup>.

---

83 Arrêt du TA/GE ATA/231/2006 du 2 mai 2006.

84 Arrêt du TA/GE ATA/307/2008 du 10 juin 2008.

85 Art. 60 al. 1 LIPAD.

## C) Analyse des dispositions légales **vaudoises**

### 1) Genèse et ancrage juridique

Du point de vue de la systématique, la *Loi sur l'information*<sup>86</sup> (ci-après : LInfo) qui règle l'accès aux documents officiels dans le canton de Vaud est ancrée sur des articles constitutionnels spécifiques. La loi sur l'information a pourtant été conçue parallèlement à la révision de la Constitution de 2003. L'origine de la loi découle d'une décision du Conseil d'Etat datant de 1996, qui institue le principe de transparence pour toute l'administration<sup>87</sup>. La loi a donc été votée et est **entrée en vigueur le 1er septembre 2003**, soit juste après l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution le 14 avril 2003<sup>88</sup>. Une révision de la loi à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi sur la protection des données, le 1er novembre 2008, en a précisé certains chapitres sans apporter de modifications majeures en matière de droit d'accès.

La loi est précisée par un règlement édicté par le Conseil d'Etat<sup>89</sup>. Ce règlement n'a pas été adapté lors de la modification de la loi et doit donc actuellement être considéré en partie comme obsolète<sup>90</sup>.

### 2) Dispositions constitutionnelles

La Constitution vaudoise comprend trois articles citant le principe de transparence des activités étatiques. L'art. 7, intitulé « principes de l'activité de l'Etat régie par le droit », postule que l'activité de l'Etat s'exerce « de manière transparente ». L'art. 17 Cst-VD institue au rang de droit fondamental celui, pour chacun, de « consulter les documents officiels, dans la mesure où aucun intérêt prépondérant, public ou privé, ne s'y oppose ». Enfin, le principe de transparence est à nouveau consacré à l'art. 41 puisqu'il lui est entièrement dédié. « L'Etat et les communes informent la population de leurs activités selon le principe de la transparence ».

En soi, les articles 7 et 41 indiquent des directions et une volonté du constituant, mais ne permettent pas de déduire un droit subjectif précis. La notion de « transparence » n'est d'ailleurs pas définie juridiquement.

L'article 17, par contre, instaure un **droit fondamental**, celui d'accéder aux documents officiels, dans la limite instituée. Cette disposition instaure un droit subjectif dont la violation ouvre la voie du recours, jusqu'au Tribunal fédéral<sup>91</sup>. À noter que le droit prévu constitutionnellement ne concerne que les « documents », alors que la loi va plus loin en donnant le droit à toute personne d'accéder aussi aux « renseignements et informations »<sup>92</sup>.

### 3) Titulaires du droit d'accès

Dans le canton de Vaud, le « public » est le **titulaire du droit d'accès**. Cela signifie que toute personne, physique ou morale, peut demander un document officiel. L'exposé des motifs nomme notamment les « autres autorités » dans le sens où la loi s'applique aussi aux procédures d'accès aux documents entre services cantonaux ou aux demandes d'accès provenant de commune, cantons ou autres entités.

### 4) Champ d'application personnel

La LInfo s'applique aux autorités législatives, exécutives et judiciaires cantonales et communales.

86 Loi cantonale vaudoise sur l'information du 24 septembre 2002 (=LInfo ; RSV 170.21).

87 *Exposé des motifs LInfo (2002)*, p. 1ss.

88 Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003 (=Cst-VD ; RSV 101.01).

89 Règlement cantonal vaudois d'application de la loi du 24 septembre 2002 sur l'information du 25 septembre 2003 (=RLInfo ; RSV 170.21.1).

90 Entretien du 3 mai 2011 avec M. Christian Raetz.

91 MAHON (2001), p. 20, note 34.

92 Cf. *infra* p. 28.

Les documents et informations concernant les activités juridictionnelles sont exclus du champ d'application.

Les personnes physiques ou morales auxquelles le canton a confié des **tâches publiques** sont également soumises à la loi, ce qui élargit notablement le champ d'application. Le règlement est obsolète à ce propos<sup>93</sup> puisqu'il délimite ces institutions en posant la condition que l'accomplissement des tâches publiques doit reposer sur une base légale. La liste publiée en annexe de ce règlement, qui comprend 19 institutions, n'est donc plus d'actualité. Le Préposé cantonal vaudois à la protection des données et à l'information (ci-après : préposé vaudois ou PPD/VD) n'a pas effectué de recensement. Le nombre d'institutions sera certainement moins élevé qu'à Genève puisque les institutions subventionnées qui répondent à certains critères ne sont pas automatiquement soumises à la loi, contrairement à Genève<sup>94</sup>. La notion de « tâches publiques » n'est pas clairement délimitée. Selon le préposé, un théâtre subventionné ne serait certainement pas soumis à la loi contrairement aux hôpitaux reconnus, par exemple<sup>95</sup>. Le Tribunal cantonal s'est récemment prononcé sur la question et a conclu que la « société d'aide sociale et culturelle » était soumise à la loi sur l'information. Cette association privée a pour mandat de répartir les bénéfices de la Loterie romande. Cette répartition est bien une tâche publique, prévue par des conventions intercantionales et des lois<sup>96</sup>.

## 5) Champ d'application matériel

L'article 8 LInfo donne le principe général : « Par principe, les renseignements, informations et documents officiels détenus par les organismes soumis à la présente loi sont accessibles au public. » On notera ici, outre la mention des **documents**, celle des **renseignements et informations**. Selon le préposé cantonal<sup>97</sup> la loi vaudoise va plus loin que la LTrans ou d'autres lois cantonales. De plus, la loi élargit le champ d'application prévu par la Constitution dans ce domaine puisque seuls les documents sont accessibles selon l'art. 17 Cst-VD. La mise à disposition obligatoire de renseignements et informations s'ajoute simplement aux documents clairement accessibles selon l'article constitutionnel.

La notion de « documents officiels » est définie clairement comme les documents à la fois **achevés, élaborés ou détenus par une institution** soumise à la loi, qui concernent une **tâche publique** et qui ne sont **pas destinés à un usage personnel**. La loi exclut les documents internes, notamment les courriers échangés entre une autorité collégiale et ses collaborateurs. Le règlement définit la notion de document interne comme « les notes et courriers échangés entre les membres d'une autorité collégiale, entre ces derniers et leurs collaborateurs ou entre leurs collaborateurs personnels, ainsi que les documents devant permettre la formation de l'opinion et de la décision d'une autorité collégiale »<sup>98</sup>. Selon le préposé vaudois, cette notion doit s'interpréter de manière très restrictive. Les échanges de courriers entre services ou au sein d'un même service devront donc être, en général, qualifiés de documents officiels<sup>99</sup>.

Les notions de **renseignements** et **d'informations** ne sont pas contre pas définies, ni dans la loi ni dans le règlement. Dans une décision rendue en 2010<sup>100</sup>, le préposé vaudois explique que la loi, l'exposé des motifs ou les débats parlementaires sont muets sur la portée de ce droit. Selon lui, cette notion élargit pourtant considérablement le champ d'application matériel de la loi<sup>101</sup>. « On doit toutefois admettre que les notions de renseignements et d'informations, synonymes, sont larges. Les renseignements peuvent porter sur des activités des autorités comme sur des documents qu'elles produisent ». Le cas concret illustre bien ce champ d'application étendu : un administré demandait au Service des eaux des renseignements complémentaires sur un tableau d'analyse des eaux publié sur internet. Le service a refusé de donner ces explications et lors de la

93 Entretien du 3 mai 2011 avec M. Christian Raetz.

94 Cf. *supra* p. 15.

95 Entretien du 3 mai 2011 avec M. Christian Raetz.

96 Arrêt du Tribunal administratif vaudois (=TA/VD) GE.2010.0026 du 12 janvier 2011.

97 Entretien du 3 mai 2011 avec M. Christian Raetz.

98 Art. 14 RLInfo.

99 Entretien du 3 mai 2011 avec M. Christian Raetz.

100 Décision du PPD/VD 09\_269 du 8 février 2010, X. c/ Service des eaux, sols et assainissements (SESA).

101 Entretien du 3 mai 2011 avec M. Christian Raetz.

procédure de conciliation, le préposé vaudois a considéré que le service devait finalement informer le demandeur sur l'existence ou non d'une contradiction sur un point précis de deux documents et, « le cas échéant, en expliquer brièvement les motifs ».

Les « services » doivent tenir une **liste des documents** qu'ils émettent et qu'ils détiennent en indiquant lesquels sont potentiellement exclus de la consultation<sup>102</sup>. Cette disposition réglementaire permet aux personnes intéressées de connaître les types de documents existants et de surmonter ainsi, en partie, une difficulté majeure dans le domaine de l'accès aux documents officiels, celle de pouvoir désigner le document recherché. Cela permet également aux institutions soumises de clarifier quels documents sont ou non disponibles et de créer une « transparence de la transparence ». PASQUIER ET VILLENEUVE détaillent, parmi les stratégies des organisations pour éviter l'accès à l'information, la « transparence laborieuse »<sup>103</sup>. Des dossiers perdus ou non classés sont autant de raisons impliquant des refus de l'administration à l'accès à un document officiel. Le canton de Vaud, par l'imposition de cette liste, clarifie, en théorie, la situation, autant pour le demandeur que pour l'organisation soumise à la loi. Force est pourtant de constater que les listes existantes restent très génériques et que pour certaines institutions externes, les listes ne sont pas publiées. Pour l'instant, selon le préposé vaudois, personne ne contrôle l'existence de ces listes ou leur conformité à la situation réelle. Leur contenu est indicatif et ne lie pas les autorités de recours.

La LInfo ne contient pas de disposition qui limite le champ d'application temporel. Tous les documents détenus par l'administration sont donc accessibles, quelle que soit leur date de conception ou de réception.

## 6) Limites au droit d'accès

La loi vaudoise prévoit deux clauses d'exceptions :

- a) la réserve d'autres lois qui limitent ou excluent le droit d'accès<sup>104</sup>, ou
- b) l'existence d'un intérêt public ou privé prépondérant<sup>105</sup>.

### a) Réserve des autres lois

On notera que le texte légal évoque des lois qui restreignent ou excluent **la transmission d'informations** ou **l'accès à des documents officiels**. Les dispositions sur le droit d'auteur sont citées en exemple. Les procès-verbaux du Conseil d'Etat sont aussi exclus de la consultation par la loi d'organisation du Conseil d'Etat<sup>106</sup>. Les documents ayant trait aux procédures administratives en cours sont également soustraits du droit d'accès à teneur d'une disposition spécifique de la loi sur la procédure administrative<sup>107</sup>.

### b) Intérêts publics ou privés prépondérants

La clause générale d'exception prévoit que la décision de ne pas transmettre (ou de limiter la transmission) doit rester **exceptionnelle**. Cette formulation a été débattue lors de la révision de la loi de 2007, le Conseil d'Etat proposait en effet de biffer ce qualificatif. Il a néanmoins été maintenu par le Grand Conseil et le préposé vaudois y voit une volonté expresse du législateur : les limites au droit d'accès ne doivent être admises qu'avec restriction<sup>108</sup>. De plus, la loi liste **exhaustivement** les situations où l'intérêt est prépondérant.

---

102 Art. 13 RInfo.

103 PASQUIER / VILLENEUVE (2005), p. 6.

104 Art. 15 LInfo.

105 Art. 16 LInfo.

106 Art. 49 de la loi cantonale vaudoise du 11 février 1970 sur l'organisation du Conseil d'Etat (=LOCE; RSV 172.115).

107 Loi cantonale vaudoise sur la procédure administrative (=LPA/VD ; RSV 173.36). Son art. 35 al. 2 prescrit que « La loi sur l'information n'est pas applicable à la consultation des dossiers en cours de procédure ».

108 Entretien du 3 mai 2011 avec M. Christian Raetz.

### c) Intérêt public prépondérant

En ce qui concerne l'**intérêt public**, il s'agit des cas où la communication des informations ou documents est susceptible de :

- perturber sensiblement le processus de décision ou le fonctionnement des autorités ;
- compromettre la sécurité ou l'ordre public ;
- occasionner un travail manifestement disproportionné, ou
- perturber les relations avec d'autres entités publiques.

Rédigée de manière concise, cette liste semble pourtant couvrir l'ensemble des besoins de restrictions du droit d'accès en matière d'intérêt public. Nous détaillerons la portée de ces exceptions et le mécanisme du « test de préjudice », qui se retrouvent dans les autres lois, dans la partie comparative<sup>109</sup>.

### d) Intérêt privé prépondérant

#### aa) Généralités

L'**intérêt privé** est jugé prépondérant lorsque la communication porte atteinte à :

- la protection contre une atteinte notable à la sphère privée, sous réserve du consentement de la personne concernée ;
- la protection de la personnalité dans des procédures en cours devant les autorités, ou
- au secret commercial, au secret professionnel ou à tout autre secret protégé par la loi.

Cette liste contient les éléments habituels de restrictions au droit d'accès que nous analyserons globalement plus bas.

#### bb) Présence de données personnelles dans le document demandé

L'exception à la transmission d'un renseignement ou d'un document en cas de présence de données personnelles, n'est pas automatiquement réalisée. Il faut en effet que leur transmission présente une « atteinte notable à la sphère privée »<sup>110</sup>. Si elle juge que l'atteinte est notable, l'institution doit tenter de masquer les données en cause<sup>111</sup>. Si ce n'est pas possible, le document n'est pas transmis. Si elle juge que la transmission du document ne porte pas notablement atteinte à la sphère privée de la personne concernée et qu'elle projette de transmettre le document non anonymisé, elle doit en informer la personne concernée qui dispose de dix jours pour former une éventuelle opposition en vertu de la loi sur la protection des données<sup>112</sup>. L'opposition doit être transmise au préposé cantonal ou directement au tribunal (cf. aussi le schéma à la page suivante).

Dans la pratique, le préposé indique que par respect du principe de proportionnalité, comme à Genève, un caviardage s'avère le plus souvent être la meilleure solution si le requérant ne demande pas expressément le document non anonymisé<sup>113</sup>.

A noter que cette procédure n'est pas parfaitement coordonnée avec la loi sur la protection des données personnelles<sup>114</sup>. L'art. 15 al. 1 LprD/VD liste les cas dans lesquels les données personnelles peuvent être communiquées à des tiers. La loi est par contre muette sur les restrictions de communication des données personnelles qui seraient réservées via l'art. 15 LInfo. C'est donc la disposition spécifique de la LInfo sur la protection de la sphère privée qui s'applique. L'art. 15 al. 1 LprD/VD décrit ainsi certains cas où l'atteinte à la sphère privée ne doit pas être considérée comme notable, sans en exclure d'autres. L'autre avis serait défendable : l'art. 15 LprD/VD exclurait

109 Cf. *infra* p. 46.

110 Art. 16 al. 3 let. a LInfo.

111 Art. 17 LInfo.

112 L'art. 16 al. 4 et 5 LInfo renvoient aux art. 31 et 32 de la Loi cantonale vaudoise sur la protection des données personnelles du 11 septembre 2007 (=LprD/VD ; RSV 172.65).

113 Entretien du 3 mai 2011 avec M. Christian Raetz.

114 Art. 15 al. 1 et 2 LprD/VD.

implicitement tous les autres motifs de communication de telles données et il s'agirait d'une disposition spéciale implicite. Mais puisque la loi sur la protection des données contient, comme la LInfo, une norme qui réserve les dispositions d'autres lois<sup>115</sup>, il faut à notre avis s'en tenir à la lettre des textes.

Confronté à une demande d'accès contenant des données personnelles, si l'autorité juge que l'atteinte à la personne concernée n'est pas notable, comment doit-elle réagir ? Doit-elle suivre la LInfo et transmettre le document complet ou considérer que la transmission de données personnelles est implicitement restreinte par la loi sur la protection des données personnelles et rechercher un intérêt prépondérant (à la transparence en l'occurrence) du demandeur<sup>116</sup> ?

Les travaux préparatoires n'apportent pas de réponse à cette question et le cas devra être réglé par la pratique, la jurisprudence et une éventuelle adaptation des lois. Selon le préposé, cela illustre bien les problèmes que peut poser la double casquette d'un préposé<sup>117</sup>. Dans ce cas-là, on est en effet en présence de deux droits fondamentaux qui s'opposent et dont la coordination légale n'est pas parfaite.

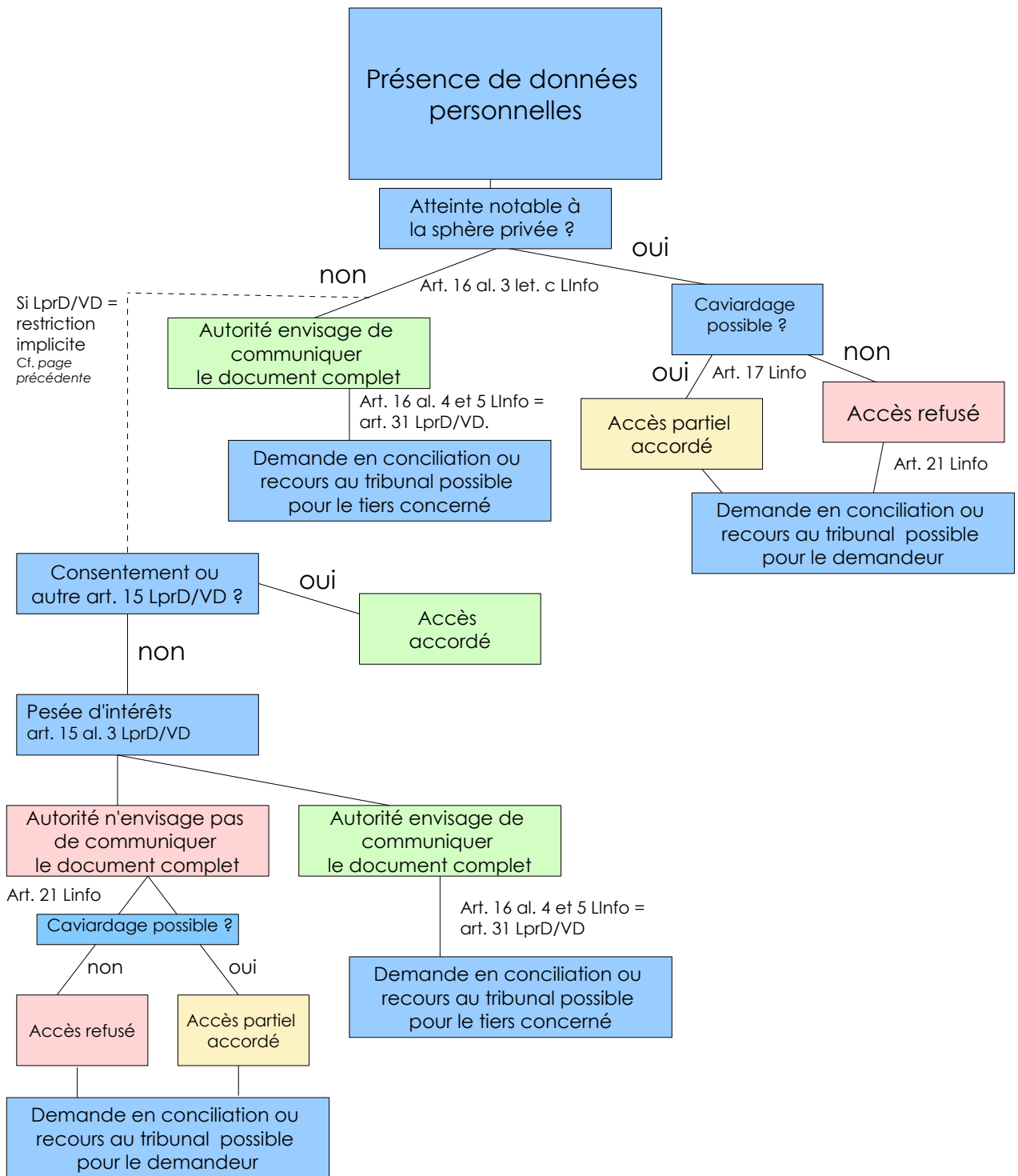
---

115 Art. 15 al. 1 let. a LprD/VD.

116 Art. 15 al. 1 let. c LprD/VD.

117 Entretien du 3 mai 2011 avec M. Christian Raetz.

Schéma 3 : Système légal en cas de présence de données personnelles au niveau vaudois





## 7) Procédure

### a) Généralités

La demande n'est soumise à **aucune exigence de forme**. En cas de besoin, une autorité peut toutefois demander qu'elle soit formulée par écrit. Elle n'a pas à être motivée. La demande doit contenir des indications suffisantes à l'identification du document demandé.

L'autorité répond « aussi rapidement que possible »<sup>118</sup>, mais dans tous les cas **dans les quinze jours**. Ce délai peut être exceptionnellement doublé dans les cas complexes. Le demandeur doit alors en être informé. L'autorité doit en outre tenir compte si possible des délais rédactionnels en cas de demandes d'accès des médias.

La consultation s'effectue **sur place** ou par l'obtention de **copies**.

En principe, l'accès aux documents officiels est **gratuit**. Un émolument peut toutefois être demandé si un travail important est nécessaire, en cas de demandes répétitives ou lorsqu'une copie est demandée. Le règlement détaille le montant des émoluments : dès que la demande occasionne plus d'une heure de recherche, un émolument de Fr. 40.- / heure peut être demandé jusqu'à quatre heures, puis Fr. 60.- / heure. Les vingt premières copies sont gratuites, puis 20 centimes par copie sont ensuite demandés. En cas d'émolument prévisible, l'autorité informe le demandeur. Ceci implique tacitement que le demandeur pourrait alors renoncer à sa requête. Une exception est prévue pour les médias qui bénéficient de la gratuité dans tous les cas.

### b) Conciliation

Lorsqu'une autorité refuse, accorde partiellement ou diffère la communication, elle doit en informer par écrit le requérant en indiquant les motifs. Une copie de la décision négative doit être envoyée au préposé cantonal.

La loi prévoit que les demandes concernant le Conseil d'Etat, le Grand Conseil ou le Tribunal cantonal sont traitées directement et définitivement par ces instances. Seul le recours au Tribunal fédéral serait ouvert pour leurs décisions<sup>119</sup>. Concernant les décisions des communes, seul le recours auprès du Tribunal cantonal est possible. Il existe un doute d'interprétation concernant la possibilité de saisir le préposé vaudois en ce qui concerne les décisions des institutions parapubliques soumises à la loi. Avant la modification de 2007, la loi ne permettait de saisir la Commission restreinte de médiation que pour les refus de l'administration cantonale, comme l'indique le titre de la section concernée de la loi : « demandes portant sur l'activité de l'administration cantonale ». Les travaux législatifs laissent penser que l'ajout d'autres autorités à l'art. 20 LInfo ne concerne pas le recours au préposé, mais seulement la décision argumentée nécessaire<sup>120</sup>.

La possibilité de recours auprès du préposé vaudois pour tenter une conciliation est donc relativement restreinte, puisqu'elle ne concerne en principe que les demandes d'accès à des documents de l'administration cantonale au sens strict.

Le demandeur peut recourir auprès du préposé cantonal ou directement au Tribunal cantonal. Cela signifie que **la procédure de conciliation est facultative**. Le législateur ayant clairement modifié le terme de « médiation » qui prévalait avant la modification de la loi en « conciliation », le préposé ne suit pas les règles de la médiation au sens strict, mais effectue plutôt une conciliation de type judiciaire. Pour cela, il peut accéder aux documents en cause et recueillir toutes les informations nécessaires. Il organise le plus souvent une séance de conciliation, qui n'est pas obligatoirement prescrite par la loi et tente d'amener les parties à un accord, sans préjuger du cas. Si la conciliation n'aboutit pas, le préposé rend une décision, susceptible de recours au Tribunal cantonal. Seul le demandeur peut recourir, contrairement à l'autorité. Cette dernière doit exécuter la décision sans autre possibilité, le droit de recours d'une autorité devrait en effet être

---

118 Art. 12 LInfo.

119 Art. 22, 24 et 25 LInfo. À noter que ces dispositions ne semblent pas compatibles avec les dispositions fédérales en matière de procédure judiciaire (cf. *infra* p.48).

120 Voir à ce sujet le procès-verbal du Grand Conseil vaudois, séance du 4 septembre 2007, p. 53.

expressément prévu par la loi, ce qui n'est pas le cas ici<sup>121</sup>.

La procédure de conciliation et la procédure de recours auprès du Tribunal cantonal sont gratuites.

## D) Analyse des dispositions légales **neuchâteloises**

### 1) Genèse et ancrage juridique

Le préambule de la loi neuchâteloise fait référence à six articles constitutionnels. Concernant le volet de l'accès aux documents officiels, c'est l'article 18 de la nouvelle Constitution<sup>122</sup> entrée en vigueur le 1er janvier 2002 qui énonce clairement le nouveau droit fondamental d'accès aux documents officiels. Se basant sur cette disposition, un règlement du Conseil d'Etat prévoyait déjà la transparence de l'administration cantonale dès 2001, mais il semble que le droit d'accès n'ait jamais été utilisé<sup>123</sup>.

Près de six ans ont été nécessaires pour que ce droit ancré dans la Constitution soit concrétisé dans une loi. La *Loi sur la transparence des activités étatiques*<sup>124</sup> est entrée en vigueur le 1er octobre 2007. Elle possède un règlement d'application<sup>125</sup>. Une première révision de la loi est entrée en vigueur le 1er décembre 2008 (à l'occasion de l'adoption de la loi sur la protection des données) et a introduit la procédure de conciliation, inexistante jusqu'à cette date.

Pour le futur, un projet de convention inter-cantonale entre le Jura et Neuchâtel au sujet de la protection des données et de la transparence est en cours. Cette convention remplacerait les lois actuelles des deux cantons et prévoit une autorité unique, basée aux Breuleux. La phase de consultation est terminée<sup>126</sup> et la convention devrait être examinée dans les mois prochains par les législatifs jurassiens et neuchâtelois. Au niveau des dispositions sur l'accès aux documents, le projet propose une modification importante en terme de procédure<sup>127</sup>. L'élargissement du droit d'accès à toutes les entités para-étatiques constituerait également une grande nouveauté pour Neuchâtel et lui permettrait d'être compatible avec la Convention d'Aarhus<sup>128</sup>. Les autres principes ne changeraient pas si ce n'est la restriction pour les notes internes qui ne constitueraient plus des documents officiels alors qu'elles ne sont pas exclues formellement du droit d'accès actuellement à Neuchâtel.

### 2) Dispositions constitutionnelles

L'article 18 de la Constitution neuchâteloise a la teneur suivante : « Toute personne a le droit de consulter les documents officiels, dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose. La loi règle ce droit à l'information ». Le rapport de la « Commission Constitution » au Grand Conseil<sup>129</sup> explique que ce nouveau droit fondamental institue une innovation sensible en renversant le principe du « secret sous réserve de publicité » au profit de la « publicité sous réserve de secret ». La Commission est convaincue qu'il s'agit d'un droit qui constitue un élément essentiel de la démocratie. Selon le rapport, son introduction s'inspire de la nouvelle Constitution bernoise. Ce principe a été très favorablement accueilli durant la procédure de consultation. Aucun débat n'a eu lieu sur cette question durant les délibérations du Grand Conseil si ce n'est par rapport à une question annexe liée à l'archivage<sup>130</sup>. La deuxième phrase de l'article implique que le droit n'aurait pas pu être invoqué en justice avant que la loi ne soit entrée en vigueur. En l'absence

121 Entretien du 3 mai 2011 avec M. Christian Raetz pour tout le paragraphe.

122 Constitution de la République et Canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000 (=Cst-NE ; RSN 101).

123 Règlement concernant la communication du Conseil d'Etat et de l'administration cantonale du 26 mars 2001 (FO/NE 2001 No 24). Cf. CHANCELLERIE NE (2008), p. 6.

124 Loi cantonale neuchâteloise du 28 juin 2006 sur la transparence des activités étatiques (=LTAE ; RSN 150.50).

125 Règlement d'exécution de la loi sur la transparence des activités étatiques (=RELTAE ; RSN 150.500).

126 Cf. <http://www.ne.ch/neat/site/jsp/rubrique/rubrique.jsp?styleType=bleu&CatId=5466> (31.05.2011).

127 Si la conciliation échoue devant le préposé, c'est une commission ad hoc qui tranche. Cf. art. 40 ss du projet (note 126).

128 Cf. FLÜCKIGER (2009), p. 756.

129 COMMISSION CONSTITUTION/NE (1999).

130 Bulletin officiel des délibérations du Grand Conseil neuchâtelois, 1999-2000, Tome 1, p. 2771.

d'applicabilité directe, ce droit fondamental est donc en quelque sorte « resté au frigo » pendant plus de cinq ans<sup>131</sup>. De toute manière, même en l'absence de cette phrase, la formulation constitutionnelle du droit d'accès aux documents officiels est certainement trop peu précise pour être justiciable sans concrétisation législative<sup>132</sup>.

L'article 51 Cst-NE, qui impose aux autorités un devoir d'information, concerne l'information active<sup>133</sup>. Le rapport de la Commission indique qu'elle est pensée comme un complément à l'information passive : « Le devoir d'information prescrit par l'article 51 va plus loin que l'obligation qui correspond au "droit à l'information" garanti par l'article 18. C'est justement quand les administrés ne peuvent pas se prévaloir d'un droit fondamental pour obtenir une information que l'obligation générale de l'article 51, quoique dénuée de sanction judiciaire, prend toute sa signification »<sup>134</sup>. On comprend ainsi que les travaux du Conseil d'Etat ou des commissions, dont les procès-verbaux ne sont pas accessibles selon la loi sur la transparence, sont concernés par cette disposition. Ces autorités doivent informer suffisamment sur leurs travaux même si tous leurs documents ne sont pas soumis au droit d'accès.

### 3) Titulaires du droit d'accès

**Toute personne** est titulaire du droit d'accès aux documents officiels. Les personnes physiques et morales sont donc concernées, quels que soient leur nationalité, domicile, âge ou, pour les personnes morales, leur forme juridique.

### 4) Champ d'application personnel

Les **autorités soumises à la loi** se limitent aux autorités exécutives, législatives et judiciaires cantonales, aux communes et aux groupements d'autorités. Les institutions para-étatiques chargées d'effectuer des tâches publiques telles que l'Université ou l'Hôpital neuchâtelois ne sont ainsi pas soumises à la loi.

### 5) Champ d'application matériel

Le droit d'accès concerne les **documents officiels**. Toutes les **informations** détenues par une autorité et **relatives à l'accomplissement d'une tâche publique** sont considérées comme des **documents officiels**. La loi donne en exemple les rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions. *A contrario*, les documents qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration, qui sont destinés à l'usage personnel ou qui font l'objet d'une commercialisation n'en sont pas.

La LTAE ne contient pas de disposition qui limite le champ d'application temporel. Tous les documents détenus par l'administration sont donc accessibles, quelle que soit leur date de conception ou de réception.

### 6) Limites au droit d'accès

La loi neuchâteloise prévoit cinq exceptions au droit d'accès :

- a) l'accès aux documents officiels ayant trait aux procédures judiciaires, juridictionnelles administratives et d'arbitrage est régi par les lois spéciales et les codes de procédure ;
- b) les procès-verbaux des séances non publiques ne sont pas accessibles ;
- c) les dispositions d'autres lois qui déclarent secrètes (ou accessibles à certaines conditions)

---

131 BARRELET (2005), p. 162 et note 17.

132 VORBRODT STEZLER (1999), cité par MAHON (1999), note 845.

133 « Devoir d'information. Les autorités cantonales sont tenues de donner au public des informations suffisantes sur leurs activités ».

134 Commission Constitution/NE (1999), deuxième partie, art. 51.

certaines informations sont réservées ;

- d) l'accès à un document officiel est refusé lorsqu'un intérêt public ou privé prépondérant l'exige ; ou
- e) l'accès au document officiel exige un travail manifestement disproportionné de l'autorité.

#### a) Documents ayant trait aux procédures

La loi renvoie aux lois spécifiques pour l'accessibilité des documents ayant trait aux procédures judiciaires, juridictionnelles administratives et d'arbitrage qui sortent donc du champ d'application<sup>135</sup>. Les documents concernant les procédures administratives de première instance sont par contre soumis à la loi sous réserve des autres exceptions puisque rien n'est mentionné à leur sujet. La loi sur la procédure administrative<sup>136</sup> détaille de quelle manière les parties ont accès aux pièces du dossier, mais ne restreint pas l'accès pour les tiers. En l'état de nos connaissances, ces documents sont donc soumis au droit d'accès, y compris en cours de procédure.

#### b) Procès-verbaux des séances non publiques

Les procès-verbaux des séances non publiques ne sont pas accessibles<sup>137</sup>. La loi règle également quelles séances sont ou non publiques<sup>138</sup>. Les seuls **procès-verbaux** auxquels il est possible d'accéder sont donc ceux du Grand Conseil, des Conseils généraux communaux et des audiences et prononcés de jugements (sauf exceptions), pour autant que le huis clos n'ait pas été prononcé. Toutes les autres séances des autorités sont non publiques. Les procès-verbaux des différentes commissions, du Conseil d'Etat ou des Conseils communaux sont donc exclus du droit d'accès.

#### c) Réserves d'autres lois

Les dispositions d'autres lois sont réservées. La loi d'organisation du Grand Conseil<sup>139</sup> qui laisse le soin aux commissions de définir les limites d'accessibilité de leurs débats, quel qu'en soit le support, est par exemple citée dans le rapport du Conseil d'Etat<sup>140</sup>. La loi sur le contrôle des finances prévoit expressément que les documents du contrôle cantonal des finances « ne sont pas accessibles en vertu de la législation en matière de transparence des activités étatiques »<sup>141</sup>. La loi sur les archives de l'Etat<sup>142</sup> limite également le droit d'accès, mais d'une autre manière : au moment d'archiver les documents, un choix s'opère et des documents non sélectionnés sont détruits. Ils sont donc, dès ce moment-là, soustraits du droit d'accès.

#### d) Intérêt public ou privé prépondérant

Le système neuchâtelois fonctionne en la matière avec une **clause générale d'exception complétée** par deux listes d'exemples.

---

135 Art. 20 al. 2 LTAE. L'alinéa 2 de l'article 20 de la LTAE publiée dans le recueil systématique neuchâtelois en ligne a la teneur suivante : « L'accès aux documents officiels ayant trait aux procédures judiciaires, juridictionnelles, administratives et d'arbitrage est régi par les lois spéciales et les codes de procédure ». Nous avons été étonné par cette disposition puisque dans les autres entités étudiées, les procédures administratives de première instance ne sont que rarement complètement exclues du droit. C'est en étudiant en détail les débats parlementaires que nous avons compris qu'une erreur s'était glissée dans la loi publiée en ligne : la virgule figurant entre les mots « juridictionnelles » et « administratives » n'apparaît pas dans le texte voté par le Grand Conseil ! Contacté, le service cantonal de la législation nous a confirmé l'erreur et assuré que cette virgule serait supprimée à la prochaine publication du recueil systématique.

136 Loi cantonale neuchâteloise du 27 juin 1979 sur la procédure et la juridiction administrative (=LPJA ; RSN 152.130).

137 Art. 20 al. 3 LTAE.

138 Art. 4 LTAE.

139 Loi cantonale neuchâteloise d'organisation du Grand Conseil du 22 mars 1993 (=OGC ; RSN 151.10), art. 21 al. 2.

140 Rapport LTAE (2006), p. 16.

141 Art. 24 de la Loi cantonale neuchâteloise du 3 octobre 2006 sur le contrôle des finances (=LCCF ; RSN 601.3).

142 Art. 3 de la Loi cantonale neuchâteloise du 9 octobre 1989 sur les archives de l'Etat (=LArch ; RSN 442.20).

### e) Intérêt public prépondérant

En **matière publique**, un intérêt prépondérant est reconnu notamment lorsque l'accès au document peut :

- mettre en danger la sûreté de l'Etat ;
- compromettre la politique extérieure de l'autorité ;
- entraver l'exécution de mesures concrètes d'une autorité ;
- affaiblir la position de négociation d'une autorité , ou
- influencer le processus décisionnel d'une autorité.

Nous traiterons de chacune de ces exceptions dans la partie comparative<sup>143</sup>.

### f) Intérêt privé prépondérant

#### aa) Généralités

Un **intérêt privé** prépondérant est notamment reconnu lorsque :

- le document contient des données personnelles et que sa communication n'est pas autorisée par la législation relative à la protection des données, à moins que la communication ne soit justifiée par un intérêt public prépondérant ;
- l'accès révèle des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, ou
- l'accès divulgue des informations fournies librement par un tiers à une autorité qui a garanti le secret.

Il n'y a pas de spécificité neuchâteloise dans cette liste dont les exceptions sont tout à fait « standards ».

#### bb) Présence de données personnelles dans le document demandé

Si des **données personnelles** figurent dans le document, l'autorité doit tout d'abord se référer à la loi sur la protection des données pour savoir si la communication est ou non autorisée par cette dernière<sup>144</sup>. Cette loi autorise la communication par exemple si la personne concernée y a consenti ou s'il ne s'agit que des noms, prénoms, adresse et date de naissance<sup>145</sup>. Dans ce cas, l'autorité doit transmettre le document officiel directement avec les données personnelles. Si la loi sur la protection des données ne permet explicitement pas la communication des données, l'autorité doit effectuer une pesée d'intérêts<sup>146</sup> après avoir pris l'avis de la personne concernée<sup>147</sup>. Si, malgré l'opposition de la personne concernée, l'autorité arrive à la conclusion que l'intérêt public à la consultation du document complet prévaut sur l'intérêt privé de la personne concernée, la personne concernée est informée de cette intention. Elle a alors la possibilité de saisir le Préposé cantonal à la gestion de l'information (ci-après : préposé neuchâtelois ou PCGI/NE). Durant la procédure, l'autorité ne communique pas le document. (Cf. schéma page suivante).

Si l'autorité arrive à la conclusion que les données personnelles ne doivent pas être transmises, le document doit être « caviardé ». On parle alors d'un accès partiel, qui ouvre le droit au recours du demandeur. Si le document ne peut pas être caviardé sans perdre toute sa substance, l'accès est refusé.

A noter que comme dans les cantons de Genève et Vaud, la pratique décrite par le préposé est celle du caviardage d'office des éventuelles données personnelles si le demandeur n'a pas

---

143 Cf. *infra* p. 46.

144 L'art. 23 al. 3 let. a renvoie en effet à la Loi cantonale neuchâteloise du 30 septembre 2008 sur la protection des données (=LCPD ; RSN 150.30).

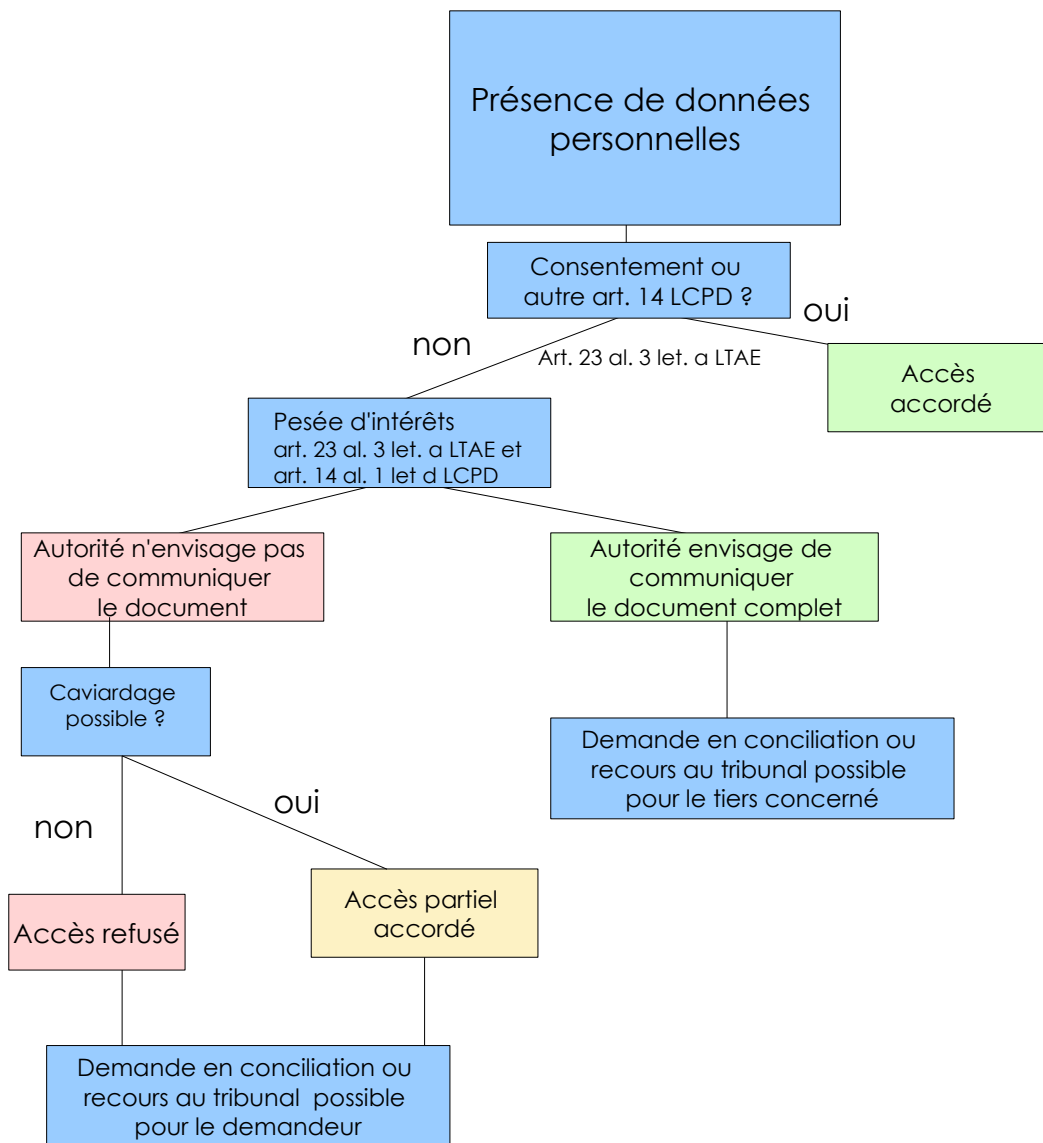
145 Art. 14 LCPD.

146 Cette pesée d'intérêts, dictée par deux dispositions différentes (art. 14, al. 1 let d LCPD et art. 23 al. 3 let. a LTAE), est la même, il s'agit de règles de coordination.

147 Art. 29 LTAE.

clairement requis des documents non anonymisés<sup>148</sup>.

Schéma 4 : Système légal en cas de présence de données personnelles au niveau neuchâtelois



#### g) Travail manifestement disproportionné

Le règlement définit le travail comme **manifestement disproportionné** lorsque l'autorité n'est pas en mesure, avec le personnel et l'infrastructure dont elle dispose ordinairement, de satisfaire à la demande d'accès sans entraver considérablement l'accomplissement de ses tâches.

<sup>148</sup> Entretien du 9 mai avec M. Christian Flueckiger.

## 7) Procédure

### a) Généralités

La demande d'accès n'est soumise à **aucune exigence de forme**. L'autorité peut toutefois demander qu'elle soit formulée par écrit. La demande **n'a pas à être motivée**, mais doit contenir les informations suffisantes permettant d'identifier le document demandé.

L'autorité doit traiter la demande avec « **diligence et rapidité** » et soutenir le demandeur dans sa démarche. Aucun délai chiffré de réponse n'est précisé dans la loi.

La consultation peut s'effectuer **sur place** ou par l'obtention de **copies**. Le règlement précise qu'il est autorisé de reproduire le document sur place, à la main ou en le photographiant par exemple.

Par principe, la consultation de documents est **gratuite**. Des émoluments sont demandés dès que le traitement de la demande occasionne plus d'une demi-heure de travail à l'autorité ou que des copies sont émises. Un tarif de Fr. 60.- par heure de travail (mais au maximum Fr. 300.- par demande) peut être demandé de même que 10 à 50cts par copie, selon le nombre de copies.

### b) Conciliation

Si l'autorité refuse, restreint, assortit de charge ou ne répond pas dans un délai raisonnable, le demandeur a deux solutions. Il peut recourir directement au tribunal administratif ou saisir le préposé neuchâtelois. Ce dernier assigne alors les parties à une **audience de conciliation systématique**. A cette occasion, le préposé tente d'amener les parties à un accord. Si c'est le cas, le procès-verbal de l'audience vaut décision définitive et exécutoire. Si ce n'est pas le cas, le préposé rend une décision sur le fond. Cette décision est susceptible de recours au Tribunal administratif.

La procédure auprès du préposé cantonal est gratuite.

La loi prévoit que le Conseil d'Etat, le Grand Conseil et le Tribunal cantonal statuent définitivement sur les demandes concernant leurs activités<sup>149</sup>. Il n'est pas possible de saisir le préposé cantonal en cas de refus de ces trois instances.

## E) Comparaison des dispositions légales des quatre entités

### 1) Ancrage juridique

On remarque que les lois vaudoise et neuchâteloise sont ancrées constitutionnellement. La situation vaudoise est particulière puisque la loi a été envisagée avant l'article constitutionnel qui constitue maintenant sa référence<sup>150</sup> et que la loi est plus large que la Constitution concernant le type d'informations accessibles<sup>151</sup>. Les principes de transparence au niveau fédéral et dans le canton de Genève ne sont pas de rang constitutionnel. Le droit d'accès n'y est donc pas un droit fondamental<sup>152</sup> qui se définit notamment par sa valeur juridique qualifiée du fait de son inscription dans la norme fondamentale d'un Etat, sa Constitution<sup>153</sup>. Outre l'aspect symbolique, on peut voir deux conséquences concrètes à cette différence :

- Dans les cantons où le droit d'accès est ancré dans la Constitution, le législateur ne peut pas modifier la loi à sa guise ou la supprimer. La teneur de la loi peut être contrôlée par un tribunal notamment en ce qui concerne les limites mises à ce droit qui doivent répondre

149 Art. 32 LTAE. Comme dans le canton de Vaud (cf. *supra* note 119), cette disposition ne semble pas compatible avec les dispositions fédérales en matière de procédure judiciaire (cf. *infra* p. 48).

150 Cf. *supra*, p. 27.

151 La loi inclut les « renseignements et informations » alors que la Constitution limite le droit d'accès aux « documents officiels ». Cf. *supra* p. 28.

152 Au niveau fédéral pourtant, la LTrans est classée dans le chapitre des droits fondamentaux du recueil systématique.

153 AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (2006), p. 6.

aux principes habituels de restriction des droits fondamentaux<sup>154</sup>.

- Le rang constitutionnel du droit d'accès aux documents officiels lui donne également un poids particulier. La concurrence des droits à la transparence et au respect de la sphère privée est forte, nous l'avons vu. Dans les cantons de Neuchâtel et Vaud, les deux droits sont de même niveau, constitutionnel, alors qu'en matière fédérale et genevoise, seul le droit à la protection des données est de rang constitutionnel. Nous verrons que cela n'est pas sans conséquence sur la législation, notamment dans le canton de Vaud. De plus, dans le cadre de l'interprétation des exceptions au droit d'accès, ce n'est qu'avec restriction et en retenant, dans le doute, une interprétation favorable au droit d'accès que l'autorité saisie devrait statuer, la transparence constituant un droit fondamental. La présence ou non du droit d'accès aux documents dans la Constitution peut donc influencer sa portée<sup>155</sup>.

Au niveau fédéral, il y a une autre conséquence : un article constitutionnel pourrait prendre en compte non seulement l'administration fédérale, mais aussi celles des cantons et des communes<sup>156</sup> et étendrait ainsi le droit d'accès à toute la Suisse, aux trois échelons du fédéralisme.

## 2) Buts

Les buts, que nous n'avons pas analysés en détail plus haut, sont énoncés de façon sensiblement similaire d'une loi à l'autre. La « **libre formation de l'opinion publique** » est citée dans les trois lois cantonales. Genève ajoute la notion de l'encouragement à la « participation à la vie publique ». La loi fédérale est plus laconique puisqu'elle « vise à promouvoir la transparence ».

Les travaux préparatoires insistent sur le renforcement démocratique et la consolidation de la **confiance** des citoyens envers les autorités. *In fine*, cette confiance renforcée devrait faciliter la mise en œuvre des politiques publiques, puisqu'elle favorise l'acceptation des mesures étatiques<sup>157</sup>. « Éveiller les citoyens à la chose publique »<sup>158</sup> est un des buts explicités dans le message neuchâtelois.

On perçoit donc la volonté de mettre en place le droit d'accès aux documents comme une option d'ouverture de l'Etat envers les administrés. Ceci devrait permettre aux administrations de mieux fonctionner. Le pari que l'on devine est qu'en jouant « cartes sur table », l'Etat pourrait être mieux compris, et ainsi se rapprocher des citoyens. Cette proximité serait indispensable pour que les projets de l'Etat soient mieux compris et acceptés.

## 3) Titulaires du droit d'accès

Concernant **les titulaires du droit d'accès**, la dénomination qui revient dans trois cas sur les quatre étudiés est celle de « toute personne ». La loi vaudoise titularise, elle, « le public ». On ne voit pas de différence entre ces deux dénominations. Pourtant, le message vaudois insiste sur le fait qu'en plus des personnes physiques ou morales, les autres autorités (services cantonaux, communes, cantons, voir autres autorités étrangères) sont également titulaires du droit d'accès<sup>159</sup>. A notre avis, cette précision n'est pas nécessaire puisque le principe général est clair : le droit d'accès est accordé à chacun sans considération de nationalité, de domicile ou d'âge par exemple. L'utilisation projetée du document n'est pas non plus un critère<sup>160</sup>. Il n'est pas nécessaire de s'identifier pour demander l'accès à un document et des demandes anonymes sont même envisageables, pour autant que l'autorité ne doive pas rendre une décision<sup>161</sup>. La jurisprudence genevoise restreignant l'accès à un document en raison de la qualité de personne morale du demandeur a d'ailleurs été rapidement

154 BARRELET (2005), p. 164 et MAHON (1999), p. 841.

155 VOLLERY (2009), p. 382.

156 VOLLERY (2009), p. 378. À noter que le projet d'article constitutionnel, finalement abandonné, ne prévoyait justement pas cette extension. Cf. note 35.

157 Message LTrans (2003), p. 1817.

158 Rapport LTAE (2006), p. 8.

159 Exposé des motifs LInfo (2002), p. 7.

160 MAHON/GONIN in BGÖ-Kommentar (2008), Art. 6 n<sup>os</sup> 20 ss.

161 PCGI/NE (2011), p. 5.



corrigée par le Tribunal cantonal<sup>162</sup>.

Le droit d'accès reconnu à chacun est étroitement lié au fait que les demandes d'accès n'ont pas à être motivées. En effet, soit un document peut être communiqué, soit une exception au droit d'accès est réalisée, dans l'absolu. Le précepte « access to one, access to all », cité par exemple dans le message genevois<sup>163</sup>, est donc l'un des piliers du principe de transparence.

#### 4) Champ d'application personnel

Les entités soumises à la loi varient fortement d'une loi à l'autre :

- A **Neuchâtel**, seuls l'Etat au sens strict et les communes sont concernés. Aucune institution para-étatique n'est soumise à la loi.
- Au **niveau fédéral**, en plus de l'administration, seules les institutions externes qui rendent des décisions au sens légal sont soumises à la loi, et pour les seuls domaines d'activités qui concernent ces décisions. Le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale sont exclus du champ d'application.
- Dans le canton de **Vaud**, les entités auxquelles l'Etat délègue des tâches publiques sont de ce fait soumises au principe de transparence en plus de l'administration cantonale et des communes.
- A **Genève**, le champ d'application est beaucoup plus large puisque les préposées cantonales ont recensé 216 institutions para-étatiques soumises à la loi. En plus de l'administration cantonale et des communes, il s'agit des organismes chargés de remplir des tâches de droit public cantonal ou communal, mais également de toutes les institutions subventionnées à plus de 50 % par l'Etat ou les communes<sup>164</sup>.

Nous sommes donc en présence d'une très large palette de solutions légales.

Neuchâtel est le plus restrictif des cas étudiés. Dans son rapport<sup>165</sup>, le Conseil d'Etat justifie ce choix « par souci de pragmatisme et d'économie », mais aussi, car la plupart des documents concernant les institutions para-étatiques se trouvent également auprès de l'autorité de tutelle soumise, elle, à la loi. On peine pourtant à s'accommoder de cette explication puisque si le but de loi est de favoriser la confiance des citoyens, ceux-ci devraient pouvoir accéder aux documents liés à toutes les actions financées, en tout ou en partie, par l'impôt. Le système neuchâtelois soustrait un large pan de l'activité indirecte de l'Etat au regard citoyen pourtant encouragé sur le principe. Le fonctionnement des hôpitaux, institutions au cœur des discussions politiques et par essence étatiques, en est un exemple parlant. Le projet de convention entre le Jura et Neuchâtel qui remplacerait l'actuelle loi élargit notablement le champ d'application puisque toutes les institutions para-étatiques telles que la Banque cantonale, les hôpitaux ou les institutions subventionnées telles que Caritas ou le CSP seraient également soumises à la loi<sup>166</sup>.

A l'inverse, au moins 216 institutions para-étatiques sont soumises à la loi à Genève. Selon la préposée genevoise, cela ne pose pas de problèmes particuliers<sup>167</sup>.

Au niveau fédéral, l'exclusion du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale du champ d'application est due à la volonté du législateur d'exclure du champ d'application les compétences primaires des trois pouvoirs de l'Etat<sup>168</sup>. Les débats du parlement indiquent à ce sujet que le Conseil fédéral a été exclu du champ d'application de la loi en raison de son caractère d'organe politique et non administratif<sup>169</sup>. Si les délibérations et tout ce qui permet de connaître la manière dont les décisions du pouvoir exécutif ont été prises doivent être tenus secrets pour des raisons de collégialité – ce qui explique d'ailleurs l'exclusion, logique, des documents afférents à la

162 Arrêts ATA/48/2003 du 21 janvier 2003 puis ATA/621/2005 du 20 septembre 2005 (revirement de jurisprudence).

163 *Rapport LIPAD (2000)*, art. 24.

164 Pour autant que la subvention atteigne Fr. 50'000.- par année.

165 *Rapport LTAE (2006)*, p. 8.

166 *Rapport Convention JU/NE (2010)*, pp. 4 et 5.

167 Entretien du 19 avril 2011 avec Mme Isabelle Dubois.

168 SÄGESSER in *BGÖ-Kommentar (2008)*, Art. 2 no 4 et ATF 133 II 209 / JdT 2008 I 132, cons. 3.2.

169 SÄGESSER in *BGÖ-Kommentar (2008)*, Art. 2 no 12.

procédure de co-rapport – , on peine à comprendre pourquoi ses autres documents – et notamment ses décisions – ne sont pas accessibles au public comme dans les cantons étudiés. En tant que « tête de l'administration », ses décisions sont pourtant l'essence même du processus administratif. La frontière entre l'organe politique et son administration n'est pas facile à percevoir. Quant au législatif, ses débats étant publiés, on ne comprend pas non plus pourquoi il ne s'est pas soumis lui-même au principe de transparence, comme dans les trois cantons étudiés. Les dispositions réglant la communication et le secret des débats des commissions législatives suffisent certainement à garantir le fonctionnement des institutions. Rappelons que les services du parlement, soit son administration, sont, pour leur part, soumis à la loi.

## 5) Champ d'application matériel

De manière générale, ce sont les **documents officiels** qui sont accessibles selon les lois prises en compte. La définition de ce terme est identique dans les lois étudiées, un document officiel étant toute information :

- détenue par une autorité soumise à la loi ;
- enregistrée sur un support ;
- qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique, et
- ayant atteint son stade définitif d'élaboration.

Les brouillons et documents à usage privé sont donc toujours exclus du droit d'accès. Le document ne doit pas forcément avoir été produit par l'autorité concernée. Le droit s'étend également à tous les documents reçus par l'institution soumise à la loi. Le demandeur ne peut pas demander à l'autorité de concevoir un document qui n'existe pas ou d'effectuer une traduction : le document doit exister au moment de la demande.

Il existe une différence sémantique par rapport au critère du lien avec une tâche publique. Contrairement aux trois autres lois examinées qui exigent que **le document** « concerne » ou « soit relatif à » l'accomplissement d'une tâche publique, la loi genevoise postule pour sa part que le document doit « contenir des **renseignements** relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique »<sup>170</sup>. On peut y voir une différence assez nette, comme le suggère un arrêt genevois<sup>171</sup>, puisque même si le document concerne l'accomplissement d'une tâche publique, il pourrait être exclu du droit d'accès si les renseignements qui y figurent sont de nature purement privée, ce qui n'est pas le cas dans les autres lois<sup>172</sup>, sous réserve des limites concernant l'intérêt privé prépondérant.

Une **limite temporelle** est fixée au niveau fédéral puisque seuls les documents produits ou reçus après l'entrée en vigueur de la loi sont accessibles. Ce n'est pas le cas dans les cantons examinés et cela constitue une différence importante du champ d'application. Cette non-rétroactivité est à notre avis garante de la sécurité juridique nécessaire à toute disposition légale, surtout à l'égard des tiers qui ont transmis des documents à l'administration. Les documents produits par l'administration ou envoyés à celle-ci avant l'entrée en vigueur l'ont été en tenant compte du principe du secret alors en vigueur. Les systèmes cantonaux, bien que plus « transparents », contiennent donc une rétroactivité juridiquement discutable.

Ce n'est pas la **forme d'enregistrement** des documents qui est pertinente pour en déduire ou non un droit d'accès, mais bien son contenu. Un courrier électronique ou une base de données informatique doivent par exemple être considérés de la même manière qu'une correspondance ou un registre sur papier. Il existe pourtant une exception prévue à Genève : seule une impression sur support papier résultant d'une opération informatique simple est accessible et non le fichier informatique complet. Au niveau fédéral et des autres cantonaux étudiés, il est par contre possible de demander un document sous forme électronique.

La loi vaudoise inclut les « renseignements et informations » dans son champ d'application matériel.

<sup>170</sup> Art. 25 al. 1 LIPAD.

<sup>171</sup> Arrêt du TA/GE ATA 634/2003 du 26 août 2003, cf. *infra* p.62.

<sup>172</sup> Cf. par exemple pour la LTrans *Message LTrans (2003)* p. 1837.

C'est une extension importante du droit subjectif à l'information passive de l'Etat qui ne se retrouve pas dans les autres entités étudiées. Les « renseignements » sur le contenu des documents, prévus à l'échelon fédéral, ne concernent en effet que les informations au sujet des documents eux-mêmes (existence ou non d'un document, nature du contenu du document...) et non pas les informations qui concernent des sujets généraux.

## 6) Limites au droit d'accès

Les exceptions aux droits d'accès sont insérées à des positions systématiques diverses dans les lois considérées. Par exemple, la non-communication des documents ayant trait aux procédures en cours est réglée dans le champ d'application personnel dans la loi vaudoise et dans le champ d'application matériel dans les autres lois. Par souci de comparabilité, nous avons regroupé tous les éléments qui concernent les limites au droit d'accès dans ce chapitre. Nous examinerons tour à tour chaque exception, en commençant par celles qui sont communes aux quatre lois examinées.

### a) Exceptions d'accès en raison d'autres lois qui prévoient le secret

Toutes les lois examinées prévoient que si **d'autres lois** réglementent l'accès à des documents, leurs dispositions sont réservées. Les lois sur l'accès aux documents officiels constituent ainsi des lois de principe auxquelles d'autres lois peuvent déroger. Les dispositions spéciales peuvent être plus strictes ou, au contraire, faciliter la consultation des documents. Outre les dispositions concernant l'accès au dossier dans les procédures (cf. ci-dessous), on trouve de telles dispositions dans les lois d'organisation des différentes autorités (accessibilité des procès-verbaux des exécutifs [GE], accessibilité des débats des commissions [NE]).

A noter qu'au niveau fédéral, les dispositions sur le secret de fonction, prévues à l'art. 22 LPers<sup>173</sup>, ne priment pas la loi sur la transparence. Il s'agit en effet de dispositions de principe et les dispositions sur la transparence visent précisément à renverser le précédent principe du secret jusqu'ici consacré. Le secret de fonction reste donc en vigueur, mais dans le cadre des dispositions sur la transparence<sup>174</sup>. « La portée du secret de fonction [est] donc définie de manière concrète : il ne s'applique [...] plus qu'aux informations qui ne sont pas accessibles aux termes de la loi sur la transparence »<sup>175</sup>. A ce sujet, LUC VOLLERY, décrit une difficulté d'interprétation intéressante : « les secrets prévus par la législation spéciale, notamment fédérale, ne sont pas toujours formulés d'une façon qui permet de déterminer clairement leur nature : est-on alors en présence d'un rappel du secret général de fonction, qui n'a aucune influence sur le droit d'accès, ou est-on en présence d'une norme spéciale de secret, qui paralyse le droit d'accès ? »<sup>176</sup>

### b) Exceptions des documents ayant trait aux procédures

Les quatre lois examinées excluent les documents ayant trait à certaines **procédures** (administratives, juridictionnelles, judiciaires ou d'arbitrage) menées par les autorités concernées. Cette exclusion est parfois effectuée dans la délimitation du champ d'application personnel<sup>177</sup>, mais le plus souvent dans le cadre de la délimitation du champ d'application matériel.

La loi genevoise exclut les documents ayant trait à toutes les procédures, y compris administratives de première instance, en renvoyant aux lois topiques. Ce sont donc les principes prévalant avant l'entrée en vigueur de la loi qui s'appliquent. L'accès au dossier est notamment réservé aux personnes présentant un intérêt digne de protection pendant la procédure. Lorsque la procédure est terminée, aucun droit d'accès n'est spécialement prévu.

Les lois vaudoise et fédérale, par contre, ne limitent l'accès aux documents que pendant la

173 Loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (=LPers ; RS 172.220.1).

174 COTTIER in *BGÖ-Kommentar* (2008), Art. 4 n° 12.

175 *Message LTrans* (2003), p. 1833.

176 L'art. 33 LPGa pose par exemple ce genre de problèmes d'interprétation. Cf. VOLLERY (2009), note 173. Cf. aussi COTTIER in *BGÖ-Kommentar* (2008), Art. 4 n° 10.

177 Vaud par exemple, cf. *supra* p. 27.

procédure en cours. Une fois la procédure terminée, les lois sur la transparence reprennent la main et ce sont les autres exceptions habituelles qui s'appliquent. Dans le canton de Vaud, un dossier de permis de construire, par exemple, serait donc *a priori* accessible (sous réserve des autres exceptions) lorsque la procédure est terminée. Notons que le pan de l'activité juridictionnelle<sup>178</sup> de l'administration est exclu complètement des deux lois dans le champ d'application personnel.

Quant au cas neuchâtelois, il semble être le plus libéral en la matière. L'accès aux documents ayant trait aux procédures judiciaires, juridictionnelles administratives ou d'arbitrage est réglé par les lois spécifiques. Concernant les procédures administratives de première instance, puisqu'*a priori* ni la LTAE ni la LPJA ne prévoient d'exceptions particulières à ce sujet, les documents qui en font partie sont accessibles sous réserve des exceptions habituelles de la LTAE, même dans les affaires en cours.

### c) Exceptions protégeant les débats des autorités collégiales

Les débats des autorités collégiales sont également protégés dans toutes les lois, soit par des dispositions spéciales contenues dans les lois sur la transparence, soit par le renvoi aux dispositions d'organisation des différentes autorités. Au niveau fédéral, nous avons vu que l'exclusion complète du Conseil fédéral du champ d'application paraît démesurée pour atteindre ce but. Par contre, l'exclusion du champ d'application des documents ayant trait à la procédure de co-rapport semble justifiée, surtout dans la mesure restrictive délimitée récemment par le Tribunal fédéral<sup>179</sup>. Cette procédure écrite qui précède les séances du Conseil fédéral permet à chaque département de donner son avis sur une question à trancher en collège. La non-accessibilité de ces documents – même après la décision - protège ainsi la collégialité. Au niveau cantonal, les exécutifs ne sont pas exclus du champ d'application. Certaines dispositions protègent pourtant les documents en leur possession. Genève exclut les notes échangées entre les membres des autorités collégiales (cantonales ou communales). Vaud et Neuchâtel ne possèdent pas de dispositions spécifiques concernant cette question dans les lois sur la transparence, mais les procès-verbaux des exécutifs cantonaux sont exclus du droit d'accès par les lois d'organisation de ces organes.

### d) Exception des procès-verbaux des séances non publiques

Seul Neuchâtel dispose de cette exception formellement inscrite dans la loi sur la transparence. A Genève, l'exception du « huis clos » concerne uniquement les autorités délibérant en général en public et ayant décrété un huis clos formel. Au niveau fédéral, à Genève et dans le canton de Vaud, les procès-verbaux des séances non publiques peuvent être accessibles si les lois d'organisation des autorités concernées n'en prévoient pas le caractère secret. Nos recherches montrent toutefois que les règlements concernant les séances des exécutifs cantonaux et communaux et des commissions législatives prévoient en général le secret des procès-verbaux.

### e) Exception de l'intérêt privé prépondérant

#### aa) Généralités

Les quatre lois examinées réservent les cas où la communication d'un document porte atteinte à **un intérêt privé prépondérant**. Ce dernier n'est pourtant pas défini de la même manière d'une loi à l'autre.

Dans l'analyse générale de ces dispositions, deux éléments distinguent la loi vaudoise des trois autres :

La loi vaudoise détaille exhaustivement les cas où l'intérêt privé doit être jugé prépondérant alors que les autres lois émettent une règle générale tout en donnant des exemples de cas où la prépondérance est réalisée. D'autre part, la loi vaudoise est plus libérale que les autres lois examinées : les adjectifs utilisés par le législateur dénotent en effet une volonté du législateur de réserver les refus d'accès à des cas exceptionnels. Le caractère de droit fondamental, garanti par

<sup>178</sup> Par exemple quand un département ou le Conseil d'Etat est compétent pour se prononcer sur un recours c'est-à-dire lorsqu'il fait office d'autorité de recours de première instance.

<sup>179</sup> Arrêt du Tribunal fédéral (=TF) 1C\_522/2009 du 19 mai 2010, cf. *infra* p. 56.

la Constitution, accordé à la transparence dans le canton de Vaud n'est certainement pas étranger à cette différence.

Pour le détail, l'exception de **la protection des secrets** constitue un intérêt privé prépondérant dans les quatre lois. Les documents qui pourraient révéler des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication sont en effet exclus du droit d'accès. Dans son message, le Conseil fédéral explique que l'exclusion des documents contenant des secrets d'affaires ou de fabrication empêche que les lois sur la transparence soient responsables de distorsions de concurrence au sens large<sup>180</sup>.

La mention expresse des documents pouvant intervenir dans le champ de **concurrence** d'acteurs du marché économique et des recherches scientifiques en cours dans la loi genevoise semble donc superflue puisque déjà incluse dans l'exception ayant trait aux secrets.

Deux lois (CH et NE) prévoient la protection des informations fournies librement par des tiers à une autorité qui en a **garanti le secret**. Cette disposition n'est pas sans poser des problèmes. Il serait en effet plutôt facile à une autorité de garantir le secret à tout tiers lui fournissant des informations et cela pourrait vider de son sens une partie du principe de transparence. Une récente recommandation du préposé fédéral précise à ce propos que « ... les organes soumis au principe de transparence (départements, offices fédéraux, etc.) ne peuvent pas décider d'eux-mêmes quels documents et informations relèvent des exceptions prévues par la LTrans. Cela vaut en particulier pour les contrats qu'ils concluent avec des tiers. Si un tiers s'est engagé par contrat à fournir des informations à l'autorité, il ne peut exiger aucune garantie de confidentialité pour ces informations, faute de quoi c'est le but même de la LTrans qui serait compromis. Par conséquent, toutes les informations qui sont communiquées à l'autorité en vertu d'une obligation contractuelle (et, en règle générale le contrat lui-même) sont en principe accessibles »<sup>181</sup>.

Enfin, chacune des lois prévoit des dispositions et une mécanique spécifique en cas de présence de données personnelles dans le document.

#### bb) Présence de données personnelles dans les documents demandés

Ce cas de figure illustre parfaitement la tension entre le droit fondamental à la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.) et notamment des données personnelles et l'autre droit, parfois fondamental, à la transparence. A la lecture des articles de loi traitant de ce cas, on remarque vite que les mécanismes mis en place sont toujours complexes. Cela dénote à notre sens la grande difficulté d'appréhension de ce cas par les législateurs qui tentent de conserver l'essence des deux droits. La crainte que la transparence de l'Etat ne devienne une « transparence des citoyens » implique une prudence légitime du législateur. L'équilibre à trouver au cœur de la tension entre intérêts privés et publics se traduit par des procédures où la coordination entre les dispositions de transparence et de protection des données n'est pas toujours très claire<sup>182</sup>.

Le point commun aux quatre lois examinées est que si l'autorité prévoit de communiquer des données personnelles en vertu des lois sur la transparence, la personne concernée doit en être informée. Dans certains cas, elle doit pouvoir donner son avis avant la pesée d'intérêts et dans tous les cas elle peut saisir le préposé ou le tribunal avant la divulgation de ses données personnelles.

A *contrario*, la différence marquante concerne l'exigence ou non d'effectuer une pesée d'intérêts avant de décider de caviarder les données personnelles bien que dans la pratique ce caviardage semble être la règle.

Le système le plus simple, mais aussi le plus restrictif du point de vue de la transparence, est prévu au niveau fédéral : en cas de présence de données personnelles dans le document, elles doivent être, si possible, masquées. Aucune pesée d'intérêts ne doit être effectuée si le caviardage est possible. S'il n'est pas possible – car cela dénaturerait le document – le mécanisme de pesée d'intérêts et de possibilité de recours par la personne concernée s'enclenche via la loi sur la protection des données et l'intérêt public à la transparence ne doit être reconnu comme prépondérant qu'exceptionnellement.

<sup>180</sup> Message LTrans (2003), p. 1853.

<sup>181</sup> Recommandation du PFPDT du 16 mai 2011 : OFEV / Rapports d'analyse des carburants.

<sup>182</sup> Cf. la situation vaudoise *supra* p. 30.

Genève et Neuchâtel procèdent à une pesée d'intérêts « automatique ». Si l'intérêt privé est jugé prépondérant, l'autorité doit tenter de caviarder le document. Si l'intérêt public à la transparence prime ou si le caviardage n'est pas possible, l'avis de la personne concernée est demandé avant la prise de décision et celle-ci peut saisir le préposé avant toute communication.

Dans le canton de Vaud, si les données en cause peuvent exceptionnellement porter une **atteinte notable** à la personne concernée, le document doit être caviardé<sup>183</sup>. Sinon le document peut être transmis, avec les données personnelles, la personne concernée pouvant recourir contre cette décision auprès du préposé cantonal ou du tribunal.

Le système fédéral est donc le plus restrictif et le système vaudois le plus ouvert, du moins théoriquement. Il est également intéressant de noter que le terme « exceptionnel » est utilisé de manière exactement inverse dans les deux lois : pour limiter les cas de communication dans la LTrans et pour limiter les cas de refus d'accès dans la loi vaudoise.

#### f) Exception de l'intérêt public prépondérant

La première différence à ce sujet est frappante : les lois de Genève et Neuchâtel contiennent une clause générale réservant l'intérêt public prépondérant au contraire des lois vaudoise et fédérale qui listent exhaustivement les cas où l'intérêt public doit être considéré comme prépondérant. Les lois genevoise et neuchâteloise contiennent toutefois également des listes de cas dans lesquels la prépondérance de l'intérêt public spécifique sur l'intérêt (également public) à la transparence est présumée.

Lors de l'appréciation d'un cas concret, l'autorité doit tout d'abord procéder à un « test de préjudice ». Il s'agit de savoir si chacun des risques particuliers énoncés comme constitutifs d'un intérêt prépondérant (l'influence sur le processus décisionnel d'une autorité par exemple) à la non-communication d'un document est réalisé ou non. Pour cela, l'autorité doit évaluer deux aspects qui sont d'une part l'atteinte potentielle et d'autre part le risque de réalisation. Cette appréciation se doit d'être restrictive puisqu'il s'agit – véritablement ou par analogie – d'une limite à un droit fondamental. L'atteinte potentielle doit donc atteindre une certaine importance et le risque de réalisation doit être sérieux<sup>184</sup>.

Si, comme à Genève ou Neuchâtel, la liste des atteintes jugées prépondérantes n'est pas exhaustive, l'autorité peut ensuite procéder à une véritable pesée d'intérêts plus générale, ce qui n'est pas le cas lorsque la loi liste exhaustivement les cas d'atteinte justifiant un refus de communication.

Les exceptions spécifiques peuvent être regroupées en sept catégories :

##### **L'influence sur le processus décisionnel d'une autorité**

Pour que la diffusion d'un document soit de nature à influencer une décision d'une autorité, il faut que le document en question soit lié de près à la décision à prendre et que sa diffusion soit de nature à porter atteinte à la libre formation de volonté de l'autorité. La décision dont il est question ici est une décision au sens large<sup>185</sup>. Dans la plupart des cas, le document devient communicable après la décision concernée<sup>186</sup>. Cette exception est prévue dans les quatre lois examinées. A l'échelon fédéral, une exception spéciale qui renforce la protection du processus décisionnel prévoit encore que, dans tous les cas, l'accès aux documents n'est autorisé qu'après la décision dont ils constituent la base<sup>187</sup>.

##### **L'affaiblissement de la position de négociation de l'autorité**

Le message du Conseil fédéral explique clairement la raison d'être de cette exception : « une négociation ne peut pas être menée de manière efficace si une partie devait être contrainte d'abattre ses cartes avant même qu'elle ne commence »<sup>188</sup>. Cette exception est limitée dans le

183 On l'a vu, si la LprD/VD contient une restriction implicite de la LInfo, la procédure serait différente, ce qui n'est pas totalement exclu. Cf. *supra* p. 30.

184 Cf. COTTIER in *BGÖ-Kommentar* (2008), Art. 7 n° 5 et VOLLERY (2009), p. 394.

185 VOLLERY (2009), p. 397 ss.

186 Cf. COTTIER in *BGÖ-Kommentar* (2008), Art. 7 n° 17.

187 Art. 8 al. 2 LTrans. Cf. à ce sujet MAHON/GONIN in *BGÖ-Kommentar* (2008), Art. 8 n° 26.

188 *Message LTrans* (2003), p. 1856.

temps dans le sens où la négociation doit être imminente ou à une date proche<sup>189</sup> pour que les documents soient exclus du droit d'accès ; de plus, lorsque la négociation est terminée, les documents concernés sont à nouveau accessibles. On peut rapprocher cette exception de la précédente et même se demander si elle ne fait pas doublon puisqu'une négociation aboutit forcément à une décision au sens large<sup>190</sup>. C'est peut-être pour cette raison qu'elle n'est pas mentionnée dans la loi vaudoise.

### **La mise en danger de la sécurité publique**

Cette exception peut être invoquée si deux conditions sont réalisées<sup>191</sup>. D'une part, les documents doivent concerner la sécurité publique. Il s'agit principalement des documents liés à des activités de police. L'ordre public, cité dans la loi vaudoise, est plus large et concerne, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la tranquillité, la sécurité, la santé et la moralité publiques ainsi que la bonne foi en affaires<sup>192</sup>. D'autre part, la communication du document doit présenter un risque de mise en danger de la sécurité publique. L'exception figure dans les quatre lois.

### **L'atteinte aux relations extérieures de l'autorité**

La diffusion de documents provenant d'autres autorités n'ayant pas (encore) adopté de droit d'accès aux documents officiels risque de porter atteinte aux relations bilatérales. Cela pourrait aussi être le cas si l'autorité en question dispose d'un droit d'accès moins étendu. Ici aussi, deux conditions cumulatives sont nécessaires : le document doit concerner les relations extérieures de l'entité concernée et un risque d'atteinte à ces relations doit exister<sup>193</sup>. Les quatre lois examinées prévoient cette exception.

### **L'entrave à l'exécution de mesures concrètes de l'autorité**

Citée dans toutes les lois sauf à Genève, cette limite au droit d'accès est critiquée en doctrine, car elle pourrait ouvrir la porte à de larges refus d'accès. C'est pourquoi les lois prévoient parfois un qualificatif restrictif quant à son application<sup>194</sup>. Une large interprétation de cette exception laisserait la porte ouverte à des refus d'accès généralisés. Pour l'invoquer, il faut donc que la conservation du secret soit la clé de la réussite de l'exécution de la mesure concernée<sup>195</sup>. Les documents tombant sous le coup de cette exception sont par exemple des directives concernant des contrôles (typiquement dans les domaines fiscaux ou douaniers) ou des surveillances dont la divulgation des modalités risquerait de compromettre leur efficacité<sup>196</sup>.

### **Occasionnement d'un travail disproportionné**

Même si cette limite semble un peu différente dans sa teneur, on peut, avec le législateur vaudois, l'inclure dans la catégorie des intérêts publics prépondérants. Les trois lois cantonales examinées protègent les autorités d'une éventuelle « asphyxie » engendrée par des demandes d'accès excessivement lourdes en terme de charge de travail. Dans les trois cantons, les demandes peuvent être **refusées** pour cette raison. Cette exception doit toutefois être appliquée avec réserve puisqu'elle pourrait constituer une exception quasi générale au droit d'accès. Les législateurs le précisent en insistant sur le caractère de « **manifestement** disproportionné » (VD et NE). Le droit fédéral ne connaît pas de telle disposition : les autorités peuvent par contre prévoir un émolument illimité, ce qui peut être dissuasif en cas de demande très complexe. Le principe est véritablement différent dans ce domaine et pose question. Le refus possible à ce titre dans les cantons peut, par exemple, empêcher un demandeur d'accéder à une grande série de documents en une fois, alors qu'il y aurait accès s'il effectuait plusieurs demandes plus modestes.

### **Autres intérêts publics**

Genève indique encore la mise en péril des intérêts patrimoniaux et des droits immatériels d'une institution. Le rapport du Conseil d'Etat donne à ce sujet l'exemple du code source d'un logiciel

---

189 *Message LTrans (2003)*, p. 1856.

190 *VOLLERY (2009)*, p. 400.

191 *VOLLERY (2009)*, p. 396.

192 *AUER, MALINVERNI, HOTTELLIER (2006)*, n° 217 ss et les références citées.

193 *VOLLERY (2009)*, p. 397.

194 Le fonctionnement soit être « sensiblement » perturbé dans le canton de Vaud (art. 16 al. 2 let.a LInfo).

195 *COTTIER in BGÖ-Kommentar (2008)*, Art. 7 n° 24. Cf. aussi l'arrêt du TAF A-3443/2010 du 18 octobre 2010 décrit ci-dessous, *infra* p. 56.

196 *COTTIER in BGÖ-Kommentar (2008)*, Art. 7 n° 25.

développé par une autorité qui ne saurait être transmis<sup>197</sup>. On se retrouve ici dans la tension existant entre transparence et droit d'auteur<sup>198</sup>.

Au niveau fédéral, la LTrans prévoit que, si les intérêts de politique monétaire ou économiques de la Suisse sont compromis par la communication d'un document, il ne doit pas être transmis. Le message insiste sur le fait que la transmission du document pourrait véritablement mettre en danger la politique monétaire, par exemple en favorisant les mouvements spéculatifs<sup>199</sup>.

## 7) Procédure

Aucune exigence de **forme** n'est exigée dans les lois pour déposer des demandes d'accès. Dans les cantons de Vaud et Genève, l'administration est toutefois en droit d'exiger une demande écrite si elle l'estime nécessaire. La demande doit être suffisamment précise pour que le document puisse être identifié. Cette dernière exigence peut facilement poser problème à un demandeur qui s'intéresse par exemple à un thème en général. Il est en effet difficile, voire impossible, de connaître quels sont les documents en possession de l'administration ou de savoir comment ils sont nommés et classés. Certains cantons contrebalancent cette exigence avec des dispositions spécifiques : le canton de Vaud demande aux autorités de publier une liste des types de documents en leur possession<sup>200</sup>, Neuchâtel prévoit que « l'autorité soutient le demandeur dans sa démarche, notamment pour permettre l'identification du document officiel demandé »<sup>201</sup> et au niveau fédéral, les autorités doivent donner des renseignements sur le contenu des documents et l'assister dans sa démarche<sup>202</sup>.

Les demandes d'accès **n'ont pas à être motivées**. Le message neuchâtelois insiste sur ce point en précisant que « la simple curiosité peut suffire à fonder une demande d'accès »<sup>203</sup>. C'est un élément essentiel du droit d'accès aux documents officiels.

Dans tous les cas, les lois insistent sur le **délaï de réponse** qui doit être court. Il n'est pourtant réglé de manière chiffrée que dans deux des lois examinées. Le canton de Vaud prévoit un délai de réponse de quinze jours, pouvant être doublé dans les cas complexes. La loi fédérale prévoit un délai de réponse de vingt jours pouvant lui aussi être doublé. Selon les entretiens que nous avons menés avec les préposés concernés, le délai après lequel le préposé accepterait une demande de médiation/conciliation est d'environ trois semaines à Genève<sup>204</sup> et d'un à trois mois à Neuchâtel<sup>205</sup>, en fonction de la complexité de la demande.

**Les modalités de consultation** du document ne varient pas : la consultation peut avoir lieu sur place ou par l'obtention de copies.

En matière d'**émoluments**, deux principes généraux sont prévus. Dans les trois cantons examinés, l'accès aux documents est par principe gratuit. Des exceptions sont toutefois possibles si des copies sont demandées (GE, VD, NE) ou en cas de travail important (VD, NE). Au niveau fédéral par contre, l'accès aux documents est par principe soumis au paiement d'un émolument. Selon BERTIL COTTIER, le Conseil fédéral a introduit ici « une première mondiale »<sup>206</sup>. Le message justifie ce choix par « l'intérêt public au fonctionnement efficace et rationnel de l'administration »<sup>207</sup>. Si la différence de principe est importante et pourrait constituer un frein aux demandes d'accès, on remarque que le résultat concret est quasiment identique. Au niveau fédéral, si les émoluments calculés n'atteignent pas Fr. 100.-, l'autorité doit y renoncer. Si un émolument est prévisible, elle doit en informer le demandeur qui peut retirer sa demande à ce stade. Les systèmes vaudois et neuchâtelois aboutissent au même résultat puisque dès que l'administration estime qu'un travail

---

197 Rapport LIPAD (2000), ad. art. 26, al. 2 let. b.

198 Cf. BARRELET (2003) pour ce sujet non développé ici.

199 Message LTrans (2003), p. 1853.

200 Art. 13 RLInfo.

201 Art. 28 LTAE.

202 Art. 3 al. 1 OTrans.

203 Rapport LTAE (2006), p. 16.

204 Entretien du 19 avril 2011 avec Mme Isabelle Dubois.

205 Entretien du 9 mai 2011 avec M. Christian Flueckiger.

206 COTTIER (2003), p. 33.

207 Message LTrans (2003), p. 1867.



important doit être fourni, elle doit informer le demandeur qu'un émolument peut être perçu. Il peut également renoncer à sa demande à ce moment-là. Seul Genève ne facture pas d'émolument pour le travail occasionné. Le montant maximal est plafonné à Fr. 300.- par demande à Neuchâtel. Les autorités fédérales et vaudoises peuvent quant à elles, facturer à hauteur du travail occasionné, sans limites. La facturation d'heures de travail n'est pas sans poser de problèmes en matière d'égalité de traitement : si un demandeur se voit facturer plusieurs milliers de francs pour le travail de caviardage d'un document<sup>208</sup>, comment expliquer que le deuxième demandeur puisse obtenir gratuitement les documents dont le caviardage a été payé par le premier demandeur ?<sup>209</sup>

Une dernière question de procédure se pose pour les lois décrétant que certaines institutions « se prononcent définitivement ». C'est le cas à Neuchâtel et dans le canton de Vaud où, selon les lois étudiées, il n'est pas possible de recourir au niveau cantonal contre les décisions des Conseils d'Etat, des Grands Conseils et des Tribunaux cantonaux. Le recours en matière de droit public au Tribunal fédéral serait donc le seul possible. Toutefois, l'art. 86 al. 2 de la loi sur le Tribunal fédéral<sup>210</sup> impose aux cantons d'instituer un tribunal supérieur comme autorité cantonale de dernière instance ce qui, en l'occurrence, fait défaut. L'exception de l'alinéa 3 du même article (si la décision comporte un caractère politique prépondérant, une autre autorité peut être prévue) ne semblant pas remplie, c'est très certainement les tribunaux cantonaux qui seraient compétents pour un recours contre les décisions des Conseils d'Etat et des Grands Conseils. Un récent arrêt du Tribunal fédéral le confirme<sup>211</sup>.

## 8) Médiation et conciliation

Les préposés fédéral et cantonaux à la transparence sont des autorités particulières puisqu'elles ont à la fois la mission de conseiller les particuliers et les autorités, de tenter de les mettre d'accord en cas de litige, puis d'exprimer un avis, sous forme de recommandation ou de décision, en cas d'échec de la médiation ou de la conciliation.

Les différentes lois prévoient des modalités différentes pour les phases de médiation ou conciliation puis de recommandation ou décision.

Les lois vaudoise et neuchâteloise prévoient une **conciliation** alors que c'est une **médiation** qui est instituée à Genève. Au niveau fédéral, la loi parle de médiation en français et de « Schlichtung » en allemand. Le préposé fédéral agit plutôt en effectuant une conciliation puisqu'il peut proposer des solutions. A part à Genève où aucun but explicite n'est formulé, les lois évoquent le même but de cette procédure : mener les parties à un accord. Les moyens à disposition des préposés peuvent varier : dans tous les cas ils ont le droit de prendre connaissance sans restriction des documents litigieux avant la procédure. La loi neuchâteloise impose une séance de conciliation dans tous les cas, les autres lois laissant la forme de la conciliation ou de la médiation à la discrétion du préposé cantonal.

A Genève, c'est une véritable médiation au sens strict du terme qui est appliquée par les préposées cantonales actuelles, dans un cadre confidentiel et libre. La teneur de l'accord trouvé par les parties pourrait même éventuellement déroger à la loi<sup>212</sup>. Les préposées ont une formation de médiatrices et elles ont concrétisé une pratique claire de médiation respectant les standards du domaine.

Devant réaliser des conciliations, le préposé neuchâtelois dit être à l'aise avec cette procédure plutôt que celle de la médiation, car, selon lui, la loi et ses implications sont compliquées et il est difficile de demander aux parties d'imaginer elles-mêmes des solutions<sup>213</sup>.

---

208 Ce cas de figure n'est pas hypothétique puisque Swissmedic a prévu un émolument de plus de Fr. 10'000.- dans le cadre d'une demande d'accès portant sur un nombre élevé de documents (Recommandation du PFPDT du 30 mars 2010 : Swissmedic / Documents de mise sur le marché).

209 Entretien du 20 mai 2011 avec M. Reto Ammann.

210 Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (=LTF ; RS 173.110).

211 Arrêt du TF 8C\_113/2011 du 16 mars 2011.

212 Entretien du 19 avril 2011 avec Mme Isabelle Dubois.

213 Entretien du 9 mai 2011 avec M. Christian Flueckiger.

## 9) Analyse

Il est intéressant d'analyser le résultat de cette comparaison légale à l'aune de l'ancrage juridique du droit d'accès dans chacune des régions étudiées. Rappelons-nous que seuls les cantons de Vaud et Neuchâtel possèdent un ancrage constitutionnel du droit d'accès et qu'il y constitue donc un droit fondamental, contrairement à la situation fédérale et genevoise.

Nous avons résumé nos constatations dans le tableau de la page suivante (Tableau 2).

Le canton de Vaud se distingue par une ouverture à la transparence en dessus de la moyenne dans plusieurs aspects de sa loi : au niveau du champ d'application personnel d'une part, les institutions para-étatiques étant soumises à la LInfo. A part Genève, où les institutions subventionnées à plus de 50 % sont également soumises, il s'agit du plus large champ d'application. Le droit d'accès concerne, en plus des documents officiels, les renseignements et informations, ce qui est inédit. Les documents élaborés ou reçus avant la date d'entrée en vigueur, comme dans les autres cantons, sont accessibles. L'« assiette » de documents accessibles est ainsi beaucoup plus large qu'au niveau fédéral. Ensuite, la définition, primordiale, des limites au droit d'accès est très restrictive puisque d'une manière générale, ce n'est qu'exceptionnellement qu'une communication doit être refusée. De plus, en matière de données personnelles, ce n'est que si l'atteinte à la sphère privée est notable que le document ne doit pas être transmis. La procédure de recours au tribunal est entièrement gratuite, ce qui n'est jamais le cas ailleurs et le délai de réponse des autorités est très court.

La loi la moins ouverte des lois étudiées est manifestement la loi fédérale de par l'exclusion du Conseil fédéral et du Parlement, la limite temporelle (exclusion des documents conçus ou reçus avant le 1er juillet 2006), le caviardage systématique en cas de données personnelles et le principe – théorique – d'accès soumis à émoluments.

Les lois genevoise et neuchâteloise montrent chacune des aspects d'ouverture et de fermeture, à différents niveaux. La loi genevoise se distingue par l'incertaine limitation concernant le type d'informations contenues dans les documents<sup>214</sup> et Neuchâtel par son champ d'application personnel très restreint.

---

214 Cf. *supra* p. 42.

Tableau 2 : Comparaison globale de l'ouverture à la transparence des lois examinées.

	CH / LTrans	GE / LIPAD	VD / LInfo	NE / LTAE
Ancrage juridique constitutionnel	Non	Non	Oui	Oui
Champ d'application personnel (en plus de l'administration et des communes)	Privés en charge de tâches publiques mais pas CF ni Parlement	Privés en charge de tâches publiques + privés subventionnés	Privés en charge de tâches publiques	Uniquement administration cantonale et communes
Champ d'application matériel	Documents officiels	Documents officiels contenant des <b>renseignements</b> relatifs à des tâches publiques	Documents officiels + <b>renseignements et informations</b>	Documents officiels
Limite temporelle	Oui	Non	Non	Non
Exclusion des documents électroniques	Non	Oui (seulement extrait papier)	Non	Non
Documents ayant trait à des procédures administratives de première instance	Oui, après la décision	Non	Oui, après la décision	Oui, même pour les procédures en cours
Exceptions intérêt public	Exceptions standards	Exceptions standards	Exceptions standards mais liste exhaustive et « à titre exceptionnel »	Exceptions standards
Exceptions intérêt privé / données personnelles	La règle est de caviarder. Sinon pesée d'intérêts et accès « exceptionnel »	Pesée d'intérêts	Liste exhaustive + « à titre exceptionnel » + « atteinte notable » nécessaire	Pesée d'intérêts
Travail disproportionné	Accès mais émoluments illimités	Refus possible	Refus possible	Refus possible
Principe de gratuité	Non	Oui	Oui, y compris tribunal	Oui
Délai de réponse	20 jours (+ 20 jours)	Rapidement	15 jours (+15 jours)	Avec rapidité

### III. Comparaison de la mise en œuvre des lois

Le but de ce travail étant également de savoir comment ont été appliquées les lois examinées jusqu'ici, nous allons étudier, sous différents aspects, leurs mises en œuvre concrètes.

Pour chaque entité, nous nous intéresserons dans un premier temps à la **fréquence d'usage du droit**. Les demandes d'accès sont-elles recensées ? Si oui, quel est leur nombre ? Par qui sont-elles déposées ? Après de quelles entités ? Puis nous nous intéresserons aux **modalités d'accès aux documents**. Sous quelle forme sont-ils consultés ? Dans quel délai les demandeurs reçoivent-ils une réponse ? Quelles sont la proportion et les raisons des refus ? Des émoluments sont-ils perçus ? Enfin, nous étudierons les **litiges** en nous penchant sur leur proportion, leur nature et leur mode de règlement.

Cette analyse de la mise en œuvre des lois sur la transparence n'est donc pas limitée à l'examen des actions entreprises par les administrations, mais elle vise surtout à connaître comment ces lois ont été utilisées par le public.

Comme dans la partie précédente, nous nous pencherons séparément sur chacune des quatre régions avant de dresser une comparaison et une analyse globale.

#### A) Mise en œuvre de la loi sur la transparence au niveau **fédéral**

##### 1) Documents et sources disponibles

Une disposition de la loi fédérale sur la transparence a trait à sa propre évaluation. Le préposé fédéral est chargé d'évaluer régulièrement l'application de la loi, son efficacité et les coûts qu'elle engendre<sup>215</sup>. Son premier rapport date de mai 2009 et se base sur une évaluation confiée à l'Institut de hautes études en administration publique de Lausanne concernant les trente premiers mois de mise en œuvre de la loi<sup>216</sup>. Outre ce document, les quatre rapports annuels du PFPDT ainsi que ses recommandations nous serviront également de matériau.

Notre entretien du 20 mai 2011 avec M. Reto Ammann, conseiller juridique auprès du PFPDT, et l'analyse de la jurisprudence complètent nos sources d'informations.

##### 2) Fréquence d'usage du droit

Le Conseil fédéral a prévu un recensement par chaque autorité du nombre des demandes d'accès, du sort qui leur a été réservé et des montants d'émoluments perçus<sup>217</sup>. Ces indications, consolidées dans les rapports annuels du PFPDT, ne nous permettent pourtant d'appréhender la réalité que partiellement. Les auteurs du rapport d'évaluation constatent en effet plusieurs difficultés dans l'homogénéité de ces chiffres<sup>218</sup>. Premièrement, il n'existe pas de définition légale de ce qui constitue une demande d'accès. La forme n'étant pas définie, certaines entités de l'administration ne recensent que les demandes écrites faisant référence à la loi alors que d'autres ne recensent que les demandes déposées avec un formulaire ad hoc. Or, une demande orale constitue également une demande d'accès. L'absence de recensement uniforme constitue une première limite à la solidité des chiffres fournis. L'organisation des services de l'administration exerce une deuxième influence sur la fiabilité des chiffres. Les demandes ne sont en effet pas toutes signalées à la personne en charge des statistiques en la matière. Les demandes des journalistes, qui passent par le service de presse, sont souvent satisfaites sans être répertoriées par exemple.

Les statistiques des demandes d'accès sont présentées dans le tableau ci-dessous :

---

215 Art. 19 LTrans.

216 PASQUIER / MEILLAND (2009).

217 Art. 21 OTrans.

218 PASQUIER / MEILLAND (2009), p. 17.

Tableau 3 : Nombre de demandes d'accès recensées au niveau fédéral

	2006 (demi-année)	2007	2008	2009	2010	Moyennes
Chancellerie fédérale	0	27	31	27	15	<b>22</b>
Services du parlement	0	0	0	1	0	<b>0</b>
DFAE	2	12	20	13	39	<b>19</b>
DFI	27	54	29	48	54	<b>47</b>
DFJP	9	20	34	30	23	<b>26</b>
DDPS	7	19	18	20	8	<b>16</b>
DFF	7	16	18	11	17	<b>15</b>
DFE	3	10	11	28	31	<b>18</b>
DETEC	40	91	60	55	52	<b>66</b>
<b>Total confédération</b>	<b>95</b>	<b>249</b>	<b>221</b>	<b>233</b>	<b>239</b>	<b>230</b>

Sources : Rapports annuels du PFPDT.

On constate que depuis l'entrée en vigueur de la loi, entre 200 et 250 demandes d'accès par année ont été recensées auprès des différents services de l'administration fédérale. Au vu du faible nombre de demandes, il n'est pas possible de déduire des tendances d'évolution par département par exemple. La seule conclusion à laquelle les experts parviennent est que **le nombre de demandes d'accès est très faible en Suisse**<sup>219</sup>. Cette constatation provient de la comparaison de ces chiffres avec la situation internationale. Comme l'indiquent les auteurs du rapport d'évaluation, la comparaison pourrait légitimement s'opérer en chiffres absolus puisque le nombre de documents ne varie pas proportionnellement au nombre d'habitants d'un pays à l'autre et que les groupes de citoyens les plus intéressés à formuler des demandes d'accès sont les partis politiques et les associations dont la densité ne dépend que peu du nombre d'habitants. Or, même en chiffres relatifs au nombre d'habitants, le nombre de demandes d'accès déposées au niveau national en Suisse est très faible. L'ordre de grandeur est le suivant :

Nombre de demandes d'accès pour 100'000 habitants (année 2006)<sup>220</sup>

Suisse :	3
Allemagne :	3
Grande-Bretagne :	50
Canada :	80
Irlande :	90
Etats-Unis :	860 <sup>221</sup>

Les évaluateurs relèvent les raisons suivantes expliquant ce faible nombre de demandes :

- certains autres pays incluent dans leur loi un accès plus large à l'information, alors que la Suisse se limite aux documents existants ;
- les statistiques suisses, nous l'avons vu, ne sont pas fiables et le nombre de demandes est assurément sous-évalué ;
- la loi est peu connue en Suisse, autant par le grand public que dans les milieux professionnels potentiellement concernés, comme les journalistes. Au niveau fédéral, aucune autorité n'est chargée de promouvoir le droit d'accès aux documents ;
- les informations intéressant les citoyens dans leur vie quotidienne se trouvent éventuellement plutôt dans les cantons et les communes qu'auprès de la Confédération ;

219 PASQUIER / MEILLAND (2009), p. 17.

220 PASQUIER / MEILLAND (2009), p. 16.

221 Les Etats-Unis ont modifié les critères de recensement des demandes depuis 2008 et le chiffre actuel est d'environ 200 demandes pour 100'000 habitants. Cf. <http://www.foia.gov>.

- le contexte socioculturel suisse, où il peut paraître indécent de s'intéresser de trop près aux activités d'un tiers, est moins favorable à la transparence que dans les pays anglo-saxons ou nordiques, et
- les particularités du système politique permettent, par exemple grâce à la concordance, une diffusion des informations plus larges dans les partis politiques. Dans d'autres pays, les demandes d'accès permettent souvent à l'opposition d'accéder à des documents détenus par le pouvoir en place. Les larges procédures de consultation, les parlements de milice, la démocratie directe et les nombreuses participations qu'elle prévoit donnent l'impression d'une meilleure information.

### 3) Sorts réservés aux demandes d'accès

Une demande d'accès peut subir trois sorts différents : elle peut être acceptée, refusée ou refusée partiellement par l'administration concernée.

Tableau 4 : Sorts réservés aux demandes d'accès à l'échelon fédéral

	2006 (demi-année)	2007	2008	2009	2010	Moyennes
Total confédération	95	249	221	233	239	<b>230</b>
Demandes accordées	51	147	115	125	106	<b>121</b>
En %	54%	59%	52%	54%	44%	<b>58%</b>
Demandes refusées complètement	41	82	71	68	62	<b>72</b>
En %	43%	33%	32%	29%	26%	<b>36%</b>
Demandes refusées partiellement	3	20	35	40	63	<b>36</b>
En %	3%	8%	16%	17%	26%	<b>16%</b>

Source des données : Rapports annuels du PFPDT.

Note : en 2010, le total n'atteint pas 100 %, car la statistique ajoute les demandes « en suspens », non relevées dans notre tableau.

Moins de 60 % des demandes d'accès sont donc pleinement accordées par l'autorité concernée. Il convient toutefois de rappeler qu'il est probable que bon nombre de demandes d'accès traitées rapidement et sans formalités ne soient pas répertoriées. Le PFPDT estime que « le nombre de demandes adressées à l'administration fédérale et traitées positivement est plus élevé que ce que la statistique révèle »<sup>222</sup>.

C'est l'impression inverse qui ressort d'un très récent test publié en juin 2011 par un site internet spécialisé<sup>223</sup>. Ce dernier montre que sur 53 demandes d'accès déposées auprès d'autant de services de l'administration fédérale, 14 (28%) ont été suivies d'un accès accordé au document demandé, 24 (45%) d'un refus d'accès et 15 (29%) d'aucune réponse.

### 4) Demandes accordées

Il est très difficile d'obtenir des informations sur la nature et les modalités de traitement des demandes accordées. Il n'existe donc par exemple aucune information sur le **mode d'accès** aux documents (sur place ou demandes de copies). Selon le rapport d'évaluation de l'IDHEAP, le **délai** ordinaire de vingt jours prévu par la loi est jugé suffisant par une très grande majorité des conseillers à la transparence des offices fédéraux. Selon eux, la prolongation de vingt jours autorisée par la loi n'a quasiment jamais été utilisée durant les trente premiers mois évalués<sup>224</sup>. De même, chaque année, moins d'une dizaine de requérants se sont vu facturer des **émoluments** par l'administration. A ce sujet, les offices fédéraux ont expliqué aux évaluateurs qu'ils renonçaient souvent à la perception des émoluments pour des raisons de simplification.

Il semble donc que les demandes qui ne posent pas de problèmes particuliers sont accordées rapidement et gratuitement.

<sup>222</sup> PFPDT (2010), p. 94.

<sup>223</sup> <https://www.oeffentlichkeitsgesetz.ch/deutsch/2011/06/das-sind-die-intransparenntesten-amter/> (20.06.2011)

<sup>224</sup> PASQUIER / MEILLAND (2009), p. 22.

## 5) Demandes refusées

Plus de 45 % des demandes enregistrées sont refusées, complètement ou partiellement. Le fait de rendre un document anonyme ou d'exclure certaines parties des documents demandés constitue par exemple un refus partiel. On note que parmi les demandes refusées, la part des refus complets diminue sensiblement et régulièrement au profit des refus partiels jusqu'à atteindre la parité en 2010. Le PFPDT évoque à ce sujet une « conclusion positive »<sup>225</sup>. Ceci est en effet conforme au principe de proportionnalité : si seule une partie du document pose problème, l'intérêt public à la transparence doit permettre d'accéder aux autres parties du document.

Environ un tiers des demandes refusées, complètement ou partiellement, font l'objet d'une demande de médiation auprès du PFPDT.

Tableau 5 : Demandes refusées à l'échelon fédéral

	2006 (demi-année)	2007	2008	2009	2010	Moyennes
Demandes refusées complètement	41	82	71	68	62	<b>72</b>
Demandes refusées partiellement	3	20	35	40	63	<b>36</b>
Demande en médiation reçues	8	37	25	41	32	<b>32</b>
En % des demandes refusées (complètement ou partiellement)	18%	36%	24%	38%	26%	<b>29%</b>

Source des données : Rapports annuels du PFPDT.

## 6) Médiations et recommandations

La médiation effectuée au niveau fédéral ne suit pas les principes de la médiation au sens strict. En allemand, la loi parle d'ailleurs de « Schlichtung » ce qui signifie « conciliation ». Le préposé fédéral est libre d'organiser ou non une séance. Quand il est clair au vu des prises de position que les parties n'arriveront pas à conclure un accord, le préposé rend parfois directement une recommandation. Selon le préposé, les parties ne peuvent pas conclure un accord tout à fait librement. Les lois doivent être respectées et notamment la LTrans. Si les parties trouvent un accord, le préposé les soutient dans leur démarche. Sinon, il peut proposer des solutions et il « montre dans quelle direction pourrait aller une éventuelle recommandation »<sup>226</sup>.

Le **nombre de demandes** de médiation déposées auprès du préposé est relativement stable pour les quatre premières années complètes d'existence de la loi, avec une moyenne de 32 demandes par année.

La **catégorie des personnes** qui déposent des demandes de médiation est également notée par le préposé dans ses statistiques. Pour les deux dernières années, par exemple, les médiations sont initiées environ dans la moitié des cas par des représentants des médias<sup>227</sup>.

La **durée de traitement** des médiations, prévue à trente jours maximum dans la loi, est fortement dépassée. Sur les cinquante-quatre médiations terminées examinées lors de l'évaluation de 2009, la moyenne de traitement a en effet été de 178 jours<sup>228</sup>. Le PFPDT a d'ailleurs été rappelé à l'ordre trois fois par le tribunal administratif fédéral pour déni de justice<sup>229</sup>. Les causes de ces retards proviennent d'une part du manque de ressources du PFPDT pour s'acquitter de ses tâches et d'autre part de la faible autorité du préposé face aux offices. Ce dernier problème va être en partie résorbé par l'entrée en vigueur le 1er juillet 2011 d'une révision de l'ordonnance fédérale<sup>230</sup>. Le préposé pourra imposer un délai de réponse aux offices lorsqu'il sollicite l'accès aux documents ou une prise de position dans le cadre de la médiation. La modification de l'ordonnance permettra aussi au PFPDT de prolonger le délai de trente jours lorsque les demandes nécessitent un

225 PFPDT (2010), p. 94.

226 Entretien du 20 mai 2011 avec M. Reto Ammann.

227 PFPDT (2010), p. 123.

228 PASQUIER / MEILLAND (2009), p. 34.

229 Arrêts du Tribunal administratif fédéral (=TAF) A-75/2009 du 16 avril 2009, A-6032/2009 du 16 décembre 2009 et A-363/2010 du 1er mars 2010.

230 FF 2011 1741.

surcroît de travail important. Le préposé fédéral remarque également qu'il n'est pas aisé d'organiser une séance à Berne en moins de trente 30 jours. A sa connaissance, les délais de traitement actuel ne sont pas spécialement longs en comparaison internationale. A terme, il serait souhaitable que ce délai de 30 jours soit abrogé dans la loi<sup>231</sup>.

Les procédures aboutissent dans la grande majorité des cas à un constat d'**échec de la médiation** suivi d'une recommandation du préposé fédéral. En effet, moins de 10 % des demandes de médiation engagées durant les premières années de la loi ont débouché sur un accord<sup>232</sup>.

Les recommandations émises par le PFPDT sont dans plus de la moitié des cas plus ouvertes que la décision de l'autorité<sup>233</sup>. Une fois la recommandation émise, le demandeur doit saisir l'autorité pour qu'elle rende une éventuelle décision s'il n'est pas d'accord avec le contenu de celle-ci. L'autorité peut aussi rendre une décision si elle refuse de suivre la recommandation. Le préposé fédéral ne dispose pas de statistiques pour savoir si de telles décisions ont été rendues ou non ni dans quel sens. Ici encore, la modification de l'ordonnance prévoit que le PFPDT sera informé de chaque décision de ce type, ce qui n'est pas le cas actuellement et pose un problème de suivi des cas<sup>234</sup>.

## 7) Jurisprudence

A ce jour, concernant la loi fédérale, le Tribunal administratif fédéral a rendu neuf décisions et le Tribunal fédéral, deux. Nous détaillons ci-dessous quelques-uns de ces arrêts, choisis subjectivement pour leur importance.

### **Bases de données conçues avant l'entrée en vigueur de la loi**<sup>235</sup>

Un premier arrêt de 2006 se penche sur des documents conçus avant l'entrée en vigueur de la loi, mais régulièrement adaptés depuis. Le tribunal conclut que ces documents ne sont pas exclus du champ d'application et que les bases de données existantes lors de l'entrée en vigueur de la loi sont soumises au droit d'accès. Si ce n'était pas le cas, cela viderait « la LTrans d'une grande partie de sa substance, ce qui ne saurait être conforme à la volonté du législateur ».

### **Entrave à l'exécution de mesures concrètes prises par une autorité / « Checklist »**<sup>236</sup>

Des associations de patients voulaient accéder à la liste de contrôle utilisée par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) pour évaluer les risques de fraude à l'assurance invalidité (AI). L'OFAS évoquait l'art. 7 al. 1 let. b LTrans qui prévoit que l'accès est refusé s'il « entrave l'exécution de mesures concrètes » prises par une autorité. Le tribunal a rappelé qu'il ne fallait accepter cette exception qu'avec réserve sans quoi elle risquait de vider la loi de sa substance puisqu'elle pourrait être évoquée dans de nombreux cas. « [...] ist es wichtig, dass die Ausnahmebestimmung nur eingesetzt wird, wenn die Offenlegung der durchzuführenden Massnahmen deren Erfolg ernsthaft gefährdet. Mit anderen Worten, die Geheimhaltung dieser Vorkehrungen muss der Schlüssel zu ihrem Erfolg darstellen »<sup>237</sup>. L'autorité inférieure n'ayant pas démontré que la divulgation de la liste empêcherait d'atteindre l'objectif attendu, l'accès au document doit être accordé.

### **Documents de pilotage d'un service / « Cockpit »**<sup>238</sup>

Un journaliste a demandé l'accès à des documents de pilotage de l'Administration fédérale des contributions. Ces documents contiennent notamment des informations sur les objectifs stratégiques à long terme du service et sur leur degré de réalisation. Vu la complexité et le grand nombre d'informations contenues dans ces documents, le tribunal procède à une analyse complète des exceptions au droit d'accès pour se déterminer. Il conclut que ces documents contiennent une évaluation du service (il serait donc accessible de manière absolue<sup>239</sup>), mais également des éléments pouvant porter atteinte au processus de libre formation de la volonté et

231 Entretien du 20 mai 2011 avec M. Reto Ammann.

232 5 sur les 54 demandes de médiation traitées à fin 2008, cf. PASQUIER / MEILLAND (2009), p. 31. Il semble que cette proportion augmente puisque 8 accords ont été trouvés en 2009 sur 41 médiations menées à terme. Cf. PFPDT (2010), pp. 102 ss.

233 Entretien du 20 mai 2011 avec M. Reto Ammann.

234 Entretien du 20 mai 2011 avec M. Reto Ammann.

235 Arrêt du TAF A-7369/2006 du 24 juillet 2007.

236 Arrêt du TAF A-3443/2010 du 18 octobre 2010.

237 Considérant 5.2.

238 Arrêt du TAF A-3631/2009 du 15 septembre 2009.

239 Art. 8 al. 5 LTrans.



de l'opinion de l'autorité. De plus, ils forment la base de décisions administratives, contiennent des positions dans le cadre de négociations en cours avec d'autres pays et des données personnelles. Le principe de proportionnalité commande donc de rendre le document accessible, mais en partie seulement. Les passages concernant le niveau supérieur du service et la partie internationale ne seront pas transmis. Pour le reste, le document sera communiqué au demandeur après caviardage des données personnelles et des informations tombant sous le coup des différentes exceptions.

**Délimitation du champ matériel de l'art. 8 al. 1 LTrans : procédure de co-rapport du Conseil fédéral<sup>240</sup> puis pesée d'intérêts : intérêt public à la transparence contre intérêt à la protection de la sphère privée<sup>241</sup>.**

Dans cette affaire, un journaliste désirait accéder au contrat de travail et aux conventions de départ d'un secrétaire général et de son suppléant. Le TAF considère dans un premier arrêt que ces documents font partie de la procédure de co-rapport du Conseil fédéral. Les conventions constitueraient même les documents de cette procédure puisqu'elles n'auraient acquis aucune validité sans l'approbation du Conseil fédéral. Elles seraient donc exclues du droit d'accès en vertu de l'art. 8 al. 1 LTrans. Le TF est revenu sur cette interprétation. Les documents exclus du champ d'application ne sont que ceux qui contiennent des avis et opinions des départements sur la décision à prendre par le Conseil fédéral. La disposition légale en question doit en effet protéger la libre formation de l'opinion de l'autorité collégiale en ne révélant pas les avis de ses membres. Les éventuelles divergences ne sont pas publiques, ce qui permet à chaque membre du Conseil de défendre par la suite la décision de la majorité, comme le veut le principe de collégialité. Ces documents, « afférents à la procédure de co-rapport »<sup>242</sup>, restent inaccessibles même après la prise de décision. Les documents annexés lors de cette procédure et conçus au préalable par les offices, même s'ils constituent la base de la décision du Conseil fédéral, ne sont pas exclus du droit d'accès, car ils ne permettent pas d'obtenir des informations sur la formation de l'opinion ou les délibérations du Conseil fédéral. Or, c'est précisément et uniquement le processus délibératif et décisionnel de l'autorité collégiale que le législateur a voulu protéger en édictant cette disposition. L'art. 8 al. 1 LTrans doit donc être interprété de manière restrictive<sup>243</sup>. Le Tribunal fédéral renvoie donc l'affaire au Tribunal administratif fédéral pour qu'il prenne une nouvelle décision en effectuant la pesée d'intérêts prévue à l'art. 7 al. 2 LTrans.

Dans son arrêt de renvoi, le TAF effectue cette pesée d'intérêts entre le droit au respect de la sphère privée et l'intérêt public à la transparence. Après avoir constaté que le message prévoyait la primauté du droit à la protection de la sphère privée, mais que la doctrine penchait plutôt vers l'égalité des deux droits, le TAF indique qu'il faut procéder à une minutieuse pesée d'intérêts au regard des règles de coordination des lois sur la transparence et de celle sur la protection des données. Il examine d'abord si les données concernées doivent être qualifiées de « sensibles », c'est-à-dire contenant par exemple des indications sur l'état de santé ou les affinités politiques ou religieuses, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il examine ensuite les conséquences potentielles sur les intéressés d'une divulgation des documents requis. La conséquence pourrait être qualifiée de désagréable, mais pas d'importance majeure. De plus, une position élevée dans la hiérarchie implique une certaine accommodation à des atteintes à la sphère privée. L'intérêt public à la transparence est quant à lui reconnu puisque d'une part ces conventions permettent de contrôler que l'application des lois spécifiques réglant les rapports de travail sont bien respectées et qu'il s'agit d'un octroi par l'Etat d'avantages économiques importants. L'intérêt public à la consultation de ces documents l'emporte donc sur l'intérêt privé à la protection de la sphère privée des deux hauts fonctionnaires dans cette affaire. Les documents demandés doivent être remis au demandeur.

Le **Tribunal fédéral** s'était prononcé auparavant dans une première affaire concernant sa propre administration. Elle ne sera pas développée ici puisqu'il s'agit du cas particulier de l'accès aux documents du pouvoir judiciaire, non examiné dans ce travail.

---

240 Arrêt du TAF A-2165/2009 du 19 octobre 2009 puis arrêt du TF 1C\_522/2009 du 19 mai 2010 (ATF 136 II 399).

241 Arrêt du TAF A-3609/2010 du 17 février 2011 (arrêt de renvoi de l'arrêt du TF précité).

242 Art. 8 al. 1 LTrans.

243 Cf. MAHON, Commentaire, in : Medialex 2010, p. 206 ss.

## 8) Bilan de mise en œuvre cinq ans après l'entrée en vigueur

Même s'il « est bien probable que le nombre de demandes adressées à l'administration fédérale est plus élevé que ce que la statistique révèle »<sup>244</sup>, le nombre de demandes d'accès est faible. Il est également étonnamment stable au cours du temps. On pourrait s'attendre à ce que le nombre de demandes d'accès recensées augmente au fil des années, la loi devenant connue à force d'être utilisée. Ce n'est pas le cas pour l'instant, même si le préposé fédéral note que les journalistes s'intéressent maintenant de plus en plus au principe de transparence. Bien que ce ne soit pas un moyen rapide d'accéder à des informations, le droit d'accès aux documents officiels peut faire émerger des informations intéressantes. Le représentant du préposé fédéral note toutefois que l'aspect formel des demandes d'accès peut avoir un effet négatif puisqu'il crée une procédure là où elle n'existait pas auparavant. Ceci peut amener les autorités à considérer plus étroitement leur disposition à fournir un document ou à se sentir attaqué lors de l'utilisation de ce droit, cela pouvant entraver la fluidité des relations entre médias et autorités<sup>245</sup>.

Concernant les suites données aux demandes d'accès, il est plutôt réjouissant de constater une diminution régulière des refus complets.

Le taux de requêtes en médiation par rapport aux réponses négatives (env. 30 %) semble faible. Si un demandeur veut accéder à un document, on peut imaginer qu'il estime y avoir droit. Le fait que seul un tiers des refus (complets ou partiels) soient suivis de requêtes en médiation indique peut-être que les arguments avancés dans les réponses négatives convainquent les demandeurs. La procédure de médiation peut également paraître lourde et compliquée, voire comparable à une procédure judiciaire. Or, elle n'a pas à être motivée et est entièrement gratuite. Le préposé fédéral met même à disposition sur son site internet des lettres types et des explications très claires à ce sujet.

Le préposé fédéral constate que certaines décisions des tribunaux de ces dernières années ont également « ouvert la porte de la transparence »<sup>246</sup>: le Tribunal fédéral soumet les annexes d'une décision du Conseil fédéral à la loi ce qui est à ce propos très important. C'est également le cas de la pesée d'intérêts subséquente effectuée par le Tribunal administratif fédéral qui reconnaît un fort intérêt public à la transparence.

## B) Mise en œuvre de la loi sur la transparence à **Genève**

### 1) Documents et sources disponibles

Aucune disposition légale ne prévoit d'évaluation systématique ou régulière de la loi. Le préposé genevois doit simplement, aux termes de l'article 56 LIPAD, collecter les données utiles à l'évaluation de la mise en œuvre de la loi. L'ancienne médiatrice et les préposées cantonales actuelles sont tenues de fournir un rapport d'activité complet chaque année<sup>247</sup>. Il existe sept rapports de ce type que nous avons consultés. Ces documents contiennent des chiffres annuels sur certaines activités en matière de transparence. Une évaluation formelle a été menée par la Commission externe d'évaluation des politiques publiques en 2009<sup>248</sup>. Ce travail très complet a consisté à mener des entretiens et une analyse de la jurisprudence, mais également à tester la pratique en matière d'accès aux documents en faisant effectuer des demandes d'accès à une quinzaine de personnes. Cette méthode dont on ne peut pas tirer d'enseignements statistiquement significatifs est néanmoins précieuse en terme qualitatif et de par l'originalité de la démarche. C'est également la méthode choisie par un chercheur de l'Université de Genève qui a procédé à une telle évaluation par sondage dans quatre cantons romands, et spécialement Genève, en 2007<sup>249</sup>.

Notre entretien du 19 avril 2011 avec Mme Isabelle Dubois, préposée cantonale à la protection des

---

244 PFPDT (2009), p. 91.

245 Entretien du 20 mai 2011 avec M. Reto Ammann pour tout le paragraphe.

246 Entretien du 20 mai 2011 avec M. Reto Ammann.

247 Art. 57 LIPAD.

248 CEPP (2009).

249 SPOERRI (2007).

données et à la transparence, et l'analyse de la jurisprudence complètent nos sources pour cette analyse de la mise en œuvre de la loi à Genève.

## 2) Fréquence d'usage du droit

Il n'existe pas d'obligation de tenir des statistiques dans le canton de Genève. Il n'existe donc pas de chiffres concernant le nombre de demandes d'accès déposées. Le champ d'application étant très large<sup>250</sup>, les pratiques de recensement des demandes – lorsqu'elles existent – sont très disparates.

La Commission externe d'évaluation des politiques publiques (ci-après : CEPP) dénote pourtant lors de son étude menée en 2008 quelques faits au sujet de la fréquence d'usage du droit d'accès :

- tous les départements de l'administration cantonale ont déjà reçu des demandes d'accès à des documents officiels, mais on n'en connaît pas le nombre ;
- sur trente-deux communes genevoises interrogées, douze ont indiqué avoir déjà reçu des demandes d'accès faisant référence à la LIPAD depuis l'entrée en vigueur de la loi en 2002<sup>251</sup>, et
- il n'existe pas de données concernant les demandes auprès des institutions externes.

Lors de notre entretien, Mme Isabelle Dubois nous a confirmé qu'aucune statistique concernant les demandes d'accès n'existe. La seule conclusion que l'on peut tirer sur cet aspect est que le nombre de requêtes de médiation auprès des autorités est relativement faible et stable depuis 2002<sup>252</sup>. Les autorités en concluent que le « public trouve satisfaction dans ses recherches » et « que l'administration a intégré sans problème le principe de transparence »<sup>253</sup>. Ce n'est pas l'avis des préposées cantonales pour qui la loi sur la transparence est « restée lettre morte »<sup>254</sup> depuis son entrée en vigueur en 2002. On constate par exemple que le bureau des préposées genevoises n'a donné, lors de sa première année d'activité, 2010, que 4 renseignements à des citoyens au sujet de la transparence contre 28 concernant la protection des données<sup>255</sup>.

## 3) Sorts réservés aux demandes d'accès

En l'absence de statistiques sur le nombre de demandes d'accès, il n'est pas possible d'obtenir des informations globales dans ce domaine. On peut pourtant se fonder sur deux sondages, effectués sous forme de tests non annoncés, auprès de l'administration genevoise pour estimer la pratique. Le premier a été effectué en 2007 dans le cadre d'une recherche universitaire sur la mise en œuvre de la loi genevoise<sup>256</sup>. L'auteur a procédé à une « évaluation empirique » de la loi genevoise sur la transparence et de certaines lois cantonales. Le dispositif mis en place consistait à rechercher des informations d'abord de manière active, sur internet. Si la réponse n'était pas trouvée, l'auteur envoyait des demandes d'accès, sans préciser sa qualité de chercheur ni en n'invoquant la LIPAD, aucune forme particulière n'étant exigée. Il n'est en effet pas nécessaire de faire référence à la loi pour que la demande doive être juridiquement considérée comme une demande d'accès par l'autorité. Sur les 31 demandes d'accès formulées auprès de différents services et institutions cantonales, seules 19 ont reçu une réponse après un mois. Sur ces 19 réponses, 4 réponses contenaient les documents demandés complets, 2 des données partielles ou absentes et 13 constituaient des refus d'accès ou l'absence d'information. Après une relance de 24 demandes<sup>257</sup>, avec cette fois la référence explicite de la loi, 15 ont obtenu une réponse dont 4 complètes, 1 partielle et 10 refus ou absence d'information.

En effectuant une consolidation de ces résultats, c'est-à-dire en ne tenant pas compte de la

250 Rappelons que le PPDT/GE a recensé au moins 216 institutions soumises à la loi. Cf. *supra* p. 21.

251 CEPP (2009), p. 49.

252 Cf. *infra* p. 61.

253 CEPP (2009), p. 52.

254 PPDT/GE (2010), p. 18.

255 PPDT/GE (2010), p. 8.

256 SPOERRI (2007).

257 Pour le détail chiffré et les explications détaillées sur la méthodologie, voir SPOERRI (2007), p. 76 ss.

référence ou non à la loi cantonale et en considérant les relances comme de nouvelles demandes, on constate que sur 55 demandes d'accès, 8 (soit 15 % des demandes initiales) ont été suivies d'une information complète, 3(5 %) d'une information partielle et 44 (80 %) d'un refus, d'absence de l'information, d'une demande de justification ou, plus simplement, de pas de réponse du tout (21 = 38 % pour ce dernier cas de figure), soit d'un refus au sens légal. Il est très frappant de constater qu'un peu plus de 60 % des demandes seulement ont obtenu une réponse.

La Commission externe d'évaluation des politiques publiques s'est également prêtée à un test du même genre en été 2008. Sur les 44 questions posées à l'administration cantonale et aux communes, 14 (32 %) ont obtenu une réponse complète, 16 (36 %) une réponse partielle et 14 (32 %) n'ont pas abouti du tout (refus ou non-réponse). A noter que pour cette étude, plusieurs relances et différents moyens de communication ont été utilisés. Après la première démarche, seules 5 demandes (11 %) ont directement abouti complètement.

Bien qu'il s'agisse d'études qualitatives dont les résultats ne peuvent être généralisés, il est possible de rapprocher les deux études et de constater quelques faits. Les informations demandées ont été fournies complètement dans moins de 20 % des cas suite à la première demande d'accès. Certes, il n'est pas attendu de l'administration que 100 % de ses réponses soient positives ni complètes puisque certains documents n'existent pas et que les autorités ne doivent pas communiquer les documents qui tombent sous le coup des exceptions de la loi. Pourtant, à la lecture du contenu des demandes d'accès élaborées par les chercheurs et de certaines réponses négatives, on se rend compte que les autorités n'invoquent pas toujours les exceptions à la loi ou l'inexistence des documents demandés. Il est au contraire souvent requis du demandeur qu'il justifie sa demande (ce qui est contraire à la loi et au principe de transparence). Le plus frappant est toutefois la proportion de non-réponses. Elle frise les 40 % dans la première étude (une seule demande) et atteint 25 % dans la deuxième (après plusieurs relances).

#### 4) Demandes accordées et refusées

Il n'existe pas d'information sur la nature ou le traitement des demandes d'accès accordées ou refusées. Les sondages cités plus haut permettent pourtant de conclure que si une autorité répond (positivement ou non), elle le fait **rapidement voire très rapidement** puisqu'en moyenne, dans l'étude de KASPAR SPOERRI, il n'a fallu attendre que 2 jours pour obtenir une réponse dans les demandes ne citant pas la LIPAD et 10 jours pour les demandes citant la loi<sup>258</sup>. La question des émoluments demandés pour le travail effectué ne se pose pas à Genève puisque l'accès est toujours gratuit (sauf copies). Quant au mode de consultation des documents quand la réponse est positive, on ne le connaît pas.

La proportion de demandes refusées faisant l'objet d'une demande de médiation est elle aussi inconnue. Il est par contre possible de connaître certains motifs de refus invoqués par les autorités. La CEPP a en effet consulté et étudié l'ensemble des dossiers des médiations des six premières années d'application de la loi et a constaté que les motifs de refus étaient, par ordre, d'importance, les suivants<sup>259</sup> :

- atteinte à la sphère privée ou familiale ;
- risque de révéler des secrets (professionnels, de fabrication ou d'affaires) ;
- divulgation de faits donnant un avantage indu à un tiers (concurrence) ;
- les buts poursuivis par le requérant ne coïncident pas avec ceux prévus par la LIPAD ;
- procédures judiciaires en cours selon l'art. 20 al. 2 aLIPAD, et
- les pièces demandées ne constituent pas un document au sens de la LIPAD.

La CEPP observe qu'à deux reprises, il a également été demandé aux requérants de motiver leur demande.

---

258 Cf. SPOERRI (2007), pp. 89 et 90. L'étude la CEPP décrit un délai de 7 jours pour les demandes formulées par courrier électronique, CEPP (2009), p. 38.

259 CEPP (2009), p. 55. Il ne s'agit que des refus ayant été suivis d'une requête en médiation.

Il est frappant de constater que les autorités s'arrêtent au « but poursuivi » par le requérant ou demandeur de justifier la demande. Cela trahit un problème de formation en matière de transparence puisqu'un des axiomes de ce principe est qu'aucune motivation ne doit être formulée par le demandeur, le droit d'accès aux documents consacrant, nous l'avons vu, un véritable droit à la « simple curiosité ».

## 5) Médiation

La nouvelle préposée genevoise à la protection des données et à la transparence, entrée en fonction le 1er janvier 2010, travaille avec une préposée suppléante. Leur bureau dispose par ailleurs d'un poste de juriste et d'un poste de secrétariat. La latitude laissée par la loi en matière de médiation a permis la mise en place d'une procédure bien particulière pour traiter les demandes de médiation<sup>260</sup>. Le processus complet est partagé en deux parties distinctes : d'une part une médiation menée par une des deux préposées (à tour de rôle), puis, si elle n'aboutit pas, une recommandation est rédigée par la préposée n'ayant pas pris part au processus de médiation.

La première phase respecte les règles déontologiques édictées par la Fédération suisse des associations de médiation<sup>261</sup>. Avant une rencontre de médiation, la préposée rencontre en général chacune des parties, séparément, de manière informelle. Cela permet à la préposée de mieux comprendre la problématique et pour chacune des parties de se préparer à la rencontre commune. Cette séance de médiation débute par la signature d'un engagement de médiation qui précise les règles et notamment que tout le contenu de la médiation, y compris un éventuel accord, est confidentiel. Ensuite, les parties échangent sur leurs besoins et attentes. La préposée ne formule aucune position ni proposition durant cette phase, mais facilite le dialogue. Si à l'issue de la séance, en général unique, un accord est trouvé, il est rédigé et signé sur place par les parties. Il reste confidentiel sauf arrangement contraire des parties. La question de l'exécutabilité de cet accord n'est pas réglée, mais selon Mme Isabelle Dubois, cela ne pose pas de problème en pratique, les parties tenant leurs engagements<sup>262</sup>. L'affaire est alors classée.

Si un accord n'est pas trouvé, la préposée qui n'a pas participé à la tentative de médiation reprend le dossier sans prendre connaissance des échanges formulés pendant la médiation dont toutes les notes sont détruites. Le cas est alors traité sous l'angle juridique et c'est à ce moment-là que la préposée consulte le document litigieux puis rend une recommandation sur le fond au sens de la loi.

Nous avons extrait des chiffres sur le nombre de requêtes en médiation et sur leur traitement dans le tableau suivant :

Tableau 6 : Requêtes de médiation et leurs issues dans le canton de Genève.

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	Moyennes par année
Nombre de requêtes de médiation	11	9	15	2	10	11	5	10	10	<b>9</b>
Médiations réussies	3	6	3	4	1	2	1	2	4	<b>3</b>
Recommandations émises	5	5	7	1	2	9	2	3	2	<b>4</b>

Source des données : rapports annuels de la médiatrice (2002-2009) puis du PPDT/GE.

On constate une grande stabilité dans le nombre de requêtes de médiation reçues par année, avec une moyenne de neuf. L'issue de ces procédures semble se partager entre accord de médiation pour un tiers des requêtes et recommandation pour un peu plus de 40 %. Le solde, relativement important, concerne des procédures devenues sans objet ou irrecevables.

De 2002 à 2008, c'est une « médiatrice en matière d'information au public et de documents » qui menait les médiations. Le contenu des recommandations, dont nous avons pris connaissance suite à une demande d'accès déposée par nos soins auprès de la Chancellerie genevoise, résumait les faits et constatait l'échec de la médiation sans proposer de solution. Selon l'évaluation de la CEPP, ces recommandations « [...] ne constituent pas des recommandations dans la mesure où elles ne

260 La procédure décrite aux art. 8 et 9 du règlement interne du PPDT/GE (PPDT/GE (2010), annexe 1) nous a été présentée en détail lors de l'entretien du 19 avril 2011 avec Mme Isabelle Dubois.

261 [http://www.infomediation.ch/cms/fileadmin/dokumente/fr/Reglements/Regles\\_deontologiques\\_\\_def.pdf](http://www.infomediation.ch/cms/fileadmin/dokumente/fr/Reglements/Regles_deontologiques__def.pdf) (10.06.2011).

262 Entretien du 19 avril 2011 avec Mme Isabelle Dubois.

guident pas les institutions. A défaut de conseils, les institutions sont potentiellement plus enclines à persévérer dans leurs refus »<sup>263</sup>. La pratique a changé actuellement et les nouvelles préposées réalisent des recommandations qui examinent le fond de l'affaire.

La **durée de traitement** des requêtes en médiation a été estimée à trois mois pour les six premières années de fonctionnement de la médiatrice<sup>264</sup>.

## 6) Jurisprudence

La jurisprudence est riche au niveau genevois, puisque le Tribunal administratif cantonal s'est prononcé 23 fois concernant l'accès aux documents officiels et que le Tribunal fédéral a été saisi pour en examiner 7 d'entre eux<sup>265</sup>. Voici un résumé de quelques arrêts dont les principes nous semblent particulièrement intéressants ou importants :

### **Intérêt public à la transparence vs intérêt à la protection de la sphère privée**<sup>266</sup>

Concernant l'accès à un audit relationnel de l'Office cantonal du logement, le tribunal conclut d'abord que son caviardage n'est pas possible sans rendre le document illisible ou sans intérêt. Il effectue donc une pesée d'intérêts entre l'intérêt public à la transparence (« l'intérêt public du droit du citoyen à l'information concernant le mode de fonctionnement de l'Etat au sens large ») et l'intérêt privé de quatorze personnes opposées à la publication, car cela porterait atteinte à leur sphère privée ou familiale. Le tribunal estime que le besoin de transparence, répondant parfaitement au but poursuivi par la loi, prime l'intérêt privé des personnes citées dans le rapport. L'audit doit être communiqué dans son intégralité.

### **Code source du logiciel de gestion du vote électronique**<sup>267</sup>

Deux personnes privées demandent à obtenir l'accès au code source du logiciel de gestion du vote électronique cantonal. La chancellerie accorde la consultation du code dans ses locaux, mais demande au préalable aux demandeurs de signer une convention de non-divulgateur. Les demandeurs peuvent consulter le code à « condition expresse de ne divulguer à personne les informations obtenues lors de cette consultation ». Les intéressés ont refusé de signer cette convention et n'ont pu consulter le code source. Le tribunal se prononce sur la légitimité de cette restriction d'accès. Il écarte rapidement les arguments de « risque de piratage » et de « dénigrement ». Il n'est pas démontré que le premier serait augmenté par la divulgation du code et le principe de transparence prévoit justement la possibilité pour les citoyens d'exercer un avis critique sur l'activité de l'Etat. Les demandeurs doivent donc pouvoir obtenir une copie papier du code source complet. Quant aux principes du droit d'auteur, ils doivent permettre à la chancellerie de maintenir les clauses interdisant la reproduction et la diffusion du code source complet. Les demandeurs voulaient également accéder au contrat entre l'Etat et la société conceptrice du logiciel ainsi qu'aux rapports d'audit de sécurité du système. Ces accès sont refusés par le tribunal qui y voit des secrets d'affaires pour le premier et des informations sensibles pouvant compromettre la sécurité du système informatique dans le deuxième. Un accès partiel n'étant pas possible, l'accès est refusé. Le Tribunal fédéral a confirmé cet arrêt en rejetant le recours des demandeurs<sup>268</sup>.

### **Comptes des partis politiques et tâches publiques**<sup>269</sup>

Le demandeur désire accéder aux comptes des partis politiques détenus par l'administration. La loi cantonale sur l'exercice des droits politiques prévoit en effet que chaque parti remette ses comptes à l'administration et que chaque citoyen genevois peut les consulter. Le demandeur désire en obtenir une copie. Le demandeur a pu consulter les comptes, mais le service concerné a refusé qu'il en obtienne des copies. La LIPAD prévoyant le droit d'obtenir des copies, le demandeur a recouru auprès de la médiatrice puis du tribunal cantonal. Ce dernier a jugé que la LIPAD ne trouvait pas d'application dans ce cas puisque les comptes des partis politiques « ne sont

263 CEPP (2009), p. 66.

264 CEPP (2009), p. 56.

265 « Tableau des arrêts anonymisés de la Chambre administrative de la Cour de justice », publié par le PPDT/GE sur <http://www.geneve.ch/ppdt/jurisprudence.asp> (22.06.2011).

266 Arrêt du TA/GE ATA/752/2004 du 28 septembre 2004 = SJ 2005 I 130.

267 Arrêt du TA/GE ATA/807/2005 du 29 novembre 2005 = RDAF 2006 I 355.

268 Arrêt du TF 1P.29/2006 du 23 mars 2006.

269 Arrêt du TA/GE ATA/634/2003 du 26 août 2003.

pas des "documents" au sens de la loi, car ils ne sont pas susceptibles de contenir des "renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique" ».

Le Tribunal fédéral auprès duquel le demandeur a recouru, a cassé le jugement et octroyé la possibilité d'effectuer des copies sur la base de la loi sur l'exercice des droits politiques<sup>270</sup> : si une consultation est possible, le droit d'en faire une copie peut en être déduit, même si l'accès est réservé aux citoyens genevois. Puisqu'il est possible de prendre des notes pendant la consultation, la remise de copie n'est qu'une facilité et son interdiction est arbitraire. Le Tribunal fédéral ne s'est donc pas prononcé sur l'interprétation de la LIPAD concernant le caractère de « renseignements relatifs à l'exercice d'une tâche publique » nié par le Tribunal cantonal pour les comptes des partis.

#### **Travail disproportionné**<sup>271</sup>

Le recourant voulait accéder aux rapports annuels de 1996 à 2002 de l'autorité de surveillance en matière de poursuites et faillites qui se présentent sous la forme de 8 volumes reliés et de 5 classeurs fédéraux. Ces documents contenant de nombreuses données nominales et personnelles, le tribunal a considéré que le travail de caviardage était trop important pour que l'accès puisse être accordé au vu de l'intérêt privé relatif du recourant.

*Cet arrêt est à notre avis critiquable dans la mesure où il prend en compte l'intérêt privé du recourant ce qui ne devrait pas être le cas dans le cadre du principe de transparence. L'intérêt à prendre en compte étant l'intérêt public à la transparence de l'Etat, qui n'a pas été examiné dans cette affaire, et cela sans tenir compte de l'identité ou de l'intérêt du demandeur.*

#### **Auditeur mandaté par l'Etat**

Cette très longue affaire a donné lieu à quatre arrêts cantonaux<sup>272</sup> et quatre arrêts du Tribunal fédéral<sup>273</sup> (décisions incidentes). Elles concernent un rapport d'audit effectué par le Département des institutions au sujet d'un ancien chef de la police. Ce rapport avait été confié par un département à un mandataire privé, avocat. Ce dernier évoquait le secret professionnel pour s'opposer à fournir au tribunal, pour examen, l'entier de son dossier. Puisqu'il agissait comme agent de l'Etat pour ce mandat, et donc dans un rapport de droit public, les tribunaux ont estimé qu'il ne pouvait pas se prévaloir du secret professionnel des avocats et que la LIPAD était applicable. Sur le contenu du dossier, les arrêts concluent d'une part que les courriers électroniques envoyés d'un collaborateur à l'autre au sein de la police constituant des échanges informels entre les membres du personnel ne revêtent pas la qualité de document officiel et ne doivent pas être communiqués. Concernant les notes manuscrites de l'auditeur, constituées de mots-clés, elles ne sont pas non plus accessibles. Ce ne sont pas de procès-verbaux achevés, mais des notes à usage personnel qui ne sont pas des documents au sens de la LIPAD.

## 7) Bilan de mise en œuvre neuf ans après l'entrée en vigueur

Bien que le nombre de demandes d'accès soit inconnu, les avis divergent fortement sur le bilan à tirer de la première petite décennie de mise en œuvre de la LIPAD. Les autorités semblent satisfaites au contraire des chercheurs et des nouvelles préposées. Le faible nombre de requêtes en médiation peut en effet être interprété d'une manière ou de l'autre : comme témoin du peu de litiges donc de la bonne marche de la loi ou comme révélateur du caractère peu connu de la loi et du faible nombre de requêtes. Les travaux d'évaluation étudiés plus haut montreraient plutôt un fort taux de méconnaissance de la loi et des difficultés pour les citoyens d'y avoir recours. Les taux de non-réponses mis en évidence dans les sondages sont, par exemple, très inquiétants.

La préposée genevoise indique que, jusqu'ici, les autorités n'ont pas agi activement pour mettre en œuvre le principe de transparence, bien qu'on puisse noter quelques actions ponctuelles bienvenues comme la mise en ligne de la Feuille des avis officiels. Deux éléments peuvent expliquer cela : l'absence d'organisme chargé de coordonner et de donner des impulsions dans

---

270 Arrêt du TF 1P.601/2003 du 26 novembre 2003.

271 Arrêt du TA/GE ATA/231/2006 du 2 mai 2006.

272 Arrêts du TA/GE ATA/102/2008 du 4 mars 2008, ATA/210/2009 du 28 avril 2009, ATA/211/2009 du 28 avril 2009 et ATA/383/2010 du 8 juin 2010.

273 Arrêts du TF 1C\_129/2008, du 12 août 2008, 1C\_149/2008 du 12 août 2008, 1C\_247/2009 du 8 juillet 2009 et 1C\_249/2009 du 8 juillet 2009.

ce domaine jusqu'à fin 2009 et la méconnaissance et/ou le désintérêt du public concernant l'accès aux documents officiels. Les difficultés liées à la mise en œuvre tiennent également au fait que les autorités ne travaillent pas toujours sur la base de directives internes établies. Dans ce contexte, il est difficile pour une administration d'expliquer comment elle travaille. Enfin, l'accueil réservé à la mise en œuvre du droit d'accès semble très différent que ce soit de la part du « petit Etat » (les 7 départements de l'administration cantonale) ou de celle des autres institutions soumises à la loi (communes et institutions para-étatiques). Le premier est « sur les pattes arrière » alors que les autres institutions sont très accueillantes. La préposée explique ne pas comprendre cette différence de réaction<sup>274</sup>.

La jurisprudence donne, dans l'ensemble, plutôt un signe d'ouverture à la transparence. Ainsi, selon la CEPP, « Dans un peu plus d'un cas sur deux, [le Tribunal administratif] a donné raison au recourant, ce qui est un bon taux de succès »<sup>275</sup>.

Dans son rapport, la CEPP constate, de plus, des effets non désirés consécutifs à l'introduction de la loi sur la transparence à Genève. Ainsi, la rédaction de certains procès-verbaux aurait évolué, dans le sens que ces derniers contiendraient désormais moins d'informations. L'utilisation plus fréquente de « post-it », que l'on peut facilement retirer d'un dossier, serait aussi constatée dans certains cas<sup>276</sup>.

## C) Mise en œuvre de la loi sur la transparence dans le canton de Vaud

### 1) Documents et sources disponibles

Le règlement cantonal prévoit que la Commission restreinte de médiation (remplacée depuis 2009 par le préposé vaudois) remet en principe chaque année un rapport portant sur son appréciation de la mise en œuvre de la loi<sup>277</sup>. Les documents à disposition sont donc les trois rapports de la commission restreinte de médiation portant sur les années de 2004 à 2008 et le rapport du préposé cantonal pour 2009 et 2010, leurs annexes et les réponses du Conseil d'Etat à ces rapports. Nous nous baserons, en plus, sur un travail de recherche effectué par l'IDHEAP, qui concerne spécifiquement l'évaluation du principe de transparence dans le canton de Vaud<sup>278</sup>. Le travail de recherche de KASPAR SPOERRI déjà cité pour l'analyse de la loi genevoise comporte un volet vaudois, notamment dans sa partie de test concret. Nous nous y référerons pour l'estimation du sort des demandes d'accès. La jurisprudence du Tribunal cantonal et notre entretien du 3 mai 2011 avec M. Christian Raetz, préposé cantonal à la protection des données et à l'information, complètent nos sources.

### 2) Fréquence d'usage du droit

Les demandes d'accès ne sont pas recensées, ni en vertu d'une disposition légale ni volontairement par les autorités. Comme nous l'avons vu pour les lois précédemment examinées, il est de toute manière quasiment impossible de tenir une statistique fiable puisque les demandes d'accès ne doivent pas revêtir une forme particulière. Cette difficulté est d'autant plus grande dans le canton de Vaud puisque les demandes d'accès peuvent concerner les documents officiels, mais aussi les « renseignements et informations » au sens large<sup>279</sup>. Dans sa recherche menée par questionnaire auprès des différents services de l'Etat, PHILOMÈNE MEILLAND constate que la grande majorité des demandes d'accès concernent des demandes d'informations générales plutôt que des demandes d'accès à des documents<sup>280</sup>. Il n'a pourtant pas été possible de chiffrer le

---

274 Entretien du 19 avril 2011 avec Mme Isabelle Dubois pour tout le paragraphe.

275 CEPP (2009), p. 67.

276 CEPP (2009), p. 67.

277 Art. 36 RLinfo.

278 MEILLAND (2010)

279 Cf. *supra* p.28.

280 MEILLAND (2010), p. 49.



nombre de demandes de ce type. Concernant les requêtes d'accès à des documents officiels, sur 20 services ayant donné des chiffres, 9 déclarent ne pas avoir eu de telles demandes durant l'année 2008, 8 ont estimé avoir reçu moins de 15 demandes et 3 services plus de 100 demandes. Ces décomptes estimatifs n'ont pas été effectués selon des critères précis et comparables, certains services ayant inclus les demandes concernant des documents déjà publiés ou demandés par d'autres autorités à l'inverse d'autres services ne considérant que les demandes mentionnant explicitement la LInfo. L'auteure de l'étude conclut que le nombre de demandes d'accès aux documents officiels est faible et que « les requêtes mentionnant explicitement la LInfo sont quant à elles presque inexistantes »<sup>281</sup>. Le questionnaire démontre aussi que, de l'avis de la grande majorité des services ayant répondu, le nombre de demandes d'accès à des documents officiels est resté stable depuis l'entrée en vigueur de la loi. Dans leurs rapports sur la mise en œuvre de la loi, la Commission restreinte de médiation et le préposé vaudois constatent aussi que la LInfo est peu utilisée, notamment par les journalistes et que les autorités ne sont en tout cas pas paralysées par cette loi comme certains auraient pu le craindre au moment de son élaboration<sup>282</sup>. Concernant les demandes adressées aux communes et autres institutions, aucune information récente n'est disponible. L'Union des communes vaudoises avait consulté ses membres au terme de la première année d'application de la loi. La Chancellerie d'Etat cite ce sondage<sup>283</sup> pour constater que les demandes auprès des communes ont été en faible augmentation durant la première année de mise en vigueur de la loi, mais sans constituer une avalanche de requêtes. La Chancellerie avait également sondé les autres institutions soumises à la loi. Aucune n'avait remarqué de différence suite à l'entrée en vigueur de la loi une année plus tôt.

Sans qu'on puisse chiffrer ce constat, on peut donc admettre que le nombre de demandes d'accès à des documents officiels est faible et que les demandes d'informations générales n'ont pas significativement augmenté depuis l'entrée en vigueur de la loi. Le préposé cantonal est également d'avis que la loi reste très peu connue et peu utilisée par les personnes potentiellement intéressées, notamment à cause du manque d'information au sujet des droits qu'elle confère au public<sup>284</sup>.

### 3) Sorts réservés aux demandes d'accès

Pour estimer le sort des demandes d'accès, il est intéressant de comparer les deux sources donnant des informations à ce sujet. Dans l'étude de PHILOMÈNE MEILLAND<sup>285</sup> sur l'évaluation de la loi vaudoise, 14 services ont répondu à une question sur le sort des demandes. 11 services indiquent qu'ils les acceptent à plus de 90 % (dont 6 les accepteraient à 100 %) et pour les 3 services restants le taux d'acceptation annoncé est de plus de 50 %. Il convient d'interpréter ces résultats avec prudence au vu du faible nombre de répondants et de demandes concernées.

Le test concret effectué par KASPAR SPOERRI<sup>286</sup> nous permet d'appréhender la situation effective du demandeur. Concernant le canton de Vaud, ce chercheur a effectué 52 demandes mentionnant ou non la loi<sup>287</sup>. Rappelons que la mention ou non de la loi n'a pas d'influence sur la qualification juridique ou la manière dont la demande doit être traitée par l'autorité. Huit demandes (soit 15 % des demandes initiales) ont été suivies d'une information complète, 8 (15 %) d'une information partielle et 36 (69 %) d'un refus, d'absence de l'information, d'une demande de justification ou, plus simplement, de pas de réponse du tout (21 = 40%), soit d'un refus au sens légal. Ici, comme dans le canton de Genève, le faible taux de réponse est très frappant, voire inquiétant.

Il n'est *a priori* pas possible de porter une appréciation sur la nature des réponses puisqu'un refus peut être parfaitement justifié. Une information partielle ou une absence d'information peut être tout aussi légitime, par exemple si les documents contiennent des données personnelles ou n'existent pas. Comme à Genève, KASPAR SPOERRI constate toutefois que bon nombre d'autorités esquivent la communication du document en usant de différentes pratiques (que l'auteur n'hésite

281 MEILLAND (2010), p. 50.

282 Cf. par exemple Commission restreinte de médiation / VD (2007), p. 3 et PPD/VD (2010), p. 16.

283 CHANCELLERIE VD (2005).

284 Entretien du 3 mai 2011 avec Christian Raetz.

285 MEILLAND (2010), p. 54.

286 SPOERRI (2007), p. 85.

287 20 de ces 52 demandes consistent en des relances des premières avec mention de la loi.

pas à nommer « stratégies »). L'autorité peut jouer la naïveté en expliquant ne pas comprendre la demande, renvoyer à un site internet général ou ne répondre qu'à la partie la moins problématique de la demande en ignorant le surplus.

La perception des autorités au vu de leur réponse dans la première étude et les chiffres qui ressortent du test effectué dans la deuxième étude sont tout à fait contradictoires. Même si cela ne porte que sur un nombre limité de demandes d'accès, on constate que les autorités disent répondre positivement à la grande majorité des demandes alors que le test montre que seuls 15 % des demandes sont complètement satisfaites du point de vue du demandeur. On assiste ici à l'illustration d'un décalage très important existant entre la situation perçue d'un côté par un demandeur et de l'autre côté par l'autorité traitant les demandes d'accès.

Une disposition de la loi exige des autorités qu'elles transmettent des copies de leurs décisions négatives au préposé cantonal. Selon ce dernier, seules 3 ou 4 décisions par année lui sont transmises, ce qui est assurément en dessous des décisions négatives émises<sup>288</sup>. Certains refus d'accès ne sont certainement pas rendus sous la forme de décisions négatives formelles et certaines décisions ne sont certainement pas transmises au préposé. Il y a un travail important d'information à réaliser auprès des autorités, notamment à ce sujet, mais le préposé manque de temps pour réaliser ces tâches.

#### 4) Demandes accordées et refusées

Il n'existe pas d'information sur la nature ou le traitement des demandes d'accès accordées ou refusées. Le sondage de KASPAR SPOERRI permet pourtant de conclure que si une autorité répond (positivement ou non), elle le fait **rapidement voir très rapidement** puisqu'en moyenne, il n'a fallu que 4 jours pour obtenir une réponse dans les demandes ne citant pas LInfo et 3,6 jours pour les demandes citant la LInfo.

Il n'existe pas d'information concernant les émoluments demandés ni le mode de consultation des documents en cas de réponses positives.

#### 5) Médiation/Conciliation

Le terme qualifiant cette procédure non judiciaire a évolué depuis l'introduction de la loi. Lors de la conception de la loi, le législateur a choisi d'instaurer une **médiation** en confiant cette tâche à une Commission restreinte. Depuis le 1er novembre 2008, une modification de la loi a supprimé la Commission et c'est une **conciliation** que doit maintenant tenter le préposé vaudois. Cette modification sémantique signifie que, dans la procédure actuelle, le préposé peut activement proposer des solutions. Théoriquement, une médiation exclut les propositions du médiateur dont le rôle est de faciliter le dialogue pour que les parties fassent émerger elles-mêmes les solutions. Il ne ressort pas des rapports de la Commission restreinte de médiation que l'une ou l'autre méthode avait été strictement choisie. Le changement de loi a surtout modifié le visage de l'autorité pouvant être saisie : d'une commission composée de trois personnes ne traitant que des problématiques d'informations, on est passé à un préposé professionnel qui est également chargé d'appliquer la loi sur la protection des données. Le préposé organise en règle générale une séance de conciliation (qui n'est pas obligatoire) après avoir au préalable pris connaissance des documents litigieux<sup>289</sup>.

Voici les statistiques des requêtes en médiation et de leurs issues.

---

288 Entretien du 3 mai 2011 avec M. Christian Raetz.

289 Entretien du 3 mai 2011 avec M. Christian Raetz.

Tableau 7 : Requêtes de médiation ou conciliation et leurs issues dans le Canton de Vaud

	2004	2005-2006	2007-2008	2009	2010	Moyennes par année
Nombre de requêtes en médiation / conciliation	2	7	7	3	4	3
Médiation / Conciliation aboutissant à un accord complet	1	2	2	?	?	1
Recommandations / décisions émises (échec de la médiation / conciliation)	0	0	1	0	2	0

Source des données : Rapport d'activités de la Commission restreinte de médiation et du PPDI/VD.

Note : Le nombre de conciliations réussies en 2009 et 2010 n'est pas connu.

Le très faible nombre de médiations ou conciliations recensé provient certainement d'une part du fait que la procédure de conciliation est **facultative** et que la procédure directe auprès du Tribunal cantonal est également **gratuite**. De plus, la procédure de conciliation n'est ouverte que pour les litiges opposant un demandeur à l'administration cantonale au sens strict (et, éventuellement, les autres institutions<sup>290</sup>). Ces deux spécificités expliquent en partie le très faible nombre de saisies de l'instance compétente. De plus, on constate dans les statistiques présentées ci-dessus qu'une proportion importante de dossiers n'aboutit ni à un accord ni à une recommandation (ou décision) de l'instance compétente. Il s'agit de dossiers pour la plupart irrecevables ou retirés avant la fin de la procédure.

Pour avoir une vision des actions en première instance comparable à celles des autres cantons, nous devons ajouter à cette statistique celle des recours directs auprès du Tribunal cantonal. Étonnamment, sur les 22 arrêts rendus à fin avril 2011, seuls deux ont trait à des dossiers sur lesquels la commission s'en penchée. Dans les deux cas, elle a dû décliner sa compétence puisqu'il s'agissait de requêtes d'informations concernant le Conseil d'Etat qui statue définitivement sur les demandes d'accès qui lui sont adressées.

Tableau 8 : Requêtes en première instance dans le canton de Vaud

	2004	2005-2006	2007-2008	2009	2010	Moyennes par année
Nombre de requêtes en médiation / conciliation	2	7	7	3	4	3
Nombre de saisines du Tribunal cantonal en première instance (ayant été jugées à fin avril 2011)	4	9	4	1	2	3
Total de requêtes en première instance	6	16	11	4	6	6

Notes : une saisine du tribunal a lieu à fin 2003, nous l'avons incluse dans les chiffres 2004.

Le tribunal a certainement été saisi de recours qu'il n'a pas encore tranchés.

On constate donc qu'en première instance, les titulaires du droit d'accès à des documents officiels font appel dans la moitié des cas au tribunal et dans l'autre à la procédure non judiciaire prévue.

## 6) Jurisprudence

Le caractère gratuit du recours auprès du Tribunal cantonal et le passage facultatif - et impossible dans certains cas - en procédure de conciliation, expliquent le nombre relativement important de litiges portés en justice par rapport aux demandes en médiations / conciliation. On dénombre à fin avril 2011 22 arrêts rendus par le Tribunal cantonal dont un a été examiné par le Tribunal fédéral.

### Appels téléphoniques passés à la centrale d'alarme

Le demandeur désire obtenir le rapport des appels reçus par la centrale d'alarme le jour d'un incendie. Après avoir déposé des demandes d'accès auprès de deux municipalités qui ne détenaient pas le document, le demandeur s'est adressé au département cantonal compétent. Sa requête a été refusée tour à tour par trois jugements cantonaux<sup>291</sup>, dont un a été confirmé par le Tribunal fédéral<sup>292</sup>. Le demandeur s'est alors adressé directement à l'établissement cantonal d'assurance contre l'incendie (ECA). Suite à son refus, le demandeur a une nouvelle fois saisi le

290 Cf. *supra* p. 33.

291 Arrêts du TA/VD GE.2006.0043 du 4 avril 2006, GE.2006.0059 du 19 juillet 2006 et GE.2006.0205 du 27 avril 2007.

292 Arrêt du TF 1P.499/2006 du 2 octobre 2006.

Tribunal cantonal. Après une audience préliminaire, l'ECA a accepté de fournir un document résumant les appels reçus et les actions entreprises, en respectant l'anonymat des appelants et des collaborateurs. Le demandeur, trouvant ce document insuffisant, a saisi le Tribunal cantonal. Ce dernier a confirmé que le document fourni par l'ECA « correspond à ce que le recourant pouvait obtenir en application de la LInfo » en tenant compte de l'intérêt à la protection de la sphère privée des appelants et de l'intérêt public à ce que les appelants ne soient pas connus, ce qui pourrait à l'avenir dissuader des témoins d'avertir les pompiers en appelant le numéro 118<sup>293</sup>.

#### **Documents internes de l'administration des impôts<sup>294</sup>**

Le demandeur, avocat, voulait accéder aux directives internes de taxation des indépendants de l'administration cantonale des impôts. Ces documents contenaient par exemple le montant en dessous duquel une déduction de frais professionnels n'est pas contrôlée. L'autorité refusait de communiquer ce « programme de travail » car il s'agissait d'un document interne. Cet argument a été rejeté par le tribunal qui considère qu'« on se trouve en effet en présence d'une sorte d'ordonnance interprétative dont la principale particularité est que l'administration entend la conserver par-devers elle et la considérer comme occulte. Toutefois, l'autorité n'a pas le pouvoir de décider de son propre chef qu'un document est "interne" dans le seul but de l'exclure du droit à l'information. » D'autre part, selon l'autorité, la diffusion du document risquait d'encourager les contribuables indépendants à déduire le montant maximum admis sans vérification. La révélation de ces chiffres obligerait l'administration à renoncer à une pratique augmentant grandement son efficacité. Cet argument n'est pas non plus suivi par le tribunal qui considère au contraire que la transparence de la pratique administrative rétablirait une inégalité de traitement puisque certains mandataires professionnels, par exemple anciens collaborateurs du service, avaient connaissance de ces montants. Finalement, ce type de documents n'est pas couvert par le secret fiscal qui protège les données des contribuables, mais pas de l'administration. Le document doit donc être communiqué au demandeur.

#### **Champ d'application : personne privée investie d'une tâche publique<sup>295</sup>**

Le demandeur désirait obtenir la liste des subsides et subventions octroyés par une association privée, la Société vaudoise d'aide sociale et culturelle de la Loterie romande (SVASC). Cette dernière a refusé l'accès en niant être soumise à la LInfo. Le tribunal conclut au contraire que « la SVASC est investie d'une tâche publique (la répartition des bénéfices de loterie), en application des dispositions du droit public fédéral, intercantonal et cantonal. Son activité entre ainsi dans le champ de la LInfo »<sup>296</sup> en vertu de l'art. 2 al. 1 let. e LInfo. Le tribunal ne s'est pas prononcé sur le fond de la demande.

#### **Perturbation du travail d'une autorité - service de protection de la jeunesse (SPJ)<sup>297</sup>**

Un père souhaitait consulter l'ensemble d'un dossier du SPJ relatif à ses enfants. Le tribunal a analysé le cas d'une part au vu de la loi sur la protection des données et d'autre part sous l'angle de la loi sur l'information. Concernant cette dernière, il arrive à la conclusion que dans les affaires complexes de protection de mineurs, « il est en effet nécessaire que les informations puissent circuler librement et que les divers intervenants professionnels (collaborateurs du SPJ, responsables des foyers où sont placés les enfants, etc.) n'aient pas à redouter d'intervention extérieure au stade de l'échange d'informations. La possibilité d'une ingérence externe pourrait inciter les intervenants à rester sur leur réserve en évitant les sujets sensibles, ce qui nuirait en fin de compte à la qualité de la prise en charge des enfants. [...] Garantir au SPJ la possibilité d'effectuer correctement son travail constitue clairement un intérêt public prépondérant au sens de l'art. 16 al. 2 let. a LInfo (risque de perturbation du fonctionnement de l'autorité), qui exclut la consultation par le recourant du journal et des notes des assistants sociaux, des échanges de courriers et de courriels entre les différents intervenants professionnels ainsi que des procès-verbaux des séances de réseau et des pièces relatives à la préparation de ces séances ».

---

293 Arrêt du TA/VD GE.2007.0122 du 5 juin 2008.

294 Arrêt du TA/VD GE.2003.0127 du 15 août 2006.

295 Arrêt du TA/VD GE.2010.0026 du 12 janvier 2011.

296 Cons. 4c.

297 Arrêt du TA/VD GE.2010.0048 du 7 septembre 2010.

## 7) Bilan de mise en œuvre huit ans après l'entrée en vigueur

Selon le préposé, une prise de conscience a lieu petit à petit au sein de l'administration, mais un travail d'information actif au sein des services serait nécessaire pour que la loi soit mieux connue. Il serait par exemple important de rappeler qu'un des buts de la loi concerne les fondements du fonctionnement de l'Etat : le passage à une gestion transparente de son administration est positif, car celle-ci induit une confiance citoyenne accrue. La transparence n'est pas une chicane envers les services de l'Etat. Plus les autorités seront confrontées à des demandes, plus elles devront modifier leur manière de « se communiquer ». La transparence reste le « parent pauvre » des missions du préposé, d'une part parce que moins de missions légales lui sont confiées et, d'autre part, car les demandes sont moins nombreuses à ce sujet qu'au sujet de la protection des données<sup>298</sup>.

Les indices montrent clairement que le nombre de demandes d'accès est resté faible depuis l'entrée en vigueur de la loi. PHILOMÈNE MEILLAND y voit 4 raisons principales qui ressortent des entretiens menés dans le cadre de son étude : la méconnaissance de la loi, des besoins limités en information, des journalistes utilisant peu la loi et un système politique déjà ouvert.

Concernant le traitement des demandes d'accès, il semble qu'ici aussi, la perception du phénomène par les autorités d'une part et les demandeurs d'autre part soit en décalage important. A nouveau, le taux de non-réponse constaté par KASPAR SPOERRI est très élevé et difficilement compréhensible.

La particularité vaudoise, qui permet de saisir directement et gratuitement le tribunal, est beaucoup utilisée. Dans un cas sur deux, le demandeur s'adresse au tribunal sans passer par le préposé. La procédure de conciliation devrait pourtant permettre de régler les choses plus rapidement et plus simplement.

## D) Mise en œuvre de la loi sur la transparence à **Neuchâtel**

### 1) Documents et sources disponibles

À part les rapports d'activités de la Chancellerie cantonale (2007 et 2008), du préposé *ad intérim* (2009) et le rapport du préposé actuel (2010), aucune source écrite n'est disponible pour étudier la mise en œuvre du principe de transparence dans le canton de Neuchâtel. La LTAE n'a fait l'objet que d'un arrêt du Tribunal cantonal depuis son entrée en vigueur il y a quatre ans. Nous avons rencontré le préposé cantonal à la gestion de l'information, M. Christian Flueckiger, le 9 mai 2011.

### 2) Fréquence d'usage du droit

En 2007, pour les trois premiers mois d'existence de la loi, le rapport de la Chancellerie signale qu'« à l'exception de trois demandes satisfaites auprès de la police cantonale, il n'y a eu aucune revendication exprimée aux départements en vertu de la nouvelle loi. Quant aux communes, elles nous ont fait part de quelques demandes posant, à leurs yeux, problème et qui s'inscrivaient dans le cadre de querelles de villages. Ces cas se comptant sur les doigts d'une main ont, à notre connaissance, trouvé une solution acceptable pour les protagonistes en cause. Aucun cas n'a donc été porté devant les tribunaux »<sup>299</sup>. A l'issue de la première année complète, la Chancellerie note simplement que « le sujet ne suscite pas les passions et [...] la chancellerie avec l'aide du service juridique a pu trouver des solutions appropriées pour les rares conflits en la matière, lesquels concernaient essentiellement des autorités communales »<sup>300</sup>. Les rapports de la Chancellerie et du préposé neuchâtelois *ad interim* à la gestion de l'information de 2009, année transitoire, n'apportent aucune information supplémentaire sur l'usage du droit à la transparence. Faute de plus d'information, il n'est donc pas possible, pour le canton de Neuchâtel, de se pencher sur le sort des demandes d'accès.

298 Entretien du 3 mai avec M. Christian Raetz pour tout le paragraphe.

299 CHANCELLERIE NE (2008), p. 6.

300 CHANCELLERIE NE (2009), p. 6.

Nous noterons ici que le souci « de pragmatisme et d'économie »<sup>301</sup> qui a incité le législateur neuchâtelois à exclure les institutions para-étatiques du champ d'application était certainement surévalué. On ne voit pas en quoi l'ajout de ces institutions au champ d'application aurait entraîné des frais au vu du très faible nombre de demandes d'accès perçues. Le champ d'application pourrait toutefois s'élargir aux institutions para-étatiques dans la future convention intercantonale en cours d'élaboration avec le canton du Jura. Le préposé cantonal n'y voit pas forcément une avancée importante, car les documents détenus par ce type d'institution tombent, selon lui, souvent sous le coup des exceptions de la loi, notamment celles qui protègent les intérêts privés prépondérants<sup>302</sup>.

### 3) Conciliation et jurisprudence

La procédure de conciliation a été introduite un peu plus d'une année après l'entrée en vigueur de la loi, lors de la révision des dispositions sur la protection des données et l'institution du Préposé cantonal à la gestion de l'information. C'est donc dès le 1er décembre 2008 que la possibilité de saisir le préposé neuchâtelois a été ouverte. La procédure débute par une séance de conciliation, systématique, dont la date est fixée par le préposé. Si une partie ne se présente pas à l'audience, la conciliation est réputée avoir échoué.

La première procédure de conciliation a été menée début 2010<sup>303</sup>, soit plus d'une année après que cette voie ait été ouverte. Durant les deux premières années (2009 et 2010), seules deux procédures de conciliation ont été tentées par le préposé, donc une a débouché sur un accord. L'autre a abouti à une décision du préposé, contestée devant le Tribunal cantonal qui ne l'a pas encore jugée.

Le seul arrêt cantonal rendu à ce jour concerne un rapport de vérification des comptes d'une commune établi par une fiduciaire<sup>304</sup>. La commune avait refusé de donner l'accès au document en évoquant l'atteinte à l'intérêt public de la commune. La communication du document sorti de son contexte aurait pu, selon elle, conduire le demandeur à l'interpréter de manière erronée. Le tribunal n'a pas retenu cette position puisque la commune ne démontre par quelles mesures concrètes de l'autorité seraient entravées par la communication du document. L'intérêt public de la commune n'est donc pas prépondérant dans ce cas et elle doit accéder à la demande du recourant.

### 4) Bilan de mise en œuvre trois ans et demi après l'entrée en vigueur

Force est de constater que le droit d'accès aux documents officiels est extrêmement peu utilisé dans le canton de Neuchâtel. Le préposé cantonal, qui s'occupe aussi de la protection des données, n'a consacré que 10 % de son temps de travail (son poste est à 50 %) à la transparence<sup>305</sup>. Il indique que le volet transparence de ses tâches est très anecdotique. Selon lui, les avocats n'ont pas encore vu le potentiel qui leur est offert pour leur pratique. Concernant les « citoyens lambda », le maigre intérêt qu'ils manifestent face à leurs propres données personnelles fait douter le préposé neuchâtelois de leur intérêt à accéder aux documents de l'Etat. Ce sont surtout les partis politiques ou les associations qui sont susceptibles de déposer des demandes d'accès à son avis. L'absence de jurisprudence est également explicable, car l'administration est « très disciplinée » et a « un grand souci de transparence » et une « volonté de faire juste »<sup>306</sup>.

Dans un canton qui vient de vivre une crise politique majeure avec l'« affaire Hainard », et dans lequel un véritable fossé, doublé d'une crise de confiance, s'est installé entre les citoyens et les autorités<sup>307</sup>, la loi cantonale sur la transparence des activités étatiques aura-t-elle un rôle à jouer

---

301 *Rapport LTAE (2006)*, p. 8.

302 Entretien du 9 mai 2011 avec M. Christian Flueckiger.

303 Entretien du 9 mai 2011 avec M. Christian Flueckiger.

304 Arrêt du Tribunal administratif neuchâtelois TA.2007.434 du 11 avril 2008.

305 PCGI/NE (2011), p. 8.

306 Entretien du 9 mai 2011 avec M. Christian Flueckiger.

307 Une triple votation cantonale de février 2011 a été annulée par la Tribunal fédéral et le dossier hospitalier peine à convaincre les citoyens, trois initiatives populaires étant en suspens à ce sujet par exemple.

pour « maintenir, voire [...] accroître la confiance du public en les institutions neuchâteloises » comme le voulaient le constituant et le législateur en adoptant ces principes ?

## E) Comparaison et analyse de la mise en œuvre des quatre lois

### 1) Fréquence d'usage du droit

Les statistiques faisant défaut dans les trois cantons examinés pour les raisons plusieurs fois évoquées, il n'est pas possible de tenter une comparaison chiffrée. Les deux conclusions générales que l'on peut tirer sont les suivantes :

- Les quatre entités étudiées **n'ont pas été submergées** de demandes d'accès, chacune des lois étant très peu utilisée.
- Le nombre de demandes d'accès **n'augmente pas au fil du temps**. Que ce soit au niveau fédéral ou cantonal, tous les éléments recueillis indiquent au contraire une grande stabilité dans le nombre de demandes d'accès, même après plusieurs années de mise en œuvre d'une loi.

La comparaison effectuée au niveau fédéral a montré que le nombre de demandes pour 100'000 habitants était très bas, soit de 3 par année<sup>308</sup>. Une des explications concernait l'organisation décentralisée de la Suisse. Les documents intéressant le plus les citoyens seraient situés dans les communes et les cantons qui sont compétents dans les domaines plus proches des citoyens que la Confédération. Un calcul approximatif effectué par nos soins et basé sur le recours aux procédures de première instance<sup>309</sup> montre que le nombre total de demandes d'accès en Suisse (auprès des communes, des cantons et de la Confédération) pourrait être de 3 à 6 fois celui des demandes enregistrées au niveau fédéral si chaque canton possédait une loi sur la transparence. Cet ordre de grandeur, à prendre sous toute réserve vu le faible nombre de cas traités, montre tout de même que les documents présents dans les cantons constituent une part importante des documents accessibles à l'échelon national.

Mais même en ajoutant toutes les demandes potentielles à tous les échelons du pays, la comparaison internationale nous montre que les demandes d'accès restent 10 fois plus nombreuses dans d'autres pays, notamment anglo-saxons. Les pistes d'explications de ce faible usage du droit d'accès en Suisse sont nombreuses et chacune joue certainement un rôle :

D'une part, les lois et les possibilités simples et concrètes qu'elles offrent dans une perspective démocratique restent **inconnues à la majorité des citoyens**. Le sondage mené auprès de la population genevoise sur mandat de la CEPP<sup>310</sup> montre par exemple que seuls 14 % des personnes sondées « connaissaient la LIPAD » et, surtout, que la proportion de personnes connaissant le droit d'accès aux documents officiels n'atteint pas 4 % de la population.

Mais même si les lois étaient mieux connues, plusieurs intervenants et auteurs évoquent un **manque d'intérêt pour les affaires publiques** pour qu'elles déchaînent les passions. Dans une société plutôt submergée par l'information, les citoyens ont-ils vraiment le temps et l'énergie nécessaires pour se procurer des documents dont ils ne peuvent souvent même pas savoir s'ils existent ?

Ensuite, une autre interprétation de ce faible usage du droit d'accès repose sur l'idée que les citoyens ont d'ores et déjà **confiance en leurs administrations** et qu'elles communiquent suffisamment et pertinemment<sup>311</sup>. A ce sujet, les répondants au sondage genevois ont jugé de la transparence de leur administration en donnant un score de 1 à 10. Les avis sont très partagés et le score médian est de 6.

L'explication est-elle également **culturelle** comme certains l'avancent ? Selon un expert cité par PHILOMÈNE MEILLAND, on serait, en Suisse, « plus habitués à une culture du secret, à la confidentialité et

308 Cf. *supra* p. 52.

309 Cf. *infra* p.73.

310 Sondage mené auprès de 398 personnes. CEPP (2009), p. 26 ss.

311 Cf. par exemple CHANCELLERIE NE (2008), p. 6.

à une certaine pudeur citoyenne »<sup>312</sup>. Confirmer ou non cette hypothèse ne pourrait se faire qu'en ouvrant un champ sociologique à part entière.

Notons finalement que recourir à la transparence implique une **démarche formelle** qui peut avoir des effets pervers, notamment pour les journalistes. A long terme, une bonne collaboration avec les services de communication de l'Etat est importante pour obtenir rapidement des informations. Or une démarche en vertu des lois sur la transparence peut paraître chicanière et lourde, ou du moins le journaliste qui l'utiliserait pourrait craindre les « représailles » dans le sens où ses interlocuteurs auraient été soumis à une procédure juridique à son initiative. En théorie ça ne devrait pas poser le moindre problème puisqu'il s'agit d'un droit très clair, mais notre expérience nous montre que c'est parfois malheureusement le cas. « Le caractère formel de la demande peut aussi pousser l'administration à se pencher sur le document plus en détail et à rechercher d'éventuelles exceptions au droit d'accès qu'elle n'aurait pas envisagées en dehors de la procédure »<sup>313</sup>.

Ajoutons qu'au vu des études ayant effectué des tests concrets on peut imaginer un certain **découragement** de la part des demandeurs potentiels.

## 2) Sorts des demandes d'accès

La première question importante est de savoir si le demandeur **reçoit ou non une réponse** à sa demande d'accès. Le taux de non-réponse a été mesuré dans deux études consistant en des tests concrets<sup>314</sup> et par un test effectué par des journalistes au niveau fédéral<sup>315</sup>. Par rapport aux entités étudiées, nous constatons que le taux de non-réponse s'est situé dans une fourchette de 25 % à 40 % à Genève (2 études), de 40 % dans le canton de Vaud (1 étude) et de 28% au niveau fédéral (1 test). Il n'y a pas d'information sur ce taux au niveau neuchâtelois. Ces taux constants sont très élevés si on considère que la loi impose à l'autorité de fournir une réponse rapidement, argumentée, avec indication des voies de recours. On peut se demander ici ce qu'il advient des demandes d'accès restées sans réponse. L'étude d'une grande partie du contenu des dossiers de médiation et de la jurisprudence dans les quatre régions étudiées ne montre en effet que très peu de dossiers impliquant une absence de réponse des autorités. Au vu de la faible notoriété des lois, on peut supposer que les personnes ne recevant pas de réponse n'ont pas connaissance de la possibilité de saisir une instance de médiation/conciliation, contrairement aux personnes recevant une réponse négative dans laquelle la voie de recours devrait être indiquée.

Concernant le **taux de refus annoncé par les entités soumises à la loi**, la seule statistique officielle est celle de la Confédération. Même si elle n'est pas exhaustive, elle a été effectuée de manière similaire de 2006 à 2011 ce qui permet de suivre une évolution des pratiques annoncées<sup>316</sup>. Le taux de demandes d'accès accordées entièrement est stable, aux alentours de 50 %. L'autre moitié, composée dans les premières années en grande majorité de refus complets, est maintenant divisée en deux parties égales : refus partiels et refus complets. L'autre seule information existante concernant le sort des demandes vu par les autorités concerne le canton de Vaud. Les quelques services de l'administration ayant répondu au sondage mené par PHILOMÈNE MEILLAND indiquent qu'ils répondent positivement dans une écrasante majorité des cas<sup>317</sup>.

La constatation inverse semble ressortir des sondages réels, soit de l'observation **du point de vue des demandeurs**. Pour Genève et Vaud, les chercheurs ont observé, sur la base des deux tests, un taux de demandes accordées entièrement de moins de 20 %. En faisant abstraction des non-réponses, et donc en se rapprochant de la vision des autorités, le taux de demandes accordées complètement n'est pourtant que de 24 % (étude Spoerri) et 34 % (étude CEPP) à Genève et de 26 % (étude Spoerri) dans le canton de Vaud.

Malgré le faible nombre de données disponibles et leur caractère non représentatif, il est tout de

---

312 MEILLAND (2010), p. 74.

313 Entretien du 20 mai 2011 avec M. Reto Ammann.

314 SPOERRI (2007) et CEPP (2009)

315 <https://www.oeffentlichkeitsgesetz.ch/deutsch/2011/06/das-sind-die-intransparenntesten-amter/> (20.06.2011).

316 Cf. *supra* p.54.

317 Cf. *supra* p.65.



même possible de conclure sur cette base que la vision des autorités ne correspond pas à l'expérience vécue par les citoyens en ce qui concerne le sort de demandes d'accès.

### 3) Médiation, conciliation

Dans le tableau suivant, nous comparons le nombre moyen de recours en première instance dans les différentes entités avec la population concernée pour calculer un nombre de requêtes en première instance par million d'habitants, par année.

Tableau 9 : Médiation/conciliation par millions d'habitants

	CH	GE	VD	NE
Nombre moyen de requêtes en médiation/conciliation par année	32	10	6	1
Nombre d'habitants (31.12.2009)	7'785'806	453'292	701'526	171'746
Nombre de médiation/conciliation pour 1'000'000 habitants	4	21	9	6

Source des données : Cf. *supra* et OFS.

Note : Pour le canton de Vaud, le chiffre comprend également les procédures de première instance, gratuites, auprès du Tribunal cantonal<sup>318</sup>.

Le nombre de requêtes de première instance par million d'habitants est plus élevé dans les cantons qu'au niveau fédéral.

Sur la base de ces calculs, il est possible d'estimer que le nombre de requêtes en première instance au niveau cantonal pourrait atteindre 2 à 5 fois le nombre de requêtes au niveau fédéral si chaque canton possédait une loi sur la transparence. Cela signifie également que le nombre de demandes d'accès pourrait se situer à un niveau 2 à 5 fois supérieur au nombre calculé pour la LTrans en partant du principe que la proportion entre les demandes d'accès et les requêtes en médiation est comparable d'une région à l'autre, ce qui semble plausible.

Nous sommes toutefois conscient des limites de ces calculs qui restent basés sur des observations limitées.

### 4) Jurisprudence

On dénombre une vingtaine de jugements dans les cantons de Vaud et Genève dans lesquels la loi est la plus ancienne, soit environ 2 à 3 par année. La proportion est la même au niveau fédéral avec 9 arrêts en près de 5 ans. Seul Neuchâtel se distingue avec un seul cas tranché en près de 4 ans.

Le Tribunal fédéral n'a connu qu'un cas concernant la loi fédérale (en plus du cas concernant la transparence du Tribunal fédéral lui-même), sept cas concernant la loi vaudoise et deux cas concernant la loi genevoise.

On constate à la lecture des arrêts qu'une importante partie des cas tranchés devant les tribunaux cantonaux concerne des demandes d'accès de particuliers dans des affaires dans lesquelles ils sont personnellement impliqués. Il est possible que les demandes d'accès liées à des procédures pénales ou administratives par exemple soient plus souvent litigieuses. Mais il est aussi plausible d'estimer qu'elles constituent une partie importante des demandes d'accès et donc des litiges, proportionnellement. On peut donc supposer que les demandes d'accès sont souvent liées à un intérêt personnel du demandeur plus qu'à un idéal de compréhension du fonctionnement de l'Etat bien qu'il soit difficile de tracer une frontière claire entre ces deux notions.

318 Cf. *supra* p.33.

La jurisprudence est large et concerne autant le champ d'application personnel que l'interprétation des différentes exceptions. Les pesées d'intérêts effectuées par les tribunaux sont particulièrement intéressantes, notamment quand elles examinent l'intérêt public à la transparence. Ce dernier est bel et bien reconnu par plusieurs tribunaux.

D'une manière générale, les tribunaux ne semblent pas réfractaires à prendre en compte complètement le principe de transparence, avec tout ce qu'il implique comme changements de pratiques et d'habitudes. A ce sujet, la décision de la Commission de recours du Tribunal fédéral concernant la transparence de sa propre administration<sup>319</sup> est également plus ouverte que la décision préalable de son secrétariat général et la doctrine relève que malgré une réserve sur un document concernant la composition des cours, « les juges ont pris très au sérieux le renversement de paradigme consacré par la LTrans »<sup>320</sup>.

## 5) Réflexion sur la mise en œuvre des quatre lois examinées

Après avoir comparé ces quatre lois, nous retenons les éléments suivants :

- d'une manière générale, les lois sur la transparence n'ont pas bouleversé la nature des relations citoyens-Etat. Leur impact est même faible, voire anecdotique, si on le compare aux ambitions et aux grands principes énoncés lors de l'adoption de ces lois ;
- malgré cela, les lois ont été appliquées et certains documents ont été communiqués et rendus publics. Le sentiment est encore celui d'un apprentissage, autant de la part des citoyens que des autorités, mais le mouvement est amorcé, quoique timidement ;
- il est impossible de savoir au terme de cette étude – et ce n'était pas notre ambition – si les lois ont atteint leurs buts, soit si elles participent à renforcer la confiance des citoyens envers l'Etat et à favoriser leur participation à la vie publique. On peut toutefois en douter puisque les lois sont très peu utilisées. L'effet « épée de Damoclès » peut cependant jouer un rôle au sein des administrations et modifier des pratiques. Un fonctionnaire conscient que les documents qu'il prépare peuvent potentiellement être rendus publics ne travaillera pas de la même manière que sous le règne du secret. Gageons que dans la plupart des cas, cela sera positif pour le fonctionnement de l'Etat. Certains éléments rencontrés dans cette analyse nous montrent toutefois qu'une partie des fonctionnaires est loin de connaître la loi et d'en apprécier toutes les conséquences potentielles<sup>321</sup>, et enfin
- nous sommes personnellement partagé entre le sentiment que les lois ne parviennent pas à déployer tout leur potentiel et que si elles étaient mieux connues et utilisées, elles parviendraient à atteindre pleinement leurs buts et l'impression inverse que les citoyens sont déjà débordés de sollicitations privées et personnelles et qu'ils ne s'intéresseront pas individuellement aux documents officiels, quelle que soit la promotion faite à ces lois.

---

319 ATF 133 II 209.

320 COTTIER, Remarques, in : *Medialex* 2007, p. 158 ss. Cf. aussi GONIN/MAHON, Note, in : *RDAF* 2008 I, p. 459 ss.

321 Cf. par exemple les réponses exemplatives dans l'étude de SPOERRI (2007) et les taux de non-réponses constatés par diverses études et tests (cf. p. 72).

## Conclusions

Au cours de ce travail, nous avons souvent été confronté à la question de la tension, omniprésente, entre protection des données et droit à l'information, bien que les domaines ne se recoupent que partiellement<sup>322</sup>. Les lois tentent, chacune à sa manière, de faire tenir en équilibre les deux droits, parfois de rang juridique égal, considérés comme les « deux faces d'une même médaille »<sup>323</sup>. Parmi les différences, parfois significatives, observées entre les différentes lois, on note, dans ce domaine, la différence entre la solution vaudoise où l'intérêt privé à la protection de la sphère privée ne devrait primer qu'exceptionnellement le droit à l'information (du moins selon la loi sur l'information) et la solution fédérale où l'inverse est prévu<sup>324</sup>. C'est une des différences frappantes observées au cours de ce travail.

L'interprétation des préposés et des juges lorsqu'il s'agit d'effectuer une pondération des intérêts est dès lors primordiale. Pour les premiers, la « double casquette » peut constituer une limite et obliger le préposé à choisir son camp (dans le canton de Vaud par exemple, la coordination entre les deux lois n'étant pas parfaite, le préposé peut être amené à considérer en premier lieu la loi sur la protection des données au détriment du droit à l'information<sup>325</sup>). A l'inverse, les deux domaines peuvent amener une complémentarité, permettant de tenir compte des deux aspects dans les décisions de l'un ou l'autre domaine<sup>326</sup>. A noter que Fribourg vient de mettre en place une solution intermédiaire puisque deux préposés, chargés chacun d'un domaine, travaillent sous l'égide d'une même autorité.

De par son existence plus récente, son rang qui n'est parfois pas constitutionnel et son caractère moins personnel, le droit d'accès aux documents pourrait être systématiquement défavorisé face au droit à la protection de la sphère privée. Or ce n'est pas le cas : les juges appelés à se pencher sur des cas concrets tranchent parfois pour le droit à la transparence en lui reconnaissant un solide intérêt public. Ce nouveau droit de type fondamental s'installe donc non seulement en théorie, mais également dans les faits. Cette légère relativisation du principe de protection des données<sup>327</sup> peut heurter à l'époque où la protection de la sphère privée est au centre des discussions dans le cadre des réseaux sociaux sur internet, par exemple.

Le désintérêt du public pour son droit à l'information passive de l'Etat est une autre source d'interrogation à l'issue de ce travail. S'il est clair pour la majorité des interlocuteurs que le droit n'est pas encore bien connu, chacun a son idée sur l'intérêt potentiel du grand public. Certains ne comprennent pas pourquoi « l'homme de la rue » ne s'intéresse pas aux notes de frais des personnages publics, d'autres pensent que les citoyens, déjà submergés d'informations et déjà peu enclins à s'intéresser à leurs propres données personnelles, ne s'intéresseront pas aux documents étatiques. C'est souvent les groupes de personnes (associations, communautés virtuelles, militants, partis politiques...) ou les professionnels (journalistes, avocats...) qui constitueraient les demandeurs d'accès potentiels les plus probables selon nos interlocuteurs. A ce sujet, le préposé vaudois est pourtant d'avis que chacun peut, à un moment ou une autre de sa vie, être potentiellement intéressé par un document détenu par l'Etat, que ce soit pour des raisons très personnelles (partie à un dossier administratif) ou d'intérêt pour un sujet précis<sup>328</sup>.

L'explication des principes et des buts de ces lois, mais aussi de la simplicité de l'accès, peut contribuer à faire connaître ce droit et à susciter son utilisation. La première journée suisse de la transparence qui aura lieu le 31 août 2011 peut contribuer à rappeler au grand public les enjeux essentiels de ces lois. Les médias ont également un rôle à jouer en citant les lois sur la transparence comme sources, de même que les préposés qui pourraient aussi consacrer du temps à informer activement le public.

Des associations ou des réseaux citoyens informels pourraient devenir spécialistes du droit d'accès

---

322 Cf. VOLLERY (2009), p. 370.

323 Cf. VOLLERY (2009), p. 369.

324 Cf. Art. 6 OTrans.

325 Entretiens du 3 mai 2011 avec M. Christian Raetz et du 9 mai 2011 avec M. Christian Flueckiger.

326 Entretien du 9 mai 2011 avec M. Christian Flueckiger.

327 VOLLERY (2009), p. 358.

328 Entretien du 3 mai avec M. Christian Raetz.

aux documents et utiliser internet pour communiquer, échanger et publier certaines informations. Des documents obtenus sur des thèmes donnés seraient publiés par ces « médias participatifs », accompagnés de critiques. Ce serait l'expression d'une « politique citoyenne » qui pourrait bousculer les habitudes – bien ancrées – de culture du secret et contribuer à parfaire la démocratie. Il ne faudrait pas voir ceci comme une défiance vis-à-vis de l'Etat, mais comme une expression citoyenne œuvrant pour l'amélioration du fonctionnement de l'Etat qui agit pour le bien commun.

Au moment où nous terminons ce travail, nous assistons d'ailleurs à la naissance d'une association spécialisée, *Verein Öffentlichkeitsgesetz.ch*, qui a pour but de promouvoir les lois sur la transparence notamment comme outil journalistique. Son tout nouveau site internet propose des lettres types et publie également des documents obtenus grâce aux lois sur la transparence<sup>329</sup>.

Pendant l'élaboration de ce travail, nous avons souvent évoqué le principe de transparence avec notre entourage. Dans la plupart des cas, même après une explication minutieuse, ce principe inspire la méfiance. Le principe ne semble pas naturel, voire malsain. Est-il vraiment bon que chacun soit au courant de chaque document que traite l'Etat ? Celui-ci n'a-t-il pas besoin de liberté pour bien agir ? Et toi, aimerais-tu que chacun ait accès aux documents que tu conçois ? Il est parfois frappant de constater qu'on ne se sent pas concerné par l'action des autorités. Pourtant, « l'Etat, c'est nous », et c'est bien ce qui implique qu'une transparence de l'Etat soit mise en place. Ce que les autorités entreprennent n'est fondamentalement qu'un mandat des citoyens obtenu à travers les principes démocratiques. Au-delà d'un contrôle du mandant, le peuple, sur l'administration c'est l'intérêt des citoyens pour le travail de ses délégués qui est encouragé avec les lois sur la transparence. Nous sommes convaincu que la transparence peut rapprocher les autorités et les administrés et qu'une identification forte à l'Etat, notamment via la connaissance de son fonctionnement, ne peut qu'améliorer la qualité de vie en société. La participation au système démocratique et le sentiment de comprendre comment est conçue et gérée la politique commune apportent, nous en sommes persuadé à l'issue de ce travail, un bien-être et une satisfaction aux citoyens. Les autorités devraient le comprendre et encourager la transparence, de surcroît au vu des nombreuses exceptions prévues qui permettent à l'Etat de fonctionner sans crainte.

---

329 <http://www.oeffentlichkeitsgesetz.ch>

## Bibliographie

ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI ET MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux*, 2e éd., Berne 2006, p. 249 - 303

DENIS BARRELET, *Les libertés de la communication*, in: D. Thürer/J.F. Aubert/J.P. Müller (édit.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, p. 721 – 738

DENIS BARRELET, *Le principe de transparence et les exigences du droit d'auteur*, *Medialex* 2003, p. 155 ss

DENIS BARRELET, *Les dispositions sur la transparence*, *Revue fribourgeoise de jurisprudence* 2005, p. 155-177

BGÖ-Kommentar (2008): Brunner / Mader (édit.), *Öffentlichkeitsgesetz – Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (BGÖ)*, Stämpflis handcommentar, Berne, 2008

CEPP (2009) : COMMISSION EXTERNE D'ÉVALUATION DES POLITIQUES PUBLIQUES DE LA RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE, *Le principe de transparence dans l'administration - Evaluation des dispositions légales concernant l'accès aux documents et l'information du public (LIPAD)*, Genève 2009

CHANCELLERIE DE LA RÉPUBLIQUE ET CANTON DE NEUCHÂTEL, *Rapport de gestion 2007*, Neuchâtel 2008

CHANCELLERIE DE LA RÉPUBLIQUE ET CANTON DE NEUCHÂTEL, *Rapport de gestion 2008*, Neuchâtel 2009

CHANCELLERIE DU CANTON DE VAUD, *Mise en œuvre de la loi vaudoise sur l'information en 2004*, Lausanne 2005

Commission Constitution/NE (1999): COMMISSION "CONSTITUTION" NEUCHÂTELOISE, *Rapport du 22 novembre 1999 au Grand Conseil à l'appui d'un projet de nouvelle Constitution cantonale. Première et deuxième parties*. <http://www.ne.ch/neat/site/jsp/rubrique/rubrique.jsp?styleType=bleu&CatId=1817>

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Livre vert ; L'accès du public aux documents détenus par les institutions de la Communauté européenne - COM(2007) 185*, Bruxelles 2007

COMMISSION RESTREINTE DE MÉDIATION CONCERNANT LA LOI SUR L'INFORMATION DU CANTON DE VAUD, *Rapport sur la mise en œuvre de la loi vaudoise sur l'information en 2005 - 2006*, 2007

BERTIL COTTIER, *L'accès aux documents administratifs et la protection des données*, *Medialex* 2000 (4) p. 191 ss

BERTIL COTTIER, *Les leçons des expériences étrangères*, in: Tanquerel/Bellanger (édit.), *L'administration transparente. Actes de la IVe Journée de droit administratif*, Genève/Bâle/Münich 2002, p. 91-112

BERTIL COTTIER, *L'apport du droit comparé dans la procédure législative: l'exemple de la loi fédérale sur la transparence (LTrans) LEGES 2003 (3)* p. 19 ss

BERNHARD EHRENZELLER, *Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes : Referate der Tagung vom 16. November 2005 in Solothurn*, Saint-Gall 2006

Exposé des motifs LInfo (2002): CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE VAUD, *Exposé des motifs et projet de loi sur l'information du Conseil d'Etat vaudois du 17 décembre 2001*, *Bulletin du Grand Conseil*, 3 septembre 2002, après-midi, p. 2634 ss, Lausanne, 2002

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

Alexandre Flückiger (édit.), *La mise en oeuvre du principe de transparence dans l'administration*, Genève/Zurich/Bâle, 2006

ALEXANDRE FLÜCKIGER, *La transparence des administrations fédérales et cantonales à l'épreuve de la Convention d'Aarhus sur le droit d'accès à l'information environnementale*, in: *Droit de l'environnement dans la pratique (DEP)*, Zürich 2009, p. 749-788

PASCAL MAHON, *L'information par les autorités*, RDS 1999 p. 199 ss

PASCAL MAHON, *Rapport sur l'avant-projet de Constitution, mis en consultation en juin 2001 établi sur mandat de l'Assemblée constituante du 1er mai 2001*. <http://www.vd.ch/fr/themes/etat-droit-finances/lois-constitution/constitution/archives-constituante/rapports-et-note-du-professeur-mahon/>

PASCAL MAHON, *Les enjeux du droit à l'information*, in: Tanquerel/Bellanger (édit.), *L'administration transparente. Actes de la IVe Journée de droit administratif*, Genève/Bâle/Münich 2002, p. 9-41

PASCAL MAHON, *Droit constitutionnel II: Droits fondamentaux*, Neuchâtel 2008

PHILOMÈNE MEILLAND, *Le principe de transparence dans le canton de Vaud*, Cahier de l'IDHEAP 253/2010, Chavannes-près-Renens 2010

Message LTrans (2003): CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 12 février 2003 relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration, FF, 2003 p. 1807 ss

MARTIAL PASQUIER / PHILOMÈNE MEILLAND, *Evaluation de la loi sur la transparence*, IDHEAP, Chavannes-près-Renens 2009

MARTIAL PASQUIER ET JEAN-PATRICK VILLENEUVE, *Les stratégies des organisations publiques pour éviter l'accès à l'information*, Medialex 2005 p. 206-213

MARTIAL PASQUIER ET JEAN-PATRICK VILLENEUVE, *Les entraves organisationnelles à la transparence administrative: une analyse comparée*, in: A. Flückiger (édit.), *La mise en oeuvre du principe de transparence dans l'administration*, Genève/Zurich/Bâle 2006, p. 99 ss

PCGI/NE (2011) : PRÉPOSÉ CANTONAL NEUCHÂTELOIS À LA GESTION DE L'INFORMATION, *Rapport annuel 2010*, La Chaux-de-Fonds 2011

PF PDT : PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE, *14e, 15e, 16e et 17e rapports d'activité, 2006/2007/2008/2009* Berne

PPDI/VD : PRÉPOSÉ CANTONAL VAUDOIS À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À L'INFORMATION, *Rapport d'activité 2009-2010*, Lausanne 2011

PPDT/GE (2011) : BUREAU DU PRÉPOSÉ GÉNEVOIS À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE, *Rapport annuel d'activité 2010*, Genève 2011

*Rapport Convention JU/NE (2010)*: GOUVERNEMENT JURASSIEN ET CONSEIL D'ÉTAT NEUCHÂTELOIS, *Rapport explicatif du Gouvernement jurassien et du Conseil d'Etat neuchâtelois du 28 septembre 2010 sur le projet de Convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel*, 2010  
<http://www.ne.ch/neat/site/jsp/rubrique/rubrique.jsp?StyleType=bleu&CatId=5466>

*Rapport LIPAD (2000)*: CONSEIL D'ÉTAT DE LA RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE, Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil du 17 novembre 2000 sur la motion de Mmes Claire Torracinta-Pache et Christine Sayegh sur l'information du public, Mémorial du Grand Conseil, M-762-B ; Séance 52 du 17 novembre 2000 à 17 h

*Rapport LTAE (2006)*: CONSEIL D'ÉTAT DE LA RÉPUBLIQUE ET CANTON DE NEUCHÂTEL, Rapport du Conseil d'Etat neuchâtelois du 10 mai 2006 au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi sur la transparence des activités étatiques (LTAE), Bulletin officiel des délibérations du Grand Conseil, 2006-2007 Tome 1, p. 431 ss

KASPAR SPOERRI, *La loi sur l'information du public et l'accès aux documents (LIPAD) au prisme de l'utilisateur, une évaluation exploratoire*, Mémoire de licence, Genève 2007

ROGER VLEUGELS, *Overview of all FOI Laws*, in: *FRINGE SPECIAL 2010*, <http://right2info.org/resources/publications/Fringe%20Special%20-%20Overview%20FOIA%20-%20sep%2020%202010.pdf/view>

LUC VOLLERY, *La loi fribourgeoise sur l'information et l'accès aux documents*, RFJ 2009 p. 353 ss