

**Note**

Pour la version originale du texte cf. ANDRÉ WINKLER, *Mit Spezialbestimmungen gegen Transparenz, Einschränkungen des Öffentlichkeitsprinzips durch spezialgesetzliche Vorbehalte nach Art. 4 BGÖ als Herausforderung*, in: Waldmann/Bergamin (éds), *10 ans LInf Fribourg*, Stämpfli Editions, Berne 2021, 245–268.

## **L'utilisation des dispositions spéciales pour lutter contre la transparence**

Le défi des restrictions au principe de la transparence par le biais des réserves de droit spécial de l'art. 4 LTrans

ANDRÉ WINKLER\*

### **Table des matières**

<b>I. Introduction.....</b>	<b>2</b>
<b>II. Contenu et portée de l'art. 4 LTrans.....</b>	<b>2</b>
A. En général.....	2
B. Réserve spéciale de secret (lit. a).....	4
1. Généralités.....	4
2. Cas particulier du secret de fonction (art. 22 LPers).....	5
C. Normes spéciales d'accès (lit. b).....	6
1. Généralités.....	6
2. Dispositions relatives à l'information active comme réserves au sens de l'art. 4 LTrans?.....	7
<b>III. Exemples de réserves au sens de l'art. 4 LTrans.....</b>	<b>8</b>
A. Secret statistique.....	8
B. Secret fiscal.....	9
C. Recherche d'informations par les services de renseignement.....	10
D. Secret de commission.....	10
E. Informations relatives à la sécurité des transports publics.....	11
<b>IV. Législation (et tendances législatives).....</b>	<b>12</b>
A. Révision de la loi sur les douanes.....	13
B. Révision totale du droit fédéral des marchés publics.....	14
<b>V. Zones de tension.....</b>	<b>15</b>
A. Restriction à de la transparence en ce qui concerne les autorités de surveillance.....	16
B. Limitations de la transparence par les dispositions relatives à l'information active.....	18
C. Dispositions relatives aux informations actives dans le domaine de la surveillance.....	22
<b>VI. Conclusion et enjeux.....</b>	<b>24</b>

---

\* L'auteur exprime son opinion personnelle dans cet article.  
Traduit de l'allemand par Mme MARLÈNE COLLETTE, Dr. iur., avocate.

## **I. Introduction**

- 1 Avec l'adoption de la loi sur la transparence, le législateur fédéral a opéré un changement de paradigme et a renversé le principe de confidentialité de l'activité administrative («confidentialité avec exception de transparence») en faveur du principe de transparence («principe de transparence avec exception de confidentialité»). Dans le champ d'application personnel et matériel de la loi, toute personne a donc un droit subjectif, fondé sur l'art. 6 LTrans, à consulter des documents officiels sans avoir à justifier d'un intérêt. A cet égard, la loi sur la transparence établit une présomption (réfutable) de libre accès aux documents officiels<sup>1</sup>.
- 2 Cette présomption générale d'accès nécessite une coordination avec les dispositions des lois fédérales spéciales qui prévoient des règles particulières d'accès aux documents officiels. L'art. 4 LTrans règle la réserve des dispositions spéciales: sont réservées les dispositions particulières d'autres lois fédérales qui déclarent certaines informations secrètes (lit. a) ou qui prévoient des conditions d'accès à certaines informations qui dérogent à la présente loi (lit. b).
- 3 Cette disposition pose de nombreux défis au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT), aux recourants, aux tiers concernés et aux unités administratives de la Confédération, qui se manifestent de différentes manières dans presque tous les aspects liés à l'accès aux documents officiels : depuis les travaux préparatoires du processus législatif jusqu'à l'octroi effectif de l'accès (qui peut devoir être jugé par un tribunal), l'art. 4 LTrans est d'une importance capitale. Cela rend l'examen de cette disposition légale particulièrement adapté dans le cadre de cet article.

## **II. Contenu et portée de l'art. 4 LTrans**

### **A. En général**

- 4 La réserve des dispositions spéciales prévue à l'art. 4 LTrans vise à clarifier la relation entre la loi fédérale sur la transparence et les dispositions du droit fédéral qui prévoient une réglementation dérogatoire pour

---

<sup>1</sup> ATF 142 II 340 consid. 2.2; ATF 142 II 324 consid. 3.4.

l'accès aux documents officiels<sup>2</sup>. Cette réserve clarifie le principe juridique *lex specialis derogat legi generali* (les dispositions spéciales priment sur les dispositions générales)<sup>3</sup>: les dispositions spéciales correspondantes dans d'autres lois fédérales sont pleinement applicables et priment sur la loi sur la transparence. D'un point de vue temporel, la règle de la réserve de l'art. 4 LTrans s'applique aux dispositions légales spéciales au sens des lettres a ou b qui ont été édictées tant avant qu'après l'entrée en vigueur de la loi sur la transparence. Par conséquent, la règle de priorité de la *lex posterior* (primauté de la loi postérieure sur la loi antérieure) pour la réglementation de l'accès aux documents officiels est relativisée dans une certaine mesure<sup>4</sup>. L'interprétation des règles spécifiques préexistantes en matière de secret et d'accès doit tenir compte du changement de paradigme mis en œuvre avec l'entrée en vigueur de la loi sur la transparence<sup>5</sup>.

L'art. 4 LTrans couvre à la fois les normes spéciales de secret (lit. a) et les normes spéciales d'accès (lit. b) des autres *lois fédérales*. Par loi fédérale, on entend exclusivement une base légale formelle au sens de l'art. 163 al. 1 Cst.<sup>6</sup>. Les normes de secret et d'accès au niveau des ordonnances ou à un niveau inférieur sont tout aussi insuffisantes<sup>7</sup> qu'une base légale formelle relevant de la compétence générale du Conseil fédéral<sup>8</sup>.

Il n'est pas toujours possible de déterminer clairement si une disposition de loi spéciale au sens de l'art. 4 LTrans constitue, dans un cas concret, une règle spéciale de maintien du secret au sens de la lit. a ou si elle doit être qualifiée de règle spéciale d'accès au sens de la lit. b. Cette question a d'ailleurs été régulièrement laissée ouverte par les tribunaux jusqu'à présent<sup>9</sup>.

Selon le contenu de l'art. 4 LTrans, sont réservées les dispositions d'autres lois fédérales qui désignent certaines informations comme secrètes (lit. a) ou prévoient des conditions d'accès à certaines informations qui dérogent à la loi fédérale sur la transparence (lit. b), de sorte que les dispositions de la loi fédérale sur la transparence ne s'appliquent

---

<sup>2</sup> COTTIER, SHK BGÖ, Art. 4 N 3.

<sup>3</sup> Message LTrans, FF 2003, 1832; AMMANN/LANG, N 25.28; COTTIER, SHK BGÖ, Art. 4 N 3; STAMM-PFISTER, BSK BGÖ, Art. 4 N 2.

<sup>4</sup> STAMM-PFISTER, BSK BGÖ, Art. 4 N 2.

<sup>5</sup> IBID., BSK BGÖ, Art. 4 N 2.

<sup>6</sup> Message LTrans, FF 2003, 1832.

<sup>7</sup> COTTIER, SHK BGÖ, Art. 4 N 7.

<sup>8</sup> Arrêt du TAF A-1732/2018 du 26 mars 2019 consid. 7.2.

<sup>9</sup> Cf. ATF 146 II 265 consid. 5.5; arrêt du TAF A-5623/2017 du 2 mai 2019 consid. 4, 6.6; arrêt du TAF A-1732/2018 du 26 mars 2019 consid. 7.2.

pas à l'accès à ces informations<sup>10</sup>. Le message relatif à la loi sur la transparence précise, sans être contesté dans la pratique, que la procédure d'accès selon les art. 10 ss LTrans reste applicable dans ce cas. Dans le cadre de la procédure de médiation ou de recours, le recourant peut faire valoir et vérifier si l'autorité a invoqué à juste titre l'art. 4 LTrans<sup>11</sup>.

## **B. Réserve spéciale de secret (lit. a)**

### *1. Généralités*

- 8 Le droit administratif fédéral spécial connaît une multitude de normes en matière de secret. Outre la protection d'intérêts publics importants (par exemple, la défense ou la sécurité intérieure), elles servent principalement à protéger les informations dignes de protection de la sphère privée des citoyens, telles que les informations sur l'état de santé, les convictions politiques ou religieuses, les sanctions administratives ou pénales ou la situation financière<sup>12</sup>. La réserve de l'art. 4 lit. a LTrans s'applique en principe à toutes les dispositions du droit fédéral par lesquelles des informations sont classées secrètes. La classification formelle d'une information comme secrète au sens de l'Ordonnance concernant la protection des informations n'est pas nécessaire, mais n'établit pas automatiquement en soi qu'une information est secrète au sens de l'art. 4 lit. a LTrans. Dans le même temps, le fait qu'un document ne dispose pas d'une classification correspondante n'invalide pas en soi le caractère secret de l'information<sup>13</sup>. Les formulations contenues dans une loi spéciale, telles que «obligation de secret» ou si la loi prescrit que certains faits doivent être tenus «secrets» ou qu'ils doivent être traités «confidentiellement», peuvent être des indices de l'existence d'une disposition de droit spécial sur le secret, qui doit toutefois être évaluée dans un cas concret<sup>14</sup>.
- 9 La relation entre les règles de confidentialité d'autres lois fédérales (art. 4 lit. a LTrans) et le principe de la transparence administrative de la loi sur la transparence, ou la question de savoir si une norme juridique en tant que *lex specialis* a la priorité au sens de l'art. 4 lit. a LTrans, doit

---

<sup>10</sup> Dans ce sens également arrêt du TAF A-1732/2018 du 26 mars 2019 consid. 7.2.

<sup>11</sup> Message LTrans, FF 2003, 1833.

<sup>12</sup> COTTIER, SHK BGÖ, Art. 4 N 9.

<sup>13</sup> STAMM-PFISTER, BSK BGÖ, Art. 4 N 5 s.

<sup>14</sup> OFJ/PFPDT, Questions fréquemment posées 2013, chiff. 3.1.2.

être déterminée pour chaque cas concret. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, «le sens et le but des normes divergentes [sont] déterminants: l'intérêt public général à la transparence de l'administration doit être confronté au but de protection de la norme spéciale».<sup>15</sup>

Si le libellé de la disposition spéciale n'est pas univoque et que différentes interprétations sont possibles, il faut rechercher sa véritable portée en tenant compte de tous les éléments d'interprétation (ce que l'on appelle le pluralisme méthodologique<sup>16</sup>). Dans ce cadre, il faut notamment tenir compte de l'histoire de la création de la norme (élément historique), du but de la norme (élément téléologique), des valeurs sous-jacentes et de sa signification dans le contexte d'autres dispositions (élément systématique)<sup>17</sup>.

## 2. Cas particulier du secret de fonction (art. 22 LPers)

Le secret dit de fonction, prévu à l'art. 22 LPers, selon lequel le personnel de la Confédération est soumis au secret professionnel, au secret d'affaires et au secret de fonction, ne constitue pas une disposition spéciale au sens de l'art. 4 LTrans<sup>18</sup>. Avant l'entrée en vigueur de la loi sur la transparence, le secret officiel avait une validité générale sur la base du principe de secret applicable – sous réserve de toute disposition existante en matière de transparence. Avec l'introduction de la loi sur la transparence et le changement de paradigme qui l'accompagne, le champ d'application du secret de fonction pour le personnel fédéral est limité aux informations qui ne sont pas accessibles en vertu de la loi sur la transparence<sup>19</sup>. Cela vaut notamment pour les informations qui ne sont pas couvertes par le champ d'application personnel ou matériel ou qui ne sont pas accessibles en raison de l'existence de dispositions d'exception (art. 7 LTrans) ou dans des cas particuliers (art. 8 LTrans). La portée de l'art. 22 LPers a donc été indirectement redéfinie par l'introduction de la loi sur la transparence<sup>20</sup>.

Il en va de même – à savoir qu'elles ne constituent pas une disposition spéciale au sens de l'art. 4 LTrans – pour toutes les dispositions spé-

---

<sup>15</sup> ATF 146 II 265 consid. 3.1.

<sup>16</sup> ATF 145 II 270 consid. 4.1 et les références.

<sup>17</sup> ATF 146 II 265 consid. 5.1 et les références.

<sup>18</sup> Message LTrans, FF 2003 1821; COTTIER, SHK BGÖ, Art. 4 N 9.

<sup>19</sup> Message LTrans, FF 2003, 1833.

<sup>20</sup> STAMM-PFISTER, BSK BGÖ, Art. 4 N 8.

ciales d'autres lois fédérales qui ne font qu'exprimer le secret de fonction sous une forme modifiée<sup>21</sup>. C'est également le cas, par exemple, de la disposition de l'art. 61 LPTh, qui dispose ce qui suit sous le titre «Obligation de garder le secret»: Les personnes chargées de l'exécution de la présente loi ont l'obligation de garder le secret. L'art. 61 LPTh ne va pas plus loin que le secret de fonction général selon l'art. 22 LPers et ne constitue donc pas une disposition spéciale au sens de l'art. 4 lit. a LTrans<sup>22</sup>.

## C. Normes spéciales d'accès (lit. b)

### 1. Généralités

- 13 Les normes spéciales d'accès au sens de l'art. 4 lit. b LTrans contiennent des conditions d'accès aux documents officiels qui dérogent à la loi sur la transparence. Tout d'abord, on trouve régulièrement de telles dispositions d'accès dans des domaines qui revêtent une importance particulière pour l'Etat de droit (par exemple, l'exercice des droits politiques<sup>23</sup> ou la participation des citoyens au processus démocratique<sup>24</sup>). Il existe également des droits d'accès réglementés par une législation spéciale dans le domaine des registres publics (registre du commerce, registre foncier, registre civil, registre pénal)<sup>25</sup>.
- 14 Les dispositions spéciales peuvent fixer des conditions d'accès qui diffèrent de la loi sur la transparence, qui présentent des aspects matériels ou personnels ou qui prévoient des modalités d'accès spécifiques<sup>26</sup>. Les normes d'accès peuvent – pour ne citer que quelques exemples – prévoir la publicité inconditionnelle de certaines informations, prévoir des exceptions à l'accès dont la portée est plus étroite que celle de l'art. 7 LTrans, exiger une preuve d'intérêt pour l'accès<sup>27</sup> ou renoncer à l'obligation de payer une redevance pour l'accès.

---

<sup>21</sup> COTTIER, SHK BGÖ, Art. 4 N 10.

<sup>22</sup> Arrêt du TAF A-6/2015 du 26 juillet 2017 consid. 4.2.1 et les références; voir également pas ex. Recommandation du PFPDT du 3 avril 2014: Swissmedic / Formular Herstellerangaben, chiff. 38 ss. et les références; pour d'autres ex cf. ATF 146 II 265 consid. 5.2.2.

<sup>23</sup> Par ex: art. 11 al. 2 LDP.

<sup>24</sup> Par ex: art. 9 LCo.

<sup>25</sup> STAMM-PFISTER, BSK BGÖ, Art. 4 N 11 s.

<sup>26</sup> COTTIER BERTIL, SHK BGÖ, Art. 4 N 13; AMMANN/LANG, N 25.30.

<sup>27</sup> Par ex, art. 8a al. 1 et 2 LP.

## 2. *Dispositions relatives à l'information active comme réserves au sens de l'art. 4 LTrans?*

Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur la transparence, une distinction 15  
claire a été établie entre les informations actives et passives des autorités  
publiques. L'information active, dite information d'office, n'est pas ré-  
gie par la loi sur la transparence<sup>28</sup>. Dans le cas du devoir d'information  
général et actif, l'autorité dispose généralement d'un grand pouvoir  
d'appréciation, conformément aux exigences légales, pour décider si  
elle souhaite publier des informations et dans quelle mesure. En re-  
vanche, la loi sur la transparence régit l'information passive et se carac-  
térise explicitement par le fait que la personne qui fait la demande dé-  
termine, d'une part, le contenu et la portée de l'information demandée  
et, d'autre part, sous quelle forme (inspection du document ou informa-  
tion sur le contenu) elle souhaite avoir accès au document. Il n'est donc  
pas (plus) laissé à la libre appréciation des autorités si et comment elles  
souhaitent divulguer telle ou telle information ou document<sup>29</sup>.

En réalité, les informations actives et passives sont en partie étroitement 16  
liées. Elles sont mutuellement dépendantes et complémentaires. Cette  
interaction ne signifie pas pour autant que les informations actives et  
passives s'excluent mutuellement. Parfois, seule l'information active  
fournie par une autorité publique incite les personnes intéressées à faire  
valoir leurs droits d'accès à l'information afin d'obtenir une image plus  
précise des activités de l'autorité publique<sup>30</sup>. Parallèlement, un grand  
nombre de demandes de renseignements et le besoin d'informations qui  
en résulte peuvent inciter les autorités à communiquer activement des  
informations.

Toutefois, la distinction entre les activités d'information active et pas- 17  
sive n'est pas seulement pertinente en ce qui concerne les différentes  
bases légales et l'étendue différente du pouvoir d'appréciation, mais  
aussi en ce qui concerne la question de l'existence d'une disposition spé-  
ciale au sens de l'art. 4 LTrans. Ainsi, le Tribunal administratif fédéral  
a déclaré à juste titre que l'on ne peut pas conclure d'une disposition  
relative à l'information active que tout accès supplémentaire demandé  
peut être refusé<sup>31</sup>. Le Tribunal fédéral a confirmé cette appréciation<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Message LTrans, FF 2003, 1821.

<sup>29</sup> Message LTrans, FF 2003, 1843; BRUNNER/MADER, SHK BGÖ, Introduction, N 86 ss.

<sup>30</sup> MAHON/GONIN, SHK BGÖ, Art. 6 N 91 ss.

<sup>31</sup> Arrêt du TAF A-4571/2015 du 10 août 2016 consid. 4.2.

<sup>32</sup> Arrêt du TF 1C\_562/2017 du 2 juillet 2018 consid. 3.2.

- 18 La question de savoir si une obligation de fournir activement des informations dans un cas particulier impose au mieux des règles plus souples ou plus strictes en matière d'accès aux documents officiels et peut ainsi être qualifiée de disposition spéciale au sens de l'art. 4 LTrans doit être déterminée par l'interprétation des dispositions pertinentes, par analogie avec les règles de confidentialité contenues dans d'autres lois fédérales<sup>33</sup>.

### III. Exemples de réserves au sens de l'art. 4 LTrans

- 19 Le contenu, la mise en œuvre et les domaines d'application de ces dispositions spéciales peuvent être illustrés au mieux par des exemples concrets.

#### A. Secret statistique

- 20 Une réserve au sens de l'art. 4 lit. a Ltrans s'observe, par exemple, dans le secret statistique au sens de l'art. 14 LSF<sup>34</sup>. Selon cette disposition, les données collectées ou communiquées à des fins statistiques ne peuvent être utilisées à d'autres fins, à moins qu'une loi fédérale n'autorise expressément une autre utilisation ou que la personne concernée n'y ait consenti par écrit (al. 1); les personnes chargées de travaux statistiques sont tenues de garder le secret sur les données concernant des personnes physiques ou morales dont elles ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction (al. 2).
- 21 A cet égard, le Tribunal fédéral a précisé que le secret statistique ne peut s'appliquer qu'aux données qui ont été spécifiquement collectées à des fins statistiques. En revanche, le but de la loi sur la transparence, qui est précisément de créer une transparence sur l'activité de l'administration en tant que telle, doit primer pour les données qui sont acquises dans le cadre de l'activité de l'administration et qui sont également utilisées à des fins statistiques (art. 1 LTrans). Sinon, il serait relativement facile de contourner l'exigence de transparence de la loi en collectant en plus des données statistiques issues des activités administratives<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> ATF 146 II 265 consid. 3.2.

<sup>34</sup> Voir aussi la recommandation du PFPDT du 23 décembre 2014: EZV / Importmenge Milchpulver und Zucker eines Unternehmens, chiff. 10 s.; arrêt du TF 1C\_50/2015 du 2 décembre 2015, consid. 4.2 ss.

<sup>35</sup> Arrêt du TF 1C\_50/2015 du 2 décembre 2015 consid. 4.4 et les références.



## B. Secret fiscal<sup>36</sup>

D'autres réserves au sens de l'art. 4 lit. a LTrans se trouvent dans diverses lois fiscales fédérales<sup>37</sup>. Les art. 110 al. 1 LIFD, art. 37 al. 1 LIA, art. 33 al. 1 LT, art. 39 al. 1 LHID, art. 10 al. 1 LFisE, art. 74 al. 1 LTVA, art. 8 Limpmin et art. 6 Limpauto disposent que l'accès aux données fiscales ou à d'autres documents doit être refusé à des tiers. L'objectif de ces dispositions est principalement de protéger les informations issues de la sphère privée du contribuable qui sont connues des autorités fiscales dans le cadre de leurs fonctions. Elles sont la contrepartie de l'obligation de déclaration des assujettis. Par conséquent, les dispositions susmentionnées ne peuvent être considérées comme des dispositions spéciales au sens de l'art. 4 LTrans que dans la mesure où l'accès aux informations relatives à un assujetti déterminé est requis. Toutefois, l'effet protecteur ne s'étend pas aux informations qui concernent exclusivement les processus internes, la planification, les directives internes, etc. des autorités; l'accès à ces documents, puisqu'ils reflètent les activités purement administratives des autorités fiscales, est par conséquent apprécié conformément aux dispositions de la loi sur la transparence<sup>38</sup>. Il en va de même, en principe, des montants globaux des recettes fiscales<sup>39</sup>.

*Commentaire:* Les tendances au secret dans le domaine de la fiscalité sont dans une certaine mesure d'origine historique et sont soutenues par une majorité politique. Par conséquent, ces exceptions au principe de la transparence ne sont en principe pas critiquables et doivent être acceptées en tant que telles. Ainsi, il n'apparaît pas clairement en quoi la non-accessibilité des informations concernant un sujet fiscal spécifique entrave directement la réalisation de l'objectif de la loi sur la transparence, qui est de promouvoir la transparence concernant le mandat, l'organisation et les activités de l'administration. Néanmoins, la restriction de cette exception aux informations relatives à des contribuables spécifiques est appropriée, étant donné que les dispositions relatives au secret contenues dans les lois fiscales fédérales susmentionnées visent à protéger les don-

---

<sup>36</sup> Voir aussi la recommandation du PFPDT du 20 mai 2014: ESTV / Dokumente zu angeblichem Steuerruling, chiff. 18 ss; recommandation du PFPDT du 9 juin 2015: ESTV / Dokumente zu einer angeblichen MWST-Rückerstattung an ein Unternehmen, chiff. 18 ss.

<sup>37</sup> COTTIER, SHK BGÖ, Art. 4 N 10.

<sup>38</sup> OFJ, Secret fiscal et accès à des documents officiels, Avis de droit du 2 octobre 2015, JAAC 1/2016 du 26 janvier 2016.

<sup>39</sup> Cf. sur l'ensemble : arrêt du TAF A-6255/2018 du 12 septembre 2019 consid. 6.

nées personnelles et les informations de nature secrète, mais pas à soustraire à la transparence l'ensemble des activités administratives de l'autorité compétente.

### **C. Recherche d'informations par les services de renseignement**

- 24 Avec l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur le renseignement le 1<sup>er</sup> septembre 2017, la collecte de renseignements a été retirée du champ d'application de la loi sur la transparence. Selon le message, il s'agit de «n'excepter que les documents portant sur la recherche d'informations relevant du renseignement»<sup>40</sup>. L'art. 67 LRens dispose qu'en vertu de la loi sur le renseignement, la loi sur la transparence ne s'applique pas à l'accès aux documents officiels relatifs à la recherche d'informations. L'art. 67 LRens constitue donc une réserve au sens de l'art. 4 lit. a LTrans<sup>41</sup>.
- 25 *Commentaire:* La réserve prévue à l'art. 67 LRens se limite à la recherche d'informations, qui est également réglée et clairement définie dans la LRens. Dans ce contexte et en ce qui concerne la protection des sources par le service de renseignement, cette réserve semble justifiée. L'accessibilité des autres documents officiels, qui ne concernent pas la recherche d'informations, s'apprécie à juste titre selon la loi sur la transparence. Dans une démocratie, il convient de respecter les objectifs de la loi sur la transparence, notamment en ce qui concerne les actions du service de renseignement: la confiance de la population dans le SRC n'est pas garantie par un secret total, mais uniquement par une transparence fondamentale de ses activités. Il est incontestable que le SRC peut, dans l'accomplissement de ses tâches légales, se référer aux dispositions d'exception de la loi sur la transparence, en particulier pour la protection des informations relevant de la sécurité et de la sphère privée.

### **D. Secret de commission<sup>42</sup>**

- 26 L'Assemblée fédérale et ses organes (en particulier les commissions parlementaires) ne sont pas couverts par le champ d'application de la loi

---

<sup>40</sup> Message LRens, FF 2014 2120.

<sup>41</sup> Voir aussi la recommandation du PFPDT du 10 décembre 2018: X – NDB / genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen, chiff. 15.

<sup>42</sup> Voir aussi la recommandation du PFPDT du 24 août 2020: Parlamentsdienste / Präsenzliste Kommissionssitzung, et les références.

sur la transparence (art. 2 al. 1 LTrans e contrario). Mais que cela signifie-t-il pour les documents des commissions parlementaires qui sont en possession de l'administration? L'art. 47 al. 1 LParl dispose que les délibérations des commissions parlementaires sont confidentielles (en particulier, les prises de position ou les votes des différents participants ne sont pas rendus publics) et constitue donc, en ce qui concerne les documents correspondants détenus par les autorités administratives, une disposition spéciale au sens de l'art. 4 lit. a LTrans. On ne peut toutefois pas en conclure que tout document utilisé lors d'une réunion de la commission et toute information qui y est diffusée doivent être considérés comme secrets<sup>43</sup>. Dans la mesure où il est question de documents qui se réfèrent directement au secret des délibérations des commissions parlementaires<sup>44</sup> ou si l'administration établit des documents sur mandat direct et spécial d'une commission parlementaire, ces documents sont confidentiels en vertu de l'art. 47 al. 1 LParl. Les informations qui existaient déjà auparavant au sein d'une autorité, indépendamment d'une séance de commission, ne deviennent pas secrètes du seul fait qu'elles font l'objet d'une séance de commission, raison pour laquelle l'art. 47 al. 1 LParl ne doit pas être qualifié de réserve au sens de l'art. 4 lit. a LTrans pour les informations en question<sup>45</sup>.

*Commentaire:* Le principe de transparence a pour but de promouvoir la transparence sur la mission, l'organisation et l'activité de l'administration; le champ d'application de la loi sur la transparence ne s'étend pas aux organes politiques, raison pour laquelle cette réserve de transparence semble justifiée. La limitation du caractère confidentiel par le Tribunal fédéral, expliquée ci-dessus, est toutefois d'une importance capitale: il ne suffit pas de faire des documents officiels l'objet d'une séance de commission pour les soustraire à l'accessibilité sur cette seule base. 27

## **E. Informations relatives à la sécurité des transports publics**

Avec l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'organisation de l'infrastructure ferroviaire le 1<sup>er</sup> juillet 2020 respectivement le 1<sup>er</sup> janvier 2021, une autre disposition de la législation spéciale introduit une restriction 28

---

<sup>43</sup> Arrêt du TAF A-6108/2016 du 28 mars 2018 consid. 3.1.2 et les références; voir aussi la recommandation du PFPDT du 11 août 2016: SECO / Kriegsmaterialexporteure.

<sup>44</sup> Arrêt du TF 1C\_222/2018 du 21 mars 2019; arrêt du TAF A-6108/2016 du 28 mars 2018.

<sup>45</sup> Arrêt du TAF A-6108/2016 du 28 mars 2018 consid. 3.1.2.

au principe de transparence dans différents actes législatifs. Ainsi, l'art. 14 al. 2 LCdF, l'art. 24e LICa, l'art. 11a al. 1 LTro, l'art. 52b al. 2 LTV et l'art. 15b LNI contiennent tous une disposition selon laquelle la loi sur la transparence ne s'applique pas aux rapports relatifs aux audits, aux contrôles d'exploitation et aux inspections de l'Office fédéral des transports (OFT) ainsi qu'à d'autres documents officiels, dans la mesure où ils contiennent des données personnelles qui concernent la sécurité technique ou opérationnelle.

- 29 *Commentaire:* Cette disposition exclut du principe de transparence les domaines importants pour la sécurité de différents moyens de transport, sans toutefois décrire de manière claire et précise à quelles informations cette disposition spéciale s'applique concrètement. Les rapports de l'OFT qui doivent être qualifiés d'audits, de contrôles d'exploitation et d'inspections au sens de cette disposition ne sont pas définis. Il convient de souligner que la simple désignation d'un document comme «rapport d'inspection» n'est pas suffisante en soi. En outre, la formulation générale «ainsi qu'à d'autres documents officiels, dans la mesure où ils contiennent des données personnelles concernant la sécurité technique ou d'exploitation» a pour conséquence que l'étendue des informations soustraites à l'accessibilité reste floue, ce qui est regrettable au regard du principe de transparence. En raison de la formulation choisie, il n'est pas non plus limpide de savoir si la condition «dans la mesure où ils contiennent des données personnelles concernant la sécurité technique ou d'exploitation» ne s'applique qu'aux «autres documents officiels» ou à toutes les catégories mentionnées. Pour une critique détaillée à ce sujet et, de manière générale, sur les restrictions au principe de transparence pour les aspects relevant de l'activité de surveillance, nous renvoyons aux explications données dans le chapitre *Limitation à la transparence des autorités de surveillance*.

#### **IV. Législation (et tendances législatives)**

- 30 Outre ces réserves existantes, force est de constater qu'il existe régulièrement des tentatives d'introduire des réserves au sens de l'art. 4 LTrans dans le cadre de la procédure législative. Pour illustrer ces tentatives, nous présentons ci-après deux projets législatifs de ces dernières années qui illustrent de manière exemplaire la façon dont on tente de restreindre le principe de transparence par l'introduction de réserves. Pour d'autres

exemples, nous renvoyons aux rapports d'activité annuels du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence<sup>46</sup>.

## A. Révision de la loi sur les douanes<sup>47</sup>

Dans le cadre d'une consultation interne des offices sur le projet de loi fédérale sur la douane et la sécurité des frontières, l'Administration fédérale des douanes (AFD) a présenté des dispositions et des mesures visant à exclure de la loi sur la transparence des domaines essentiels de l'accomplissement de ses tâches publiques. En ce qui concerne l'obligation étendue de garder le secret, prévue dans le projet - qui aurait constitué une réserve au sens de l'art. 4 lit. a LTrans – l'AFD a mentionné dans son rapport explicatif qu'elle recevait de nombreuses demandes d'accès qui n'avaient pas pour objet l'activité de l'administration, mais qui visaient uniquement à obtenir des données économiques sensibles de tiers. Dans sa prise de position dans le cadre de la consultation des offices, le PFPDT s'était prononcé contre ce projet. 31

Il a notamment attiré l'attention de l'AFD sur le fait que le législateur a déjà assuré lui-même la protection des «données économiques» sensibles dans la loi sur la transparence. Ainsi, les informations d'entreprise correspondantes sont aujourd'hui déjà protégées de manière complète par l'art. 7 al. 1 lit. g LTrans (secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication). Les documents correspondants peuvent être caviardés en cas de preuve avérée d'un tel secret ou, si le caviardage n'est pas possible, être entièrement retirés de l'accès. En outre, les entreprises concernées peuvent intenter une action en justice pour se défendre contre l'octroi de l'accès tel qu'il est prévu par l'administration. Le PFPDT estime que la réserve globale au secret initialement prévue par l'AFD aurait ignoré la volonté claire du législateur selon laquelle la loi sur la transparence vise à promouvoir la transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité de l'administration. Pour ces raisons, le préposé a demandé à l'AFD, lors de la consultation des offices, de supprimer cette réserve du secret hostile à la transparence pour toutes les lois concernées. 32

Le projet de loi fédérale fixant le cadre général de la perception des redevances et concernant le contrôle de la circulation transfrontalière des marchandises et des personnes par l'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières (Loi définissant les tâches d'exécution de 33

---

<sup>46</sup> Disponible sur [www.edoeb.admin.ch](http://www.edoeb.admin.ch) > Documentation > rapports d'activités (dernière consultation le 7 juin 2021).

<sup>47</sup> Voir 27<sup>e</sup> rapport d'activités du PFPDT 2019/2020, chiff. 2.4.

l'OFDF, LE-OFDF) dont la consultation s'est achevée le 31 décembre 2020, ne contient pas les dispositions contestables du point de vue de la loi sur la transparence.

- 34 *Commentaire:* Dans le contexte du principe de transparence, la non-introduction d'une réserve supplémentaire au sens de l'art. 4 LTrans doit être saluée. Si cette disposition avait été introduite, une partie importante de l'activité administrative dans le domaine douanier aurait été soustraite à la transparence – il n'y avait et il n'y a toujours aucune raison ni aucune nécessité d'introduire une telle réserve.

## **B. Révision totale du droit fédéral des marchés publics**

- 35 Le 21 juin 2019, le Parlement a adopté la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP). La loi révisée et l'ordonnance y afférente sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021. Contrairement à l'exception totale prévue par le Conseil fédéral, le principe de transparence reste ancré dans le domaine des marchés publics. Lors de la procédure de consultation des offices et au cours des débats parlementaires, le PFPDT s'est fermement engagé en faveur de la mise en place d'un système de transparence<sup>48</sup>.
- 36 Au cours du premier semestre 2019, l'Office fédéral des constructions et de la logistique a présenté le projet de révision totale de l'ordonnance y afférente dans le cadre d'une consultation des offices. L'art. 45 al. 3 de la loi adoptée par le Parlement a introduit une liste de soumissionnaires et de sous-traitants sanctuarisés<sup>49</sup>, qualifiée de «non publique». L'art. 25 al. 3 de l'ordonnance révisée prévoit un droit d'accès distinct à cette liste pour les seuls pouvoirs adjudicateurs, et non un droit général de consultation pour la population. Le rapport explicatif relatif à l'ordonnance précise à ce sujet que, selon le message relatif à la LMP, il n'existe pas de droit d'accès à la liste selon la loi sur la transparence.
- 37 Le Parlement s'est prononcé contre le projet du Conseil fédéral concernant la LMP, selon lequel tous les documents liés au marché public auraient été totalement exclus du champ d'application de la loi sur la transparence (art. 4 LTrans), et a rejeté le projet du Conseil fédéral de main-

---

<sup>48</sup> Voir 26<sup>e</sup> rapport d'activités du PFPDT 2018/2019, chiff. 2.4.

<sup>49</sup> La liste énumère les entreprises qui ont été exclues de manière définitive de futurs marchés publics, par exemple parce qu'elles ont violé les dispositions relatives à la lutte contre la corruption ou qu'elles ont conclu des accords illicites en matière de concurrence.

tenir le secret. Conformément à la volonté claire de transparence du législateur, la loi sur la transparence devrait donc s'appliquer sans restriction à la LMP révisée.

Le PFPDT a en outre estimé que la simple désignation de la liste comme «non publique» dans la loi ne suffisait pas pour la qualifier de «secrète» au sens d'une disposition spéciale de l'art. 4 LTrans. Pour cela, il faudrait une réserve légale formelle explicite à la loi sur la transparence dans la LMP elle-même. Au contraire, «non public» signifie simplement que la liste n'est pas publiée directement par l'autorité. Il ne ressort en aucun cas de la formulation de la disposition légale que la liste doit être tenue secrète suite à une demande d'accès. Cette différence n'a pas pu être clarifiée. Le Conseil fédéral a rejeté les objections formulées par le PFPDT<sup>50</sup>.

*Commentaire:* Dans le domaine des marchés publics, il faut partir du principe - précisément parce qu'il s'agit de l'utilisation de fonds publics - qu'il existe un intérêt public considérable pour les informations en question. Par conséquent, de telles restrictions au principe de transparence ne sont guère appropriées dans ce domaine. Il est satisfaisant que le Parlement se soit prononcé aussi clairement en faveur de la transparence. En ce qui concerne la disposition de l'art. 25 al. 3 OMP introduite par voie d'ordonnance, il faut partir du principe que les tribunaux auront un jour à se pencher sur la question de savoir si la description générale «non public» de l'art. 45 al. 3 LMP constitue une formulation suffisante pour limiter le principe de transparence.

## V. Zones de tension

L'adoption de la loi sur la transparence est un engagement clair du législateur en faveur d'une plus grande transparence dans l'administration, ce qui doit être respecté par tous les acteurs, de l'élaboration à l'application du droit. En ce qui concerne le sens et le but de la loi sur la transparence, il convient tout d'abord de noter que la transparence de l'activité administrative constitue désormais la règle. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a également considéré que «les dispositions des lois spéciales ne doivent pas être interprétées à la légère de telle sorte qu'elles vident de son sens le principe de la transparence de l'activité administrative»<sup>51</sup>. Néanmoins, en raison de la réserve de l'art. 4 LTrans, il faut également tenir compte du fait que, selon la volonté du législateur,

---

<sup>50</sup> Voir à ce sujet, le 27<sup>e</sup> rapport d'activité du PFPDT 2019/2020, chiff. 2.4.

<sup>51</sup> ATF 146 II 265 consid. 5.3.

des exceptions au principe de transparence doivent être possibles.<sup>52</sup> Selon le point de vue défendu ici, les exceptions à la transparence au sens de l'art. 4 LTrans doivent être examinées en particulier dans le domaine des autorités de surveillance et pour déterminer dans quelle mesure les dispositions relatives à l'obligation d'information active des autorités doivent être considérées comme une restriction au principe de transparence.

### **A. Restriction à de la transparence en ce qui concerne les autorités de surveillance**

- 41 Les autorités de surveillance doivent assumer des tâches de sécurité et de contrôle du marché. Elles interviennent précisément dans les domaines dans lesquels les risques inhérents à la nature des choses ou la volonté politique font qu'il y a un besoin accru de surveillance. On peut notamment citer l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers<sup>53</sup>, l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision<sup>54</sup>, l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire<sup>55</sup> ou l'Institut suisse des produits thérapeutiques Swissmedic<sup>56</sup>. En outre, de nombreux offices fédéraux assument des tâches de surveillance dans des domaines spécifiques.
- 42 L'activité de surveillance et le pouvoir d'appréciation administratif qui en découle comportent certains risques en ce qui concerne la légalité de l'exécution. Afin d'éviter les soupçons ou les spéculations à ce sujet, il est dans l'intérêt du public et de l'administration que l'information sur l'activité de surveillance soit aussi transparente que possible. Par le biais d'une demande d'accès, un recourant peut vérifier, au nom de la population, la pratique de surveillance de l'autorité compétente. En ce sens, le principe de transparence constitue une condition essentielle pour un

---

<sup>52</sup> En plus des restrictions du champ d'application personnel (art. 2 LTrans) et matériel (art. 3 LTrans), respectivement des dispositions d'exception (art. 7 al. 1 et art. 8 LTrans), ainsi que de la protection de la sphère privée et des données personnelles (art. 7 al. 2 et art. 9 LTrans).

<sup>53</sup> Site internet de la FINMA: [www.finma.ch](http://www.finma.ch) > Surveillance > Tout sur la surveillance (dernière consultation le 14 juin 2021).

<sup>54</sup> Site internet de l'ASR: [www.rab-asr.ch](http://www.rab-asr.ch) > Surveillance (dernière consultation le 14 juin 2021).

<sup>55</sup> Site internet de l'IFSN : [www.ensf.ch](http://www.ensf.ch) > IFSN comme autorité de surveillance (dernière consultation le 14 juin 2021).

<sup>56</sup> Site internet de Swissmedic: [www.swissmedic.ch](http://www.swissmedic.ch) > Notre profil > Institut (dernière consultation le 14 juin 2021).



contrôle efficace des autorités publiques de surveillance, d'inspection ou d'audit<sup>57</sup>.

Il va de soi que les exceptions au principe de transparence ne sont pas inappropriées en soi, d'autant plus que la possibilité de les introduire est prévue par la loi elle-même (art. 4 LTrans). Il convient toutefois d'exiger que celles-ci soient toujours fondées sur une motivation pertinente, afin de ne pas porter atteinte de manière excessive à la volonté de transparence du législateur. 43

Dans ce contexte, il convient de revenir sur les dispositions de la loi fédérale sur l'organisation de l'infrastructure ferroviaire, selon lesquelles les rapports d'audit et de contrôle de l'OFT sur la sécurité des chemins de fer et des bateaux sont exclus de la loi sur la transparence. Dans le message, on peut lire ce qui suit à propos de cette disposition (art. 14 al. 2 LCdF) : «La disposition de l'al. 2 restreint le champ d'application du principe de transparence en application de l'art. 4 LTrans. Il s'agit de garantir que l'OFT continue à recevoir des entreprises qu'il surveille les informations déterminantes pour la sécurité dont il a besoin pour maintenir la sécurité dans les TP». Selon l'OFT, seule l'introduction d'une exception au principe de transparence permettrait d'éviter que les entreprises contrôlées ne retiennent les informations nécessaires au maintien de la sécurité, en dépit des obligations légales de renseigner et d'annoncer. En conclusion, cette exception au principe de transparence est nécessaire tant que la loi sur la transparence ne protège pas efficacement l'exercice de l'activité de surveillance des autorités<sup>58</sup>. 44

Cette justification n'est pas convaincante pour plusieurs raisons. Tout d'abord, dans un Etat de droit, il faut partir du principe que les obligations légales de renseignement et de communication sont respectées et appliquées. C'est ce qu'ont confirmé le Tribunal administratif fédéral<sup>59</sup> et le Tribunal fédéral<sup>60</sup>. En outre, même de l'avis des deux tribunaux, il existe un intérêt public prépondérant à la divulgation d'informations sur la mise en danger et la perturbation de la circulation publique. En outre, la loi sur la transparence, avec ses dispositions d'exception, offre suffisamment de possibilités pour tenir dûment compte de la protection des personnes concernées (entre autres les travailleurs) et des intérêts de maintenir la confidentialité, même en relation avec des mesures de contrôle des autorités. La loi prévoit notamment que l'administration peut accorder des garanties de confidentialité aux entreprises qui souhaitent faire des déclarations volontaires (cf. art. 7 al. 1 lit. h LTrans). Enfin, 45

---

<sup>57</sup> Arrêt du TAF A-1096/2020 du 19 janvier 2021 consid. 3 et les références.

<sup>58</sup> Message sur l'organisation de l'infrastructure ferroviaire, FF 2016, 8460 s.

<sup>59</sup> Arrêt du TAF A-4571/2015 du 10 août 2016 consid. 7.3.2.

<sup>60</sup> Arrêt du TF 1C\_428/2016 du 27 septembre 2017 consid. 4.3.

l'argument de l'OFT, avancé dans le message, selon lequel l'introduction de cette disposition d'exception est indispensable faute d'une protection suffisante de l'activité de surveillance de l'autorité<sup>61</sup>, ne peut pas non plus être suivi. Il s'appuie également sur le postulat, erroné selon le point de vue défendu ici, selon laquelle les assujettis ne respecteraient seulement leur obligation d'annoncer que s'ils ne devaient pas s'attendre à ce que les informations correspondantes soient communiquées.

- 46 Le même article de loi contient à l'alinéa 1 une obligation légale d'informer d'office, une disposition dite d'information active. Celle-ci dispose que l'OFT doit informer le public de ses activités de surveillance. Tout va donc bien, n'est-ce pas? Pas du tout, comme le montre le chapitre suivant.

## **B. Limitations de la transparence par les dispositions relatives à l'information active**

- 47 L'activité générale d'information active des autorités, c'est-à-dire l'information d'office sur l'activité administrative, se fonde en principe sur l'art. 180 al. 2 Cst.<sup>62</sup>. Le droit administratif fédéral connaît en outre une multitude d'obligations spécifiques d'information active pour les autorités,<sup>63</sup> ce qui est à saluer en particulier, dans la perspective de la réalisation du but de la loi sur la transparence. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que l'obligation d'information active par les autorités et l'information passive sur demande, qui est réglée par la loi sur la transparence, doivent être strictement distinguées. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'information passive se caractérise en particulier par le fait que son contenu et son étendue sont déterminés par le demandeur et ne sont pas laissés à l'appréciation de l'autorité. En dépit de cette différence fondamentale, il convient d'interpréter les normes concernées afin de déterminer si une obligation d'information active établit dans un cas particulier des règles plus favorables ou plus strictes en matière d'accès aux documents officiels et prime ainsi, en tant que disposition spéciale, sur les règles de la loi sur la transparence (art. 4 LTrans). En ce qui concerne les dispositions relatives à l'information active, il convient, pour déter-

---

<sup>61</sup> Message sur l'organisation de l'infrastructure ferroviaire, FF 2016 8460 s.

<sup>62</sup> BRUNNER/MADER, SHK BGÖ, Origine, concept, contexte, N 79 ss.

<sup>63</sup> Exemples: avertissement de la population par le Bureau suisse de prévention des accidents selon l'art. 10 al. 4 LSPro; mise en garde publique selon l'art. 54 LDAI; obligation légale d'informer de l'IFSN selon l'art. 74 LENu; rapport du PFPDT selon l'art. 30 LPD.

miner si elles constituent une réserve au sens de l'art. 4 LTrans, de clarifier dans le cadre de l'interprétation s'il ressort de la norme en question que l'accès aux informations, qui vont au-delà de l'obligation d'information active, devrait être exclu ou non.

Pour illustrer les questions d'interprétation et de délimitation qui se posent, il convient d'examiner un arrêt du Tribunal fédéral dans lequel il fallait juger de l'accès aux résultats d'un test réalisé par le Bureau suisse de prévention des accidents concernant la sécurité des tables à langer au quotidien<sup>64</sup>. Le Tribunal fédéral a dû se pencher sur la question de savoir si l'art. 10, al. 4 LSPro (information de la population) en relation avec l'art. 12 LSPro (obligation de garder le secret) constitue une base légale spéciale qui, selon l'art. 4 LTrans, prime sur la loi sur la transparence et dont l'accès doit par conséquent être évalué uniquement selon les prescriptions de la LSPro. Selon l'art. 10 al. 4 LSPro, les organes d'exécution informent la population sur les produits dangereux lorsque le responsable de la mise sur le marché ne prend pas de mesures efficaces ou ne les prend pas en temps utile. Ils rendent accessibles à la population les informations dont ils disposent concernant les risques liés à ce produit et les mesures prises. Les organes d'exécution sont soumis à l'obligation de garder le secret, à moins que leurs observations ne soient utiles pour la sécurité des produits ou pour l'échange d'expériences sur les mesures de sécurité (art. 12 LSPro). Etant donné que le libellé de l'art. 10 al. 4 LSPro, qui prévoit l'obligation d'alerter la population (obligation d'informer activement), ne permet pas de déterminer si les autorités doivent refuser les demandes d'accès plus larges selon la LTrans ou si l'art. 12 LSPro va plus loin que le secret de fonction en vertu de l'art. 22 LPers, le Tribunal fédéral a procédé à une interprétation<sup>65</sup>.

Bien que la loi sur la sécurité des produits ait été adoptée après la loi sur la transparence et que le message<sup>66</sup> relatif à la LSPro ne contienne aucune indication sur la coordination avec la loi sur la transparence, on ne peut en déduire que la LSPro devait limiter la portée de la LTrans. Le Tribunal fédéral interprète plutôt l'absence de déclaration sur la coordination des deux lois comme un indice que le législateur n'a pas voulu toucher à la portée de la LTrans. L'historique de l'art. 10 al. 4 LSPro et l'obligation d'information active qu'il contient, qui vise non seulement la protection de la sécurité et de la santé de la population, mais aussi la transparence de l'activité de l'Etat, ne permettent pas de conclure que cette disposition interdit la communication d'informations supplémen-

---

<sup>64</sup> ATF 146 II 265.

<sup>65</sup> ATF 146 II 265 consid. 5.1. Voir ci-dessus N 11 s.

<sup>66</sup> Message concernant la loi sur la sécurité des produits, FF 2008, 6771.

taires lorsqu'elle est demandée (consid. 5.2.1). Enfin, il résulte de l'interprétation historique de l'obligation de garder le secret, prévue à l'art. 12 LSPro, qu'elle ne vise pas à protéger des informations plus étendues sur des produits au sens d'un secret commercial ou d'un secret de fabrication élargi et qu'elle ne va donc pas au-delà du secret de fonction général ou du secret professionnel, commercial ou de fabrication (consid. 5.2.2).

- 50 En ce qui concerne le sens et le but des dispositions en question, le Tribunal fédéral a relevé de manière générale, en guise d'introduction, que «avec la création de la LTrans, la transparence de l'activité administrative constitue la règle; les dispositions de lois spéciales ne doivent pas être interprétées à la légère de manière à vider de son sens le principe de la transparence de l'activité administrative»<sup>67</sup>. L'obligation d'information prévue à l'art. 10 al. 4 LSPro concerne les avertissements officiels<sup>68</sup> qui ne peuvent être émis qu'en cas d'inaction ou d'absence de mesures efficaces prises en temps utile par les responsables de la mise sur le marché. Le législateur a donc procédé à un examen de la proportionnalité de l'art. 10 al. 4 LSPro. Le Tribunal fédéral n'y voit toutefois pas d'indication que l'art. 10 al. 4 LSPro aurait dû donner plus de poids aux intérêts du maintien du secret qu'au besoin d'information du public concernant les produits défectueux. En outre, il estime que la disposition de l'art. 10 al. 4 LSPro, si elle n'est pas interprétée comme une réserve au sens de l'art. 4 LTrans, n'est pas vidée de son sens; elle peut garantir la mise en garde de la population contre des produits dangereux, sans pour autant restreindre une information passive plus étendue. Le lien avec l'obligation de garder le secret au sens de l'art. 12 LSPro n'y change rien, puisque celle-ci ne va pas au-delà du secret de fonction général (consid. 5.3).
- 51 En ce qui concerne l'aspect systématique, le Tribunal fédéral a considéré qu'il ne semblait pas évident que «l'autorité législative ait voulu créer dans la LSPro un droit d'accès à l'information exhaustif et autonome»<sup>69</sup>; la systématique de la loi ne permettait du moins pas de déduire que l'art. 10 al. 4 LSPro en relation avec l'art. 12 LSPro, pouvait être considéré comme un droit d'accès à l'information. L'art. 12 LSPro constitue une disposition spéciale au sens de l'art. 4 LTrans (consid. 5.4).
- 52 En résumé, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion, en tenant compte de tous les éléments d'interprétation, que l'art. 10 al. 4 LSPro en relation avec l'art. 12 LSPr ne constitue pas une disposition spéciale au sens de l'art. 4 LTrans et la loi sur la transparence est déterminante pour

---

<sup>67</sup> ATF 146 II 265 consid. 5.3.

<sup>68</sup> Cf. également ATF 144 II 233 consid. 4.1 et les références sur la littérature.

<sup>69</sup> ATF 146 II 265 consid. 5.4.

l'évaluation de l'accessibilité (consid. 5.5). La décision du Tribunal administratif fédéral<sup>70</sup>, qui était parvenue à la conclusion contraire, a été annulée.

*Commentaire:* Cet arrêt du Tribunal fédéral est convaincant et revêt une importance capitale pour le principe de transparence, notamment en ce qui concerne la délimitation entre les dispositions relatives à l'information active et les réserves au sens de l'art. 4 LTrans. Selon le point de vue défendu ici, il serait choquant qu'une obligation d'information active visant à protéger la santé publique puisse en même temps annuler l'accès (passif) aux informations selon la loi sur la transparence, qui poursuit une autre conception (étendue et contenu de l'information à la discrétion du recourant) et un autre objectif (à savoir l'exécution et le contrôle de l'action administrative). Cela vaut en particulier pour les domaines sensibles de la sécurité et de la santé publiques, dans la mesure où il n'existe pas de justification suffisante et adéquate pour une telle restriction – comme c'est le cas dans les faits à juger. 53

Pour le principe de transparence, cet arrêt est en outre d'une grande pertinence pour la raison suivante : le droit administratif connaît de nombreuses obligations d'information active ainsi que des normes de confidentialité pour les autorités, c'est-à-dire des droits d'accès à l'information exhaustifs et autonomes, spécifiques à chaque domaine. Si cette combinaison d'obligation d'information active et de secret de fonction général prévalait régulièrement sur la loi sur la transparence, le champ d'application de cette dernière serait largement limité, car il ne resterait plus de place pour les demandes d'accès lorsque l'information active a déjà eu lieu. Cela rendrait impossible l'objectif poursuivi par la loi sur la transparence, à savoir garantir la traçabilité et le contrôle de l'action administrative<sup>71</sup>, et viderait de sa substance le changement de paradigme visé par le législateur avec le principe de transparence. 54

En indiquant de manière générale que la transparence de l'activité administrative est la règle et que ce principe doit être considéré comme important dans l'interprétation des dispositions de lois spéciales, le Tribunal fédéral se prononce clairement en faveur du principe de transparence et de l'application restrictive d'éventuelles restrictions par le biais de dispositions spéciales selon l'art. 4 LTrans. 55

---

<sup>70</sup> Pour un examen détaillé de l'arrêt du TAF qui a précédé l'arrêt du TF, voir: KÄMPFER DANIEL, Öffentlichkeitsprinzip: Hintertür Spezialbestimmungen?, in: medalex 01/2019, 1 octobre 2019.

<sup>71</sup> Message LTrans, FF 2003 1974, 1820.

### C. Dispositions relatives aux informations actives dans le domaine de la surveillance

- 56 L'introduction de dispositions spéciales dans des domaines de l'activité de surveillance, qui, de l'avis de l'auteur, n'est pas justifiée d'un point de vue objectif et compte tenu du principe de transparence, se fait parfois en combinaison avec des dispositions relatives à l'information active. L'art. 19 de la loi sur la surveillance de la révision peut être examiné plus en détail pour illustrer cette problématique. L'art. 19 LSR porte le titre «Information du public» et dispose à l'al. 1 que l'autorité de surveillance publie chaque année un rapport sur son activité et sa pratique. Selon l'al. 2, elle n'informe sur les procédures en cours ou terminées que si des intérêts publics ou privés prépondérants l'exigent. Par conséquent, l'autorité de surveillance est tenue d'informer en vertu de l'art. 19 al. 1 LSR, tandis qu'elle peut informer en vertu de l'al. 2<sup>72</sup>.
- 57 Le Tribunal administratif fédéral a dû se pencher sur la question de savoir si cette disposition relative à l'information active que l'autorité de surveillance doit respecter constitue ou non une disposition spéciale au sens de l'art. 4 LTrans. Le point de départ était une demande d'accès de la Poste Suisse SA et de CarPostal SA à l'autorité de surveillance, notamment au rapport d'audit de l'autorité de surveillance concernant les activités de révision de KPMG SA pour CarPostal SA. Dans sa recommandation<sup>73</sup>, le PFPDT n'a pas qualifié l'art. 19 al. 2 LSR de disposition spéciale au sens d'une réserve en vertu de l'art. 4 LTrans. L'autorité de surveillance a maintenu son appréciation et a rendu une décision par laquelle elle a de nouveau refusé l'accès sur la base de l'art. 19 al. 2 LSR.
- 58 Le Tribunal administratif fédéral a, pour sa part, considéré que les obligations d'information active pouvaient constituer des normes d'accès spécifiques au sens de l'art. 4 LTrans<sup>74</sup>. Une telle obligation ne constitue pas automatiquement et dans tous les cas une prescription minimale, mais on ne peut pas non plus en déduire que tout accès supplémentaire demandé peut être refusé. Il faut toutefois se rallier à l'argumentation de l'autorité de surveillance selon laquelle «il n'est pas admissible que la loi sur la transparence donne à un tiers le droit de consulter des actes de

---

<sup>72</sup> Message concernant la concentration de la surveillance des entreprises de révision et des sociétés d'audit du 28 août 2013, FF 2013 6147, 6173.

<sup>73</sup> Recommandation du PFPDT du 26 septembre 2019: RAB / Ad-hoc Überprüfungsbericht.

<sup>74</sup> Arrêt du TAF B-6115/2019 du 16 décembre 2020; Remarque: dans deux autres arrêts du 16 décembre 2020 (B-709/2018 et B-1109/2018), le Tribunal administratif fédéral a également eu à se pencher sur la question de savoir si l'art. 19 al. 2 LSR constitue une disposition spéciale au sens de l'art. 4 LTrans.

procédure au sujet desquels l'autorité de surveillance elle-même a l'interdiction de divulguer des informations. Dans cette mesure, il existe, pour des raisons logiques, une corrélation impérative entre la limitation du pouvoir d'information de l'instance inférieure établie à l'art. 19 al. 2 LSR et un éventuel droit d'un tiers à accéder à ces informations sur la base de la loi sur la transparence»<sup>75</sup>. Enfin, le Tribunal administratif fédéral a vu dans le secret de la révision, dans la protection des données personnelles (conformément à la législation sur la protection des données) ainsi que dans l'existence de secrets professionnels, d'affaires et de fabrication des indices qui indiqueraient que l'art. 19 al. 2 LSR, en tant que disposition spéciale, prévaut sur la loi sur la transparence. En conclusion, il a reconnu dans l'art. 19 al. 2 LSR une disposition spéciale au sens de l'art. 4 LTrans, mais a renoncé à le préciser expressément; il a ainsi confirmé le refus d'accès de l'autorité de surveillance.

Un recours contre ce jugement est en cours devant le Tribunal fédéral. 59

*Commentaire:* Selon le point de vue défendu ici, cet arrêt n'est pas convaincant. Pour évaluer les faits en question, le Tribunal administratif fédéral a dû déterminer quelles étaient les bases juridiques pertinentes. Dans la mesure où il qualifie l'art. 19 al. 2 LSR de disposition spéciale au sens de l'art. 4 LTrans, l'accès aux informations demandées s'apprécie selon la LSR. La clarification de cette question implique de déterminer par voie d'interprétation s'il résulte de la norme précitée qu'elle exclut ou non l'accès aux informations correspondantes allant au-delà de l'obligation d'information active. Outre les explications données en introduction (voir ci-dessus, point V.B.), en référence à l'arrêt du Tribunal fédéral concernant les commodités à l'usage<sup>76</sup>, selon lesquelles ni le libellé de cette disposition ni le message ne permettent de déterminer si l'art. 19 al. 2 LSR est une disposition spéciale au sens de l'art. 4 LTrans, le tribunal a notamment vu dans le secret de la révision et dans la protection des données personnelles des indices permettant de qualifier l'art. 19 al. 2 LSR de disposition spéciale. On ne voit pas pour quelles raisons le Tribunal administratif fédéral a renoncé à retenir explicitement cette conclusion. 60

De l'avis de l'auteur, les raisons pour lesquelles l'obligation d'information active par l'autorité est limitée sont certes exposées en se référant au secret de la révision et à la protection des données personnelles; en revanche, il n'est pas démontré dans quelle mesure il faut y voir concrètement des indications selon lesquelles l'art. 19 al. 2 LSR doit normaliser, outre l'information active, l'accès aux informations sur demande. Etant donné que le secret de la révision ou le secret professionnel et la 61

---

<sup>75</sup> Arrêt du TAF B-6115/2019 du 16 décembre 2020 consid. 3.8.

<sup>76</sup> ATF 146 II 265.

protection des données personnelles peuvent également être pris en compte dans la procédure selon la loi sur la transparence, le but de protection de l'art. 19 al. 2 LSR n'est pas contrecarré si la disposition n'est pas considérée comme une réserve au sens de l'art. 4 LTrans.

- 62 En conclusion, il reste à espérer que le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence restreignant la qualification des dispositions relatives à l'information active en tant que réserves au sens de l'art. 4 LTrans et qu'il corrige la décision du Tribunal administratif fédéral qui, selon l'opinion défendue ici, n'est pas convaincante.

## **VI. Conclusion et enjeux**

- 63 La loi sur la transparence a introduit le principe de l'accessibilité générale des documents officiels (art. 6 LTrans), la libre accessibilité étant présumée et constituant donc la règle. Le législateur s'est ainsi clairement engagé en faveur de la transparence de l'administration et de l'activité administrative.
- 64 La disposition de l'art. 4 LTrans offre toutefois la possibilité de restreindre le principe de transparence par l'adoption de dispositions spéciales, voire de le vider de son sens dans des domaines entiers de l'activité administrative. C'est pourquoi il faut toujours veiller, lors de l'adoption de telles dispositions, à ne restreindre le principe de transparence que dans la mesure où des motifs objectifs convaincants le justifient et où cela est absolument nécessaire. Les exceptions non fondées ou injustifiables doivent être rejetées avec force.
- 65 La protection des intérêts privés et publics dignes de protection est en grande partie suffisamment prise en compte par les dispositions d'exception prévues par la loi sur la transparence. L'exclusion d'une partie de l'administration du domaine public par l'introduction d'une disposition au sens de l'art. 4 LTrans ne devrait donc être acceptée par le législateur qu'avec beaucoup de retenue et de circonspection. Il faut au moins exiger que la disposition en question définisse clairement quelles informations concrètes doivent être exclues de la transparence administrative. C'est la seule façon d'évaluer les conséquences d'une disposition légale pour le Parlement et l'administration, mais aussi pour les citoyens.
- 66 On peut néanmoins observer qu'il y a toujours des tentatives de restreindre le champ d'application de la loi sur la transparence par l'introduction de dispositions légales spéciales. Cette tendance s'est renforcée au cours des dernières années. Même si certaines de ces tentatives ne se sont finalement pas concrétisées, il convient de continuer à faire preuve d'une vigilance accrue face à cette évolution. Il reste à espérer que le



législateur continuera à soutenir le principe de transparence et que les restrictions ne seront acceptées que de manière résiduelle.

Lorsqu'une telle disposition spéciale a été introduite dans la loi ou qu'elle est appliquée parce qu'elle existe déjà, il n'est pas rare que les tribunaux doivent répondre à la question de savoir si elle remplit les exigences d'une réserve au sens de l'art. 4 LTrans. A cet égard, il convient de souligner le fait que les tribunaux fixent presque systématiquement des exigences très élevées pour les dispositions spéciales. Ils jouent ainsi un rôle central dans la préservation de la transparence voulue par le législateur. Il est facile de le constater dans les jugements reproduits ci-dessus. Il faut espérer que les tribunaux continueront de veiller, par une jurisprudence stricte et restrictive, à ce que le principe de transparence, respectivement son sens et son but, ne soient pas davantage limités par des dispositions spéciales. <sup>67</sup>

Etant donné que ni la liberté d'information (art. 16 al. 3 Cst.) ni la liberté des médias (art. 17 Cst.) ne permettent en principe de déduire un droit d'accès aux documents officiels allant au-delà de la loi sur la transparence<sup>77</sup>, il est d'autant plus important de préserver l'accessibilité des documents officiels au sens de la loi sur la transparence. Du point de vue de la population, il faut exiger que les autorités administratives renoncent à l'avenir à vouloir introduire des dispositions spéciales nombreuses ou étendues dans leurs secteurs ou pour certaines catégories de documents. <sup>68</sup>

---

<sup>77</sup> Arrêt du TF 1C\_129/2016 du 14 février 2017 consid. 2.2.2 et les références; voir arrêt du TAF A-6475/2017 du 6 août 2018 consid. 6; mais voir aussi arrêt du TF 1C\_59/2020 du 20 novembre 2020.