

*La notion de document officiel en droit fédéral,  
ainsi qu'en droit valaisan*

**Sébastien Fanti**

Avocat et Notaire – Préposé à la protection des données  
et la transparence du Canton du Valais<sup>1</sup>

1.	Prolégomènes contextuels .....	394
2.	Développement des lois sur l'accès à l'information en Suisse .....	397
3.	Orientations fondamentales du projet LIPDA et observations critiques .....	406
4.	Exclusion de la consultation de certains documents par renvoi à la législation spéciale (art. 12 al. 2 LIPDA) .....	407
5.	La notion de document officiel en droit valaisan .....	411
6.	Le droit d'accès aux documents officiels et ses exceptions .....	415
7.	Les principales erreurs commises par les requérants d'accès à un document officiel .....	424
8.	Casuistique valaisanne, genevoise, vaudoise, fribourgeoise et neuchâteloise .....	426
9.	La notion de document officiel en droit fédéral (art. 5 al. 1 LTrans) .....	430
10.	Casuistique de droit fédéral .....	433
11.	Conclusions prospectives .....	437

---

<sup>1</sup> Je tiens à témoigner ici ma plus vive reconnaissance à mes stagiaires FLORIAN IHNE et ÉMILIE BUTHEY pour leur aide précieuse et la qualité de leur travail. Albert Einstein se plaisait à dire que la connaissance s'acquiert par l'expérience et que tout le reste n'est que de l'information. J'espère que ce travail dans le réel des normes vous aura apporté autant de plaisir que j'en ai éprouvé avec de jeunes juristes motivés et talentueux.

## 1. Prolégomènes contextuels

*“Transparency increases the cost of hiding the truth. More efficient interactivity exposes truths that used to be inexpensive to hide”<sup>2</sup>.*

La notion de transparence est étymologiquement issue du latin *trans*, au-delà, à travers et *parere*, paraître, apparaître, se montrer. Ce terme est d’ordinaire utilisé, dans son sens figuré, pour qualifier une pratique sociale guidée par la sincérité et une parfaite accessibilité de l’information<sup>3</sup>. Elle a évolué et concerne aujourd’hui tant le champ des interactions sociales que la sphère politique.

Les motivations ayant conduit à l’adoption du principe de transparence sont diverses. Le philosophe utilitariste Jeremy Bentham en recense six, dont la moralisation du politique, la confiance et le consentement des assujettis et même l’amusement<sup>4</sup>. Cet optimisme Benthamien a fait l’objet de nombreux et singuliers développements dans la littérature contemporaine. Toutefois, une certaine permanence de discours peut être mise en exergue, notamment s’agissant de la moralisation de la vie politique qui n’est ni spontanée ni naturelle et qui requiert donc une surveillance et des sanctions<sup>5</sup>.

Tout le monde se targue aujourd’hui d’être un parangon de transparence, mais la réalité est plus contrastée. D’expérience, transparence bien ordonnée ne commence jamais par soi-même. Ainsi, si, en théorie, tout le monde abonde dans le sens d’une nécessaire mise en œuvre du principe, chacun souhaiterait ne pas avoir à en subir une application surjective. Un zeste de transparence suffirait à démontrer que l’on a assimilé une notion en phase avec notre temps. Il n’est malheureusement pas possible d’opérer un *distinguo salvateur* (pour

---

<sup>2</sup> DON PEPPERS /MARTHA ROGERS, *Extreme Trust : Honesty as a Competitive Advantage* : <http://www.extremetrustbook.com/>.

<sup>3</sup> Pour une analyse historique du développement de cette notion, cf. SANDRINE BAUME, *Exposer les affaires publiques au regard des citoyens, Les raisons justificatives du principe de transparence*, in : MARTIAL PASQUIER, *Le principe de transparence en Suisse et dans le monde*, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne, 2013, p. 3 ss.

<sup>4</sup> JEREMY BENTHAM, *De la publicité*, in : J.J. PASCHOUD, *Tactique des assemblées législatives*, édition Dumont, Genève/, Paris 1816, J.J. PASCHOUD, p. : 14-48 ; il s’agit d’une version traduite de Bentham.

<sup>5</sup> Chez JEREMY BENTHAM , le contrôle sur la gestion des affaires publiques s’opère par l’intermédiaire du Tribunal de l’opinion publique, auquel l’auteur attribue un caractère d’incorruptibilité et une certaine pureté.

certaines), dès lors que les exceptions sont objectives et non fonction d'intérêts ponctuels.

Dans son rapport d'activité 2015/2016<sup>6</sup> le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence fait état d'un nombre de demandes d'accès en augmentation constante<sup>7</sup>. Durant l'année 2015, 597 demandes d'accès ont été soumises aux autorités fédérales<sup>8</sup>. Il s'agit d'une nouvelle valeur record depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la transparence le 1<sup>er</sup> juillet 2006. Les autorités ont accordé un droit d'accès complet dans 54 % des cas, un accès partiel dans 21 % des cas et rejeté intégralement les demandes de consultation dans 16 % des cas<sup>9</sup>. Les requêtes sont donc pertinentes dans plus de la moitié des cas, ce qui est réjouissant et démontre que la loi fédérale est bien appréhendée et comprise par les citoyens qui en font usage, même si cet usage est encore confidentiel. Il paraît également intéressant de mettre en exergue le fait que certaines entités sont plus sensibles à la thématique de la transparence, le bénéficiaire étant le Département fédéral des affaires étrangères, dont l'ouverture doit être saluée<sup>10</sup>. Ainsi que le Préposé fédéral le relève, cet accroissement notable des requêtes permettra aux lois relatives à l'information de prospérer, ce qui signifie que la visibilité des normes et leur utilisation vont se renforcer, n'en déplaise à tous les sophistes et les défenseurs d'idées aussi antagoniques<sup>11</sup>.

Le Canton du Valais ne fait pas exception à la règle et aux constats opérés au niveau national. Les requêtes se multiplient. Par contre, elles sont rarement accueillies, ce qui nécessite de nombreuses médiations. Un avocat se plaignait encore récemment de la transparence comme une entrave à un exercice serein du pouvoir. Il arguait du fait que tout ne peut pas être accessible sans contextualisation et que le secret vaut mieux, parfois, que l'abrupte vérité. Cette appréhension

---

<sup>6</sup> Le rapport d'activité 2015/2016 est disponible à cette adresse :

<https://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00153/01353/index.html?lang=fr>.

<sup>7</sup> <https://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00153/01353/01390/index.html?lang=fr>.

<sup>8</sup> Ce chiffre ne comprend pas les demandes d'accès formulées au Ministère public de la Confédération et aux Services du Parlement.

<sup>9</sup> Le solde est constitué de demandes retirées, notamment.

<sup>10</sup> Les chiffres du DFAE témoignent d'une grande ouverture à la transparence avec 110 réponses entièrement positives sur 134 demandes; dans 17 cas, l'accès a été partiellement accordé ou repoussé et dans 7 cas seulement entièrement refusé.

<sup>11</sup> Principalement, ceux qui défendent l'idée d'une transparence raisonnée, dont la maîtrise serait en partie soustraite au contrôle juridictionnel topique.

primitive de l'application du principe de transparence dénote un manque d'information quant aux garde-fous législatifs et jurisprudentiels qui assurent l'existence d'un nécessaire équilibre.

L'honnêteté intellectuelle postule de concéder que la matière est difficile à appréhender, plurifactorielle et souvent en lien avec des technologies que les juristes exècrent. Le rôle d'un Préposé<sup>12</sup> est avant tout (bien que cela ne soit pas expressément mentionné dans la loi topique ni dans son règlement d'application) de prévenir les litiges en diffusant le savoir, en le partageant et en orientant les publications sur les thématiques fondamentales, de manière à favoriser une application uniforme du droit. C'est dans ce cadre que la présente publication a été décidée, étant précisé qu'elle n'a d'autre ambition que celle de faciliter la tâche de tous ceux (et ils seront de plus en plus nombreux) qui devront un jour pratiquer cette matière.

Il est en conséquence apparu nécessaire d'analyser prioritairement la notion fondamentale de document officiel, soit le sésame qui permet l'application des normes en matière de transparence, tant à l'aune du droit fédéral, qu'à l'aune du droit cantonal, étant précisé que celui-ci n'a généré que très peu de décisions<sup>13</sup>.

À cet égard, le soussigné est pleinement conscient de l'effet de sidération que provoquera très certainement, chez d'aucuns, la présentation de la casuistique<sup>14</sup> et des requêtes supplémentaires d'accès qui en résulteront. La fonction de Préposé à la transparence n'est toutefois pas un concours de popularité<sup>15</sup>, mais un exercice de

---

<sup>12</sup> Cf. article 37 LIPDA.

<sup>13</sup> Contrairement au droit fédéral, ainsi que nous le verrons ci-après.

<sup>14</sup> À titre exemplatif l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-7405/2014 confirmé par le Tribunal fédéral dans un arrêt 1C\_14/2016, qui autorise l'accès par le journaliste Titus Plattner à l'agenda Outlook 2013-2014 jusqu'au 26 mai 2014 de l'ancien Chef de l'armement sortant Ulrich Appenzeller. Il est à relever qu'armasuisse a dépensé plus de 25 000 francs suisse pour s'opposer jusqu'au Tribunal fédéral à la demande d'accès formulée par le journaliste, ce qui génère des critiques sévères : <https://www.oeffentlichkeitsgesetz.ch/francais/2016/07/le-tribunal-federal-administratif-renvoie-armasuisse-a-ses-etudes/#more-4234>.

<sup>15</sup> Cf. à cet égard la critique du projet valaisan Infomed (dossier électronique du patient, qualifié par l'expert et le soussigné de suicide numérique collectif), notamment en ce qui concerne la violation crasse du principe de légalité et de densité normative, ainsi que les multiples et diverses violations des normes en matière de protection et de sécurité des données : SEBASTIEN FANTI, Big Data et protection des données dans le domaine de la santé, p. 55 à 116, in : DOMINIQUE SPRUMONT, Nouvelles technologies et santé publique, 22<sup>e</sup> journée de droit de la santé, Berne 2016, spécifiquement p. 80 à 94.

pondération qui doit tenir compte du principe selon lequel la transparence est désormais la règle. À l'instar de ce que Churchill<sup>16</sup> soutenait, dans une telle maïeutique, mieux vaut prendre le changement par la main, avant qu'il ne nous prenne par la gorge. En matière de transparence en effet, les décisions de justice sont en effet, dans leur immense majorité, défavorables à ceux qui refusent l'accès aux documents officiels, avec des conséquences que nous analyserons au terme de cet article.

## 2. Développement des lois sur l'accès à l'information en Suisse<sup>17</sup>

Au niveau fédéral, la transparence est devenue la règle suite à l'adoption de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration<sup>18</sup> (abrégée ci-après LTrans). Ce changement de paradigme a connu une gestation lente. La Suisse a en effet été l'un des derniers pays d'Europe à adopter une loi sur l'accès à l'information, après 25 années de travaux. Cette loi est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006.

Sur le plan cantonal<sup>19</sup>, c'est Berne qui a été le premier canton à légiférer en 1993<sup>20</sup>, suite à l'affaire dite des « caisses noires »<sup>21</sup> et à l'utilisation illégale de fonds publics par le gouvernement cantonal. La nécessité d'une plus grande transparence de l'activité publique a généré une loi, ce qui est un cas classique et exemplatif de réactivité démocratique. La publicité initiée par les normes en matière de transparence permet de limiter les tentations de la corruption et, en ce qu'elle contraint les élus à se conformer à leurs devoirs, se mue en une garantie d'intégrité<sup>22</sup>.

---

<sup>16</sup> Les sautes d'humeur de WINSTON CHURCHILL, Éditions Payot, Paris 2015.

<sup>17</sup> <http://www.rfj.ch/rfj/Actualites/Regionale/20140213-Serie-30-ans-les-caisses-noires.html>.

<sup>18</sup> RS 152.3.

<sup>19</sup> La loi bernoise a été adoptée plus de 10 ans avant la législation fédérale.

<sup>20</sup> Loi sur l'information du public (Lin) du 2 novembre 1993 ; la loi est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995 : cf. <https://www.belex.sites.be.ch/frontend/versions/31?locale=fr>.

<sup>21</sup> <http://www.rfj.ch/rfj/Actualites/Regionale/20140213-Serie-30-ans-les-caisses-noires.html>.

<sup>22</sup> SANDRINE BAUME, Exposer les affaires publiques au regard des citoyens. Les raisons justificatives du principe de transparence, in : Martial Pasquier, Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne, 2013, p. 7.

Le rythme d'adoption des autres normes dans les cantons peut être qualifié de lent, mais constant. Le Valais figure en queue de peloton avec Fribourg<sup>23</sup>, puisque la loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage (abrégée ci-après LIPDA) du 9 octobre 2008 est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011. En 2011, tous les cantons romands avaient donc adopté des dispositions légales introduisant à des niveaux d'ancrage juridique distincts le principe de transparence<sup>24</sup>. Il paraît important de relever que, parmi les cantons romands, trois<sup>25</sup> ont adopté une disposition constitutionnelle ainsi qu'une loi et trois<sup>26</sup> ont opté uniquement pour une loi. Selon BASTIEN VON WYSS<sup>27</sup>, cette différenciation n'induit pas, semble-t-il, d'effets concrets, respectivement n'introduit pas d'appréhensions discrétionnaires, réductrices de droits.

Le fédéralisme et les spécificités cantonales expliquent le développement hétéroclite des normes en matière de transparence. Celle-ci devra toutefois s'installer rapidement et durablement en matière environnementale (à tout le moins) dans tous les cantons, suite à l'adoption de la Convention d'Aarhus<sup>28</sup>. Adoptée en 1998 à Aarhus (Danemark), la Convention de la Commission économique de l'ONU

---

<sup>23</sup> Genève (2002), Vaud (2003), Jura (2003), Neuchâtel (2007), Fribourg (2011).

<sup>24</sup> Pour un panorama à l'échelle helvétique : PHILOMENE MEILLAND, Caractéristiques des lois sur l'accès à l'information en Suisse, in : MARTIAL PASQUIER, Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne, 2013, p. 19 et le site de l'association loitransparence.ch :

<https://www.oeffentlichkeitsgesetz.ch/francais/>; l'ancien juge fédéral CLAUDE ROUILLER soutient dans son Rapport intitulé « *Rapport établi à la demande du Conseil communal de Bagnes (Canton du Valais) sur certaines conséquences d'une pratique, jugée illégale, en matière de police des constructions, mars-août 2016, p. 42* » que les principes consacrés dans la LTrans et la LIPDA sont équivalents en se référant à une contribution du Juge cantonal Jomini (ANDRE JOMINI, L'accès à un tribunal dans les procédures administratives en matière d'environnement : Garanties du droit fédéral et Convention d'Aarhus, p. 101, in : ANTOINE EIGENMANN, CHARLES PONCET, BERNARD ZIEGLER, Mélanges en l'honneur de CLAUDE ROUILLER, Bâle 2016) ; cela n'est exact que s'agissant des orientations fondamentales, les textes divergeant notablement quant à leur mise en œuvre, cf. : PHILOMENE MEILLAND, Caractéristiques des lois sur l'accès à l'information en Suisse, in : MARTIAL PASQUIER, Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne, 2013, p. 23 à 33.

<sup>25</sup> Vaud, Neuchâtel et Fribourg.

<sup>26</sup> Genève, Jura et Valais.

<sup>27</sup> BASTIEN VON WYSS, Droit d'accès aux documents officiels : comparaison et étude de la mise en œuvre de quatre lois sur la transparence en Suisse, Septembre 2011, mémoire de master disponible à l'adresse : <https://www.oeffentlichkeitsgesetz.ch/downloads/studien/memoire-von-wyss.pdf>

<sup>28</sup> <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1860/Convention.pdf>; pour une présentation de la Convention d'Aarhus, cf. <http://www.bafu.admin.ch/recht/13960/13962/index.html?lang=fr>

pour l'Europe (CEE-ONU) sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement est entrée en vigueur en 2001<sup>29</sup>.

La Suisse l'a ratifiée en mars 2014 et en est devenue partie le 1<sup>er</sup> juin de la même année, date de son entrée en vigueur<sup>30</sup>. Au total, 46 États ainsi que l'Union européenne ont adhéré à cette convention<sup>31</sup>, laquelle poursuit trois objectifs principaux : améliorer l'accès à l'information sur l'environnement<sup>32</sup>, associer la population aux procédures d'autorisation de projets ayant un impact environnemental et, finalement, permettre aux intéressés de saisir les tribunaux. Ces trois piliers (ou trois catégories de droits formels) n'ont pas nécessité d'adaptation législative importante au niveau fédéral<sup>33</sup>.

Le deuxième pilier, soit la participation du public au processus décisionnel, a quant à lui fait l'objet de l'adjonction de normes dans la loi fédérale sur la protection de l'environnement (abrégée ci-après LPE)<sup>34</sup>, soit les articles 10e à 10f (information sur l'environnement).

Selon l'article 10g al. 4 LPE, le droit cantonal régit les demandes d'accès à l'information adressées aux autorités cantonales. Si les cantons n'ont pas encore édicté de dispositions sur l'accès aux documents, les dispositions de la LPE et de la LTrans sont applicables par analogie.

---

<sup>29</sup> KOFI ANNAN, alors Secrétaire général de l'ONU, a présenté cette convention comme l'entreprise la plus ambitieuse lancée jusqu'ici sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies dans le domaine de la démocratie environnementale :

<http://www.bafu.admin.ch/recht/13822/13825/13827/index.html?lang=fr>; on évoque souvent la Convention en ces termes : il s'agit d'un pilier de la démocratie environnementale.

<sup>30</sup> Pour une présentation des conséquences de l'adoption de cette convention : 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 : *Le droit de l'environnement dans la pratique*, 2009, vol. 53, n° 7, p. 749-788.

<sup>31</sup> <http://www.bafu.admin.ch/recht/13960/13962/index.html?lang=fr>.

<sup>32</sup> Avec obligation pour les Etats de recueillir des informations actuelles et de les publier, autant que faire se peut, sous forme électronique.

<sup>33</sup> Les exigences du premier pilier étaient remplies grâce à la LTrans et aux législations cantonales analogues ; quant à celles du troisième pilier, le Conseil fédéral a relevé que l'accès aux tribunaux en matière environnementale était, pour l'essentiel, réglementé à satisfaction, cf. Message du Conseil fédéral relatif à la Convention d'Aarhus, p. 4028 ; pour de plus amples informations : ANDRE JOMINI, L'accès à un tribunal dans les procédures administratives en matière d'environnement : Garanties du droit fédéral et Convention d'Aarhus, p. 101, in : ANTOINE EIGENMANN, CHARLES PONCET, BERNARD ZIEGLER, *Mélanges en l'honneur de CLAUDE ROUILLER*, Bâle 2016.

<sup>34</sup> Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 ; RS 814.01.

L'effet concret de l'adoption de cette convention sera prioritairement perceptible dans les cantons n'ayant pas encore adopté de loi sur la transparence. Ils devront le faire en vue de garantir l'accès aux informations sur l'environnement<sup>35</sup>. Dans les cantons qui n'auraient pas légiféré sur ce point, l'application par analogie des articles 10e ss LPE permettra aux intéressés d'obtenir une décision attaquable devant l'autorité judiciaire supérieure du canton. La qualité pour recourir doit être reconnue à quiconque, soit également aux organisations de protection de la nature et de l'environnement<sup>36</sup>.

Il convient également de relever que les autres cantons<sup>37</sup> ne pourront se soustraire à un examen attentif de leurs normes, pour en vérifier la compatibilité et la conformité avec les standards conventionnels<sup>38</sup>.

À titre exemplatif, la législation fribourgeoise en matière de transparence a fait l'objet d'un tel examen<sup>39</sup>. La Convention d'Aarhus octroie en effet un droit d'accès aux documents environnementaux plus large que la législation cantonale, soit la loi sur l'information et l'accès aux documents. En conséquence, il a été constaté que plusieurs dispositions de cette loi n'étaient pas compatibles avec la Convention<sup>40</sup>, ce qui a généré une adaptation législative<sup>41</sup>.

Dans le Canton du Valais, cet examen n'avait pas été entrepris, avant l'entrée en fonction du soussigné. Il sera diligenté prochainement, notamment<sup>42</sup> pour vérifier que la non-rétroactivité de l'application de la

---

<sup>35</sup> <http://www.bafu.admin.ch/recht/13822/13825/13827/index.html?lang=fr>.

<sup>36</sup> ANDRE JOMINI, L'accès à un tribunal dans les procédures administratives en matière d'environnement : Garanties du droit fédéral et Convention d'Aarhus, p. 104, in : ANTOINE EIGENMANN, CHARLES PONCET, BERNARD ZIEGLER, Mélanges en l'honneur de CLAUDE ROULLER, Bâle 2016.

<sup>37</sup> Soit ceux ayant légiféré.

<sup>38</sup> Cela dit des exceptions existent également dans la Convention relativement au droit d'accès, par exemple lorsque la sécurité de l'État est menacée ou que la décision concernant un document est encore pendante.

<sup>39</sup> [http://www.fr.ch/atprd/fr/pub/actualites.cfm?fuseaction\\_pre=Detail&NewsID=55202](http://www.fr.ch/atprd/fr/pub/actualites.cfm?fuseaction_pre=Detail&NewsID=55202) et surtout le Message du 6 juin 2016 du Conseil d'État au Grand Conseil accompagnant le projet de loi modifiant la loi sur l'information et l'accès aux documents:

<http://www.fr.ch/atprd/files/pdf87/message-du-06.06.20161.pdf>.

<sup>40</sup> Champ d'application personnel trop limité, exceptions incompatibles, etc. ; pour de plus amples informations :

[http://www.fr.ch/atprd/fr/pub/actualites.cfm?fuseaction\\_pre=Detail&NewsID=55202](http://www.fr.ch/atprd/fr/pub/actualites.cfm?fuseaction_pre=Detail&NewsID=55202)

<sup>41</sup> La modification de la loi sur l'information et l'accès aux documents est entre les mains du Grand Conseil fribourgeois qui devrait, selon toute vraisemblance, se prononcer le 8 septembre 2016.

<sup>42</sup> D'autres questions se posent, telles que l'exclusion du droit d'accès des documents relatifs à des procédures judiciaires closes ou encore le respect du délai maximal de 60 jours pour rendre une décision finale qui clôt la procédure d'accès (cf. art. 4 § 2 et 7 de la Convention).



LIPDA<sup>43</sup> soit compatible avec l'accès prévu par la Convention<sup>44</sup>, ce qui ne paraît pas être le cas<sup>45</sup>.

La LIPDA ne comporte en effet aucune disposition transitoire. Le chapitre 7 se limite à indiquer quelles sont les normes en vigueur qui sont abrogées. Le message<sup>46</sup> comporte quant à lui cette seule indication : «*La loi concernant la protection des données à caractère personnel du 28 juin 1984 est abrogée, ainsi que l'article 31 de la loi sur la promotion de la culture du 15 novembre 1996. Il incombe au Conseil d'État d'abroger l'article 21 du Règlement sur la promotion de la culture du 17 juillet 1999* ». La première des trois conditions cumulatives nécessaires pour admettre la rétroactivité d'une norme, à savoir l'existence d'une base légale, fait défaut. La comparaison avec le droit supérieur, respectivement le droit fédéral, soit la Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration, ne conduit pas à un autre résultat. L'article 23 LTrans prévoit en effet que la loi s'applique aux documents officiels qui ont été produits ou reçus par l'autorité après son entrée en vigueur. Dans ces circonstances, la LIPDA ne saurait trouver application, à défaut d'effet rétroactif spécifiquement prévu, respectivement et notamment de norme topique y relative<sup>47</sup>. Il convient toutefois d'ajouter que toute mise à jour d'un document soustrait à

---

<sup>43</sup> Selon la jurisprudence, il est cependant possible de déroger à certaines conditions au principe de non-rétroactivité des lois: il faut que la rétroactivité soit expressément prévue par la loi, qu'elle soit raisonnablement limitée dans le temps, qu'elle ne conduise pas à des inégalités choquantes, qu'elle se justifie par des motifs pertinents, c'est-à-dire qu'elle réponde à un intérêt public plus digne d'être protégé que les intérêts privés en jeu et, enfin, qu'elle respecte les droits acquis (JACQUES DUBEY / JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Droit administratif, Bâle 2014, n° 376, p. 135). Ces conditions sont cumulatives. Lorsque la règle rétroactive vise à conférer de nouveaux avantages à des administrés, les conditions précitées sont également applicables (ATF 119 Ib 110), mais seules les conditions de la base légale et de l'égalité ont une portée pratique, dans la mesure en tous cas où la nouvelle règle ne porte pas atteinte aux droits de tiers (THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Bâle 2011, n° 421 p. 136).

<sup>44</sup> Cf. également 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 : Le droit de l'environnement dans la pratique, 2009, vol. 53, n° 7, p. 757 : les cantons (comme le Valais) ayant concrétisé un droit à obtenir des renseignements des autorités répondent en revanche, *sans doute*, aux exigences conventionnelles ; il conviendra donc de le vérifier.

<sup>45</sup> À l'aune du fait que la Convention ne contient aucune limite temporelle au droit d'accès.

<sup>46</sup> Message accompagnant le projet de loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage, p. 25.

<sup>47</sup> Il serait toutefois envisageable en théorie d'appliquer la loi du 28 juin 1984 concernant la protection des données à caractère personnel, soit les dispositions légales antérieures. Toutefois cette loi conditionne à son article 9 la transmission de données à des personnes de droit privé à l'existence d'une base légale, ce qui signifie que le secret prévaut contrairement à ce que prévoit la LIPDA ; cf. pour de plus amples informations relatives à cette loi : BLAISE KNAPP, La protection des données personnelles : droit public suisse, in : Revue internationale de droit comparé, Vol. 39 N° 3, juillet – septembre 1987, p. 581 à 605 et ATF 128 II 311. Seules pourraient être invoquées les normes relatives à la consultation des documents archivés (cf. art. 43 LIPDA).

l'application de la LIPDA en raison de son antériorité à l'entrée en vigueur de la loi le rend accessible<sup>48</sup>. Selon le Tribunal administratif fédéral, les documents produits ou reçus avant l'entrée en vigueur de la loi peuvent ultérieurement tomber dans le champ d'application de celle-ci, lorsque ces documents ont été ultérieurement modifiés ou actualisés par l'autorité ou s'ils lui ont été notifiés une nouvelle fois<sup>49</sup>. Il est à relever que les bases de données constituées avant l'entrée en vigueur de la LIPDA et qui sont encore utilisées sont conséquemment soumises aux exigences de la loi<sup>50</sup>.

La Convention d'Aarhus prévoit quant à elle un accès à l'information sur l'environnement à ses articles 4 et 5<sup>51</sup>, sans aucune limitation temporelle<sup>52</sup>. C'est la raison pour laquelle la Confédération a expressément supprimé cette limitation à l'article 10g al. 2, 2<sup>e</sup> phrase LPE<sup>53</sup>. Il apparaît donc clairement que nous sommes confrontés à un problème qui devra être résolu soit par une adaptation transversale de la LIPDA, soit par l'application directe et analogique des dispositions fédérales de la LPE et de la LTrans<sup>54</sup>.

L'une des questions fondamentales en relation avec la transparence environnementale initiée par l'adoption de cette convention internationale a trait à son caractère « *self-executing* »<sup>55</sup>. Si ce caractère devait

---

<sup>48</sup> Cf. à cet égard l'arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-7369/2006 du 24 juillet 2007 et le Guide pratique à l'attention des communes, Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données ATPrD, Fribourg, octobre 2015, p. 71.

<sup>49</sup> Cf. Recommandation du 7 août 2014 concernant la demande en médiation introduite par Microsoft suisse SA contre l'Office fédéral de la communication et Sébastien Fanti en qualité de demandeur d'accès, consid. 20, p. 4.

<sup>50</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-7369/2006 du 24 juillet 2007.

<sup>51</sup> STEPHEN STEC / SUSAN CASEY-LEFKOWITZ, Convention d'Aarhus : guide d'application, New-York et Genève 2000, p. 79 ss, étant précisé que le guide est disponible à cette adresse : <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/implementation%20guide/french/aigf.pdf>.

<sup>52</sup> Message du 6 juin 2016 du Conseil d'État au Grand Conseil accompagnant le projet de loi modifiant la loi sur l'information et l'accès aux documents, p. 2: <http://www.fr.ch/atprd/files/pdf87/message-du-06.06.20161.pdf>.

<sup>53</sup> Les informations relatives aux installations nucléaires ont toutefois été réservées.

<sup>54</sup> L'adaptation de la LIPDA devrait être privilégiée, car elle permettrait de faire disparaître ses imperfections dont il sera question ci-après. De surcroît, topiquement, des motifs de transparence et de prévisibilité du droit ainsi postulent pour une telle adaptation, de manière notamment à éviter que les organes d'application n'aient à jongler avec plusieurs bases légales, de rangs différents sans disposer d'instructions claires à ce sujet.

<sup>55</sup> Sont directement applicables (ou justiciables ou *self-executing*) les normes qui sont suffisamment concrètes et précises pour que des personnes physiques ou morales en retirent des droits et des obligations sur lesquels ils pourront fonder une action devant les autorités judiciaires ou administratives.

lui être reconnu, elle s'imposerait aux autorités qui auraient failli à leur devoir de transposition<sup>56</sup>. Dans une affaire valaisanne<sup>57</sup>, le Tribunal administratif fédéral (abrégé ci-après TAF) a rendu le 28 janvier 2016 un arrêt très intéressant, mais en définitive très contrariant<sup>58</sup>. Après avoir constaté que la majorité de la doctrine était favorable à une application directe<sup>59</sup>, notamment en ce qui concerne le droit d'accès (art. 4), le TAF se contente d'indiquer que la Convention ayant été ratifiée en toute connaissance de cause après l'adoption de la LTrans, il y a lieu de procéder à une interprétation conforme à la Convention selon la méthode Schubert<sup>60</sup>. Dans un considérant ultérieur<sup>61</sup>, le TAF a toutefois, singulièrement, laissé la question ouverte<sup>62</sup>.

Se pose également avec acuité la question du droit d'accès aux documents des procédures closes, à l'aune de la Convention d'Aarhus<sup>63</sup>. Après avoir mis en exergue l'existence d'une différence rédactionnelle

---

<sup>56</sup> 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 : Le droit de l'environnement dans la pratique, 2009, vol. 53, no 7, p. 786 et les nombreuses références doctrinales citées.

<sup>57</sup> Arrêt A-4186/2015 (mountain wilderness schweiz c/ Air Zermatt AG et Office fédéral de l'aviation civile).

<sup>58</sup> Bien qu'il totalise trente pages, cet arrêt laisse quasiment toutes les questions ouvertes.

<sup>59</sup> Considérant 7.5.2.1.

<sup>60</sup> Considérant 7.5.2.2 ; pour de plus amples informations relativement à la méthode Schubert, cf. ATF 99 Ib 39, ROBERT BAUMANN, Die Tragweite der Schubert-Praxis, PJA 2010, p. 1010 (et les références qui y sont citées) et le Rapport du Conseil fédéral du 12 juin 2015 en exécution du postulat 13.3805, p. 7 ;

<http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/voelkerrecht/ber-br-f.pdf>; lorsque l'on mentionne aujourd'hui la « jurisprudence Schubert », c'est probablement plutôt à la jurisprudence PKK (ATF 125 II 417) que l'on fait allusion. Cette jurisprudence PKK peut aussi être qualifiée de « jurisprudence Schubert relativisée ».

<sup>61</sup> Considérant 7.5.5.

<sup>62</sup> *Ein echter Normenkonflikt zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht – Aarhus-Konvention und BGÖ – besteht demnach nicht, zumindest nicht soweit die Konvention vorliegend von Bedeutung ist. Somit kann offenbleiben, ob namentlich Art. 4 AK – wie von der herrschenden Lehre postuliert – self-executing bzw. direkt anwendbar wäre und allfälligem widersprechendem nationalem Recht vorginge. Die völkerrechtskonforme Auslegung von Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ gebietet es indessen, im Fall eines Zugangsgesuchs betreffend Umweltinformationen dem BGÖ nur dann gestützt auf die genannte Bestimmung die Anwendung zu versagen, wenn das amtliche Dokument, zu welchem Zugang verlangt wird, ein hängiges Verfahren betrifft. Wie es sich diesbezüglich mit Angaben verhält, welche nicht den Zustand der Umwelt betreffen, muss an dieser Stelle nicht geprüft werden. Dasselbe gilt für die Ausnahmebestimmung von Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGÖ zum Akteneinsichtsrecht der Parteien im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren.*

<sup>63</sup> En droit interne, l'article 3 alinéa 1 LTrans (relatif à l'application de la LTrans à des procédures closes) génère des incertitudes quant à son application, ce que le TAF résume au considérant 7.4 ainsi : *Ob Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ neben hängigen auch abgeschlossene Verfahren vom sachlichen Geltungsbereich des BGÖ ausschliesst, ist dagegen weiterhin unklar.* Dans ces circonstances il est légitime de s'interroger sur la conformité de cette norme avec la Convention d'Aarhus.

s'agissant de l'article 4 § 4 let. c entre les versions françaises, anglaises et allemandes<sup>64</sup>, le Tribunal parvient à la conclusion suivante<sup>65</sup> : « *Die Auslegung von Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ ergibt insgesamt, dass sich der Zugang zu amtlichen Dokumenten eines Justizverfahrens – zumindest soweit sie Umweltinformationen enthalten – nur dann nicht nach dem BGÖ richtet, wenn das Verfahren noch hängig ist.* ». En clair, il n'est pas conforme à la Convention d'exclure totalement du droit d'accès les documents relatifs aux procédures judiciaires closes<sup>66</sup>.

Il ne peut être que regretté que le TAF n'ait pas osé se prononcer, respectivement affirmer le caractère « *self-executing* » de la Convention d'Aarhus, alors même que la majorité de la doctrine le soutient<sup>67</sup> et qu'il ait recouru à un raisonnement qui peut être qualifié « d'artificiel et d'alambiqué<sup>68</sup> ». Tant que cette question demeurera ouverte, les opposants à la transparence pourront exciper d'une impossibilité d'application directe, pour gagner du temps, alors même que la Convention poursuit un but totalement contraire en ayant fixé un délai maximal de 60 jours pour rendre une décision finale.

Sur le plan international, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>69</sup> (abrégée ci-après CEDH) tend à démontrer un glissement notable de la matière vers les droits de l'homme. Dans l'arrêt *Taskin c/ Turquie* du 10 novembre 2004, la CEDH initie une importante avancée<sup>70</sup>, puisqu'elle fait référence à l'application de la

---

<sup>64</sup> Considérant 7.5.3.1.

<sup>65</sup> Considérant 7.6.

<sup>66</sup> Cf. Message du 6 juin 2016 du Conseil d'État au Grand Conseil accompagnant le projet de loi modifiant la loi sur l'information et l'accès aux documents, p. 3: <http://www.fr.ch/atprd/files/pdf87/message-du-06.06.20161.pdf>.

<sup>67</sup> Le TAF le reconnaît lui-même et c'est la raison principale du sentiment d'inachevé qui saisit le lecteur après avoir pris connaissance d'une motivation exhaustive qui mériterait une conclusion univoque.

<sup>68</sup> Pour une réflexion intéressante relativement au lien entre le Convention d'Aarhus et la Convention européenne des droits de l'homme qui devrait inspirer les juges au moment de rendre une décision de principe sur la question, cf. JEAN-PIERRE MARGUENAUD, La Convention d'Aarhus et la Convention européenne des droits de l'homme, in : *Revue Juridique de l'Environnement*, vol. 24, n° 1, p. 77 à 87.

<sup>69</sup> Le site de la CEDH est accessible à cette adresse : <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=fr>.

<sup>70</sup> CEDH, 10 nov. 2004, *Taskin et autres c/ Turquie*, recours n° 46117/99. Cet arrêt confère un effet à l'égard de huit cents millions de justiciables des 46 pays du Conseil d'Europe qui, après avoir épuisé le droit de recours interne, pourront invoquer l'équivalence des dispositions de la Convention d'Aarhus devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Convention d'Aarhus au nom du contexte international, et ce malgré le fait que l'État concerné ne soit pas partie à cette convention<sup>71</sup>. L'ouverture ainsi générée par la jurisprudence de la CEDH fonde les demandes qui tendent à ce que les pays respectent le droit à l'information, à la participation et à l'accès à la justice en matière d'environnement, indépendamment de l'adhésion ou non à la Convention d'Aarhus, tout en exerçant des droits reconnus et consacrés dans l'ordre juridique international, ainsi que dans l'ordre public environnemental. A fortiori donc, et à l'aune du contexte international prévalant, l'application directe d'une convention d'une telle importance s'impose.

Il sied, en définitive, de mettre en exergue le fait que la solution de l'arrêt du TAF est correcte et qu'elle peut être saluée, en tant qu'elle permet d'accéder aux documents relatifs à des procédures closes, dès lors qu'ils contiennent des informations en matière environnementale<sup>72</sup>.

Pour le Canton du Valais, cette indécision de principe a des conséquences importantes, dès lors qu'une procédure est actuellement pendante relativement à l'accès à des documents ayant trait à une pollution environnementale majeure<sup>73</sup>. L'argumentaire développé par le Service qui refuse cet accès consiste, notamment, à contester le caractère « *self-executing* » de la Convention d'Aarhus. La sécurité du droit postule à l'évidence pour une prochaine jurisprudence de principe, qui permettra d'orienter la pratique et de conseiller utilement tant les autorités confrontées à des demandes d'accès, que ceux (citoyens, associations, etc.) qui souhaitent savoir ce qu'ils peuvent légitimement solliciter comme informations dans ce cadre environnemental restreint.

---

<sup>71</sup> Cf. également CEDH, 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, recours n° 34503/97.

<sup>72</sup> Sous réserve bien évidemment de la non-application des autres exceptions au droit d'accès.

<sup>73</sup> Compte tenu du fait que la procédure est toujours en cours, le soussigné ne s'exprimera pas sur la pertinence des arguments développés pour s'opposer à l'accès aux documents sollicités.

### 3. Orientations fondamentales du projet LIPDA<sup>74</sup> et observations critiques

Le projet législatif valaisan s'est inscrit dans le courant législatif des cantons de Soleure, Zurich et Argovie. Le but de la LIPDA était de réglementer en une seule loi le droit à l'information, celui à la protection des données et le devoir d'information qui, nonobstant de nombreux points communs, restent assez différents et ne nécessitent pas forcément la même densité législative.

Relativement à l'application du principe de transparence, il a été considéré qu'il pouvait être réglé par des dispositions-cadres, car son application laisserait un large pouvoir d'appréciation aux autorités<sup>75</sup>. Selon le message<sup>76</sup>, la loi peut se contenter de définir les principes généraux régissant le droit public à l'information, alors que les modalités peuvent être réglées pour chaque autorité, dans la législation spéciale. C'est ce qui explique le manque de précision des normes et qui génère des situations parfois ubuesques<sup>77</sup>.

En ce qui concerne l'accès aux documents officiels, les modalités ainsi que l'éventuelle perception d'émoluments font également l'objet de dispositions topiques du Règlement d'exécution de la loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage du 16 décembre 2010<sup>78</sup> (abrégé ci-après RÈLIPDA).

---

<sup>74</sup> Message accompagnant le projet de loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage, p. 3 ; le message est disponible à cette adresse : [https://parlement.vs.ch/common/idata/parlement/vos/docs/2008/05/2008.06\\_Information-protection%20des%20donn%C3%A9es-archivage\\_MES\\_CE.pdf](https://parlement.vs.ch/common/idata/parlement/vos/docs/2008/05/2008.06_Information-protection%20des%20donn%C3%A9es-archivage_MES_CE.pdf).

<sup>75</sup> Idem.

<sup>76</sup> Idem.

<sup>77</sup> À l'instar de celle où un avocat dépose un recours auprès du Conseil d'État et saisit simultanément le Préposé à la transparence d'une demande de médiation, en arguant du fait qu'un éventuel refus du Préposé d'autoriser l'accès à un document dans une recommandation n'ouvre pas, avec certitude, la voie du recours au Conseil d'État. Or, dès lors qu'une procédure juridictionnelle administrative est pendante, le Préposé n'est plus compétent en vertu de l'article 12 al. 2 LIPDA ! De surcroît, une recommandation défavorable permettrait, suite à la décision formelle de l'autorité, de saisir le Conseil d'État, l'accès au juge étant garanti en vertu de l'article 29a Cst. féd. L'avocat concerné exigea alors une décision de principe sur l'existence d'une voie de droit en cas d'issue défavorable au terme de la médiation.

<sup>78</sup> RS 170.200.

Ainsi que le relèvent de nombreux auteurs<sup>79</sup>, les effets de la transparence sont variables. Celle-ci ne permet pas un redressement automatique des comportements répréhensibles. Il faut tout d'abord la rendre accessible et intelligible au plus grand nombre, puis en assurer le respect par des sanctions. De ce point de vue, la LIPDA souffre d'un déficit important, qui permet objectivement de la qualifier de « loi d'opérette ». Aucune sanction n'est en effet prévue, si ce n'est la publication anonymisée des recommandations<sup>80</sup> émises sur le site du Préposé. Ce *modus operandi* a surpris les autorités qui refusaient l'accès aux documents officiels et auxquelles il était recommandé d'accorder l'accès. Le Préposé fédéral a cependant adopté une méthodologie similaire. A l'avenir les autorités qui entravent de manière systématique les processus d'accès aux documents officiels pourraient faire l'objet d'une mention expresse dans le rapport annuel remis au Grand Conseil<sup>81</sup>. Elles seront bien évidemment invitées à exprimer leur point de vue relativement à cette publication, dans le respect de leur droit d'être entendu, garanti constitutionnellement.

Ainsi que nous le verrons ci-après, la LIPDA doit faire l'objet d'une nécessaire mise à jour pour respecter la Convention d'Aarhus et accroître son efficacité. Les écueils naturels et/ou artificiels qui entravent l'exercice de la transparence peuvent être surmontés relativement simplement, pour autant bien évidemment qu'une volonté politique se manifeste.

#### **4. Exclusion de la consultation de certains documents par renvoi à la législation spéciale (art. 12 al. 2 LIPDA)**

Selon l'article 12 al. 2 LIPDA, l'accès aux documents officiels ayant trait aux procédures judiciaires<sup>82</sup>, juridictionnelles administratives et d'arbitrage pendantes est régi par les lois spéciales et les codes de

---

<sup>79</sup> Cf. à cet égard, SANDRINE BAUME, Exposer les affaires publiques au regard des citoyens. Les raisons justificatives du principe de transparence, in : MARTIAL PASQUIER, Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne, 2013, p. 15.

<sup>80</sup> En application de l'article 37 al. 1 let. d LIPDA.

<sup>81</sup> La Commission cantonale soumet chaque année au Grand Conseil un rapport sur son activité et celle du Préposé en application de l'article 39 alinéa 2 LIPDA.

<sup>82</sup> Soit notamment le Code de procédure civile (CPC) du 19 décembre 2008 et le Code de procédure pénale (CPP) du 5 octobre 2007.

procédure. Cet article exclut de la consultation les documents ayant trait à des procédures pendantes. Le but de l'inapplicabilité aux procédures pendantes est d'éviter de perturber, en raison d'une application trop stricte des principes posés dans la loi, l'administration de la justice dans une procédure qui exige parfois que des données sensibles soient collectées auprès de tiers. L'exclusion de principe des procédures judiciaires pendantes du champ d'application de la loi part en outre de l'idée que les différents codes de procédure garantissent les droits des justiciables : en assurant la protection juridique des parties, ils visent, par là même, au respect des droits de la personnalité<sup>83</sup>. Il est donc possible de considérer que la clause de l'article 12 al. 2 LIPDA est d'éviter un concours objectif de normes, en ce sens que la LIPDA ne doit pas intervenir dans le déroulement d'une procédure judiciaire pendante. Ainsi la LIPDA n'offre pas une voie supplémentaire à l'accès au dossier d'une procédure pendante<sup>84</sup>. Cette exception ne peut être réalisée qu'au vu d'une situation spécifique<sup>85</sup>, un risque abstrait de concours de normes étant, de ce point de vue, insuffisant.

La principale difficulté de cette clause d'exclusion a trait à l'interprétation de la notion de « *procédure juridictionnelle administrative* ». S'agit-il d'une procédure devant le Conseil d'État ou est-il possible de retenir l'existence d'une telle procédure déjà dans le cadre de l'activité d'un département ou d'un service, voire d'une commune ? Les textes allemands et français de la disposition légale divergent quelque peu, puisqu'en allemand le terme est le suivant : *Verwaltungsverfahren*, qui peut se traduire par procédure administrative selon le TERMDAT<sup>86</sup> de la Chancellerie fédérale ou par procédure de droit administratif judiciaire et non judiciaire, selon le thésaurus JURIVOC<sup>87</sup> du Tribunal fédéral. À l'évidence l'existence d'une procédure administrative non contentieuse est aisée à démontrer, dès lors que dès l'ouverture d'un

---

<sup>83</sup> Cf. également décision du 12 septembre 2008 de la Commission cantonale de la protection des données à caractère personnel du Canton du Jura, considérant 2.1, p. 5.

<sup>84</sup> Le droit de consulter les pièces d'un dossier dans le cadre d'une procédure en cours et le droit d'accès à des documents au sens de la LIPDA sont des droits autonomes qui n'ont pas nécessairement une portée identique. Ils ont chacun leur propre champ d'application.

<sup>85</sup> Cf. décision du 18 décembre 1998 de la Commission cantonale de la protection des données à caractère personnel du Canton du Jura, publiée in RJJ 1999, p. 117, consid. 1b, p. 121 et 122.

<sup>86</sup> Soit la banque de données terminologiques de l'administration fédérale : <https://www.bk.admin.ch/themen/sprachen/00083/00854/index.html?lang=fr>.

<sup>87</sup> Soit le thésaurus trilingue du Tribunal fédéral : <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-jurivoc-home.htm>; résultat SN, soit scope note.



dossier une telle procédure prend corps, mais cela signifierait, pragmatiquement, que le champ d'application de la LIPDA se limiterait à des cas rarissimes, ce que ne souhaitait pas le législateur en inversant le paradigme du secret. Pour faire échec à l'application du principe de transparence, il suffirait d'alléguer l'existence d'une telle procédure, selon certains services. Or, il n'en est rien. Le changement de paradigme du principe du secret à celui de la transparence, qui a été introduit avec l'entrée en vigueur de la LIPDA, a apporté un renversement de la charge de la preuve<sup>88</sup>. Par conséquent, pour refuser l'accès, l'autorité est obligée de renverser la présomption du droit à la consultation des documents officiels, qui a été mise en place par la loi sur la transparence. Si l'autorité ne parvient pas à apporter cette preuve, il convient dans tous les cas de recommander que l'accès soit accordé<sup>89</sup>.

À cela s'ajoute le fait que le message<sup>90</sup> évoque les documents ayant trait à des procédures pendantes. Or, le terme « pendant » fait plutôt référence à une procédure juridictionnelle.

Une rapide comparaison des dispositions de quelques cantons romands<sup>91</sup> permet de constater que tous, avec des formulations assez similaires, ont opté pour un régime qui ne soustrait à l'application des normes en matière de transparence que les procédures juridictionnelles administratives de première instance.

La comparaison avec le droit fédéral ne permet pas de parvenir à une autre conclusion. La disposition de la LTrans traitant de cette problématique<sup>92</sup> est la suivante : *La présente loi ne s'applique pas à l'accès*

---

<sup>88</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral, A-3269/2010 du 18 octobre 2010, consid. 3.1 ; voir aussi : Message LTrans, FF 2003 1844.

<sup>89</sup> ASTRID SCHWEGLER, Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz (BSK), art. 20 N 30, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2014 ; Recommandation du 7 août 2014 concernant la demande en médiation introduite par Microsoft suisse SA contre l'Office fédéral de la communication et Sébastien Fanti en qualité de demandeur d'accès, consid. 23, p. 5.

<sup>90</sup> Message accompagnant le projet de loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage, p. 6 ; le message est disponible à cette adresse : [https://parlement.vs.ch/common/idata/parlement/vos/docs/2008/05/2008.06\\_Information-protection%20des%20donn%C3%A9es-archivage\\_MES\\_CE.pdf](https://parlement.vs.ch/common/idata/parlement/vos/docs/2008/05/2008.06_Information-protection%20des%20donn%C3%A9es-archivage_MES_CE.pdf).

<sup>91</sup> BASTIEN VON WYSS, Droit d'accès aux documents officiels : comparaison et étude de la mise en œuvre de quatre lois sur la transparence en Suisse, Septembre 2011, p. 43, mémoire de master disponible à cette adresse : <https://www.oeffentlichkeitsgesetz.ch/downloads/studien/memoire-von-wyss.pdf>.

<sup>92</sup> Soit l'article 3 al. 1 let. a chiffre 5 LTrans.

aux documents officiels concernant les procédures juridictionnelles de droit public, y compris administratives. Par procédures juridictionnelles administratives, la disposition vise l'ensemble des procédures contentieuses, jusqu'à la dernière instance, dans lesquelles des décisions administratives de 1<sup>ère</sup> instance sont contestées<sup>93</sup>. Pour qu'un document officiel sorte du champ d'application de la loi sur la transparence en raison de cette disposition, il faut que l'autorité de recours soit réellement en possession du document en question. Cela implique que le document doit faire partie intégrante du dossier comme c'est le cas pour la décision attaquée ainsi que son dossier administratif (jusqu'à la fin de la clôture de la procédure de recours) ainsi que pour les actes de procédures (même après la clôture de la procédure en cours)<sup>94</sup>.

Fondé sur les éléments qui précèdent, une procédure juridictionnelle administrative (ou *Verwaltungsverfahren*), au sens de l'article 12 al. 2 de la LIPDA, est donc une procédure contentieuse dans laquelle une décision administrative de 1<sup>ère</sup> instance a été contestée<sup>95</sup>. De surcroît, seule une procédure ayant trait directement au document auquel l'accès est sollicité est pertinente pour admettre l'exclusion. Dès le terme de la procédure<sup>96</sup>, l'autorité doit communiquer spontanément, soit sans nouvelle demande, le document dont l'accès a été sollicité<sup>97</sup>, pour autant bien évidemment que toutes les autres conditions légales soient respectées.

---

<sup>93</sup> Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, STAMM-PFISTER, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2014, n° 21 ad art. 3.

<sup>94</sup> Office fédéral de la Justice, Préposé fédéral à la Protection des données et à la transparence : questions fréquemment posées, ch. 2.2.3.

<sup>95</sup> Recommandation du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence du 24 mars 2015, N°14 ; et Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, STAMM-PFISTER, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2014, n° 21 ad art. 3.

<sup>96</sup> Pour une analyse très intéressante de la thématique de l'archivage judiciaire, cf. RFJ – numéro spécial 2015, De la justice aux archives, Conservation de données sensibles, recherche historique et mesures de coercition à des fins d'assistance avant 1981, Fribourg 2015.

<sup>97</sup> Message accompagnant le projet de loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage, p. 8 ; le message est disponible à cette adresse : [https://parlament.vs.ch/common/idata/parlament/vos/docs/2008/05/2008.06\\_Information-protection%20des%20donn%C3%A9es-archivage\\_MES\\_CE.pdf](https://parlament.vs.ch/common/idata/parlament/vos/docs/2008/05/2008.06_Information-protection%20des%20donn%C3%A9es-archivage_MES_CE.pdf).

## 5. La notion de document officiel en droit valaisan

L'article 3 LIPDA contient les définitions de neuf notions ou expressions qui sont régulièrement utilisées dans la loi et qui nécessitent une définition claire et précise<sup>98</sup>, à savoir autorités, documents officiels, données à caractère personnel, traitement, fichier, maître du fichier, données sensibles, profils de personnalité et archives.

La notion de document officiel figure à l'article 3 alinéa 2 de la LIPDA. Il s'agit d'une notion fondamentale, puisque la qualification d'un document ouvre ou soustrait celui-ci à l'application des normes figurant dans la LIPDA. De manière récurrente, les administrations et les collectivités publiques qui ne souhaitent pas donner accès à un document allèguent de l'absence de caractère officiel. Cette stratégie de défense est, il est vrai, relativement simple à développer<sup>99</sup>. Elle se heurte toutefois à la définition large de l'article 3 alinéa 2 LIPDA.

Sont en effet considérés comme des documents officiels au sens de cette norme, toutes les informations détenues par une autorité et relatives à l'accomplissement d'une tâche publique, qui ont atteint leur stade définitif d'élaboration, quel qu'en soit le support, notamment les dossiers, les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions; sont exceptés les documents destinés à l'usage personnel ou qui font l'objet d'une commercialisation ou encore ceux qui sont soustraits au droit de consultation du dossier dans une procédure non contentieuse ou contentieuse. La définition d'un document officiel figurant à l'article 3 alinéa 2 LIPDA n'est pas exhaustive, mais exemplative. Les documents officiels ne doivent de surcroît pas avoir forcément été produits par l'autorité concernée.

Cette notion s'étend donc à toutes les informations détenues par une autorité<sup>100</sup> et relatives à l'accomplissement d'une tâche publique, qui

---

<sup>98</sup> Message accompagnant le projet de loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage, p. 4 ; le message est disponible à cette adresse : [https://parlement.vs.ch/common/ldata/parlement/vos/docs/2008/05/2008.06\\_Information-protection%20des%20donn%C3%A9es-archivage\\_MES\\_CE.pdf](https://parlement.vs.ch/common/ldata/parlement/vos/docs/2008/05/2008.06_Information-protection%20des%20donn%C3%A9es-archivage_MES_CE.pdf).

<sup>99</sup> Ce comportement dolosif ne peut faire l'objet d'aucune sanction *stricto sensu*. L'émission d'une recommandation ne règle pas ce problème de récalcitrance à l'application du droit. En l'état actuel, seule une mention dans le rapport annuel peut permettre de mettre en exergue des manquements graves et répétés, ce qui est insatisfaisant.

<sup>100</sup> Cette condition doit être vérifiée au moment où la demande d'accès est formulée.

ont atteint leur stade définitif d'élaboration, quel qu'en soit le support<sup>101</sup>. De ce point de vue, il est totalement indifférent que les informations dont il est question soient conservées sur papier, disquette, CD-Rom, disque dur d'un ordinateur ou tout autre support qui pourrait être créé dans le futur<sup>102</sup>. À titre exemplatif, citons le fait qu'un courrier électronique pourrait ainsi faire l'objet d'une demande d'accès, pour autant qu'il remplisse les critères du document officiel, c'est-à-dire en particulier s'il est en lien avec l'accomplissement d'une tâche publique<sup>103</sup>. N'y sont par contre pas soumis les courriers électroniques dont le contenu est strictement privé et qui sont acheminés via le système de courrier électronique d'un organe public<sup>104</sup>. Dans une telle configuration, il paraît opportun que les collaborateurs des autorités<sup>105</sup> soient informés de cette possibilité d'accéder aux courriels professionnels. Actuellement, certains juristes de l'administration cantonale utilisent, singulièrement<sup>106</sup>, le courrier électronique dans le cadre d'échanges entre parties lors de procédures, mais également pour conseiller administrés et administrations. Il paraît opportun que leur employeur les informe du fait qu'une demande d'accès pourrait être formulée à l'issue des procédures, respectivement immédiatement dans l'hypothèse de conseils dispensés.

Les données qui ne sont pas encore créées, mais qui le seront après la demande d'accès, ne sauraient être considérées comme étant en possession de l'autorité : les documents futurs auquel l'accès serait demandé ne sont donc pas « *officiels* » au sens de l'article 3 al. 2 LIPDA, ce qui a pour corollaire qu'une nouvelle demande est néces-

---

<sup>101</sup> Message accompagnant le projet de loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage, p. 4 ; le message est disponible à cette adresse : [https://parlement.vs.ch/common/idata/parlement/vos/docs/2008/05/2008.06\\_Information-protection%20des%20donn%C3%A9es-archivage\\_MES\\_CE.pdf](https://parlement.vs.ch/common/idata/parlement/vos/docs/2008/05/2008.06_Information-protection%20des%20donn%C3%A9es-archivage_MES_CE.pdf).

<sup>102</sup> Idem.

<sup>103</sup> Cf. à cet égard : Guide pratique à l'attention des communes, Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données ATPrD, Fribourg, octobre 2015, p. 71 ; ce guide est disponible à cette adresse : [https://www.fr.ch/atprd/files/pdf81/Guide\\_2015\\_ATPrD\\_FR.pdf](https://www.fr.ch/atprd/files/pdf81/Guide_2015_ATPrD_FR.pdf).

<sup>104</sup> Idem ; au sujet de l'indication du caractère privé d'un courriel : JEAN-PHILIPPE DUNAND, Internet au travail : droits et obligations de l'employeur et du travailleur, p. 40, in : JEAN-PHILIPPE DUNAND / PASCAL MAHON, Internet au travail, Schulthess 2014 et SEBASTIEN FANTI, Bref aperçu des aspects légaux du BYOD (Bring Your Own Device), p. 189 ss, in : JEAN-PHILIPPE DUNAND / PASCAL MAHON, Internet au travail, Schulthess 2014.

<sup>105</sup> Au sens de l'article 3 alinéa 1 LIPDA.

<sup>106</sup> Ces communications par courriel ne déploient aucun effet dans le cadre de procédures administratives, dès lors qu'elles ne se fondent sur aucune base légale.

saire pour en obtenir l'accès. Ainsi, dans l'hypothèse où de nouvelles données seraient créées entre le moment où l'accès a été sollicité et la décision judiciaire, il conviendra de formuler une nouvelle demande (art. 48 LIPDA). Il en ira notamment ainsi dans le cas de relevés à caractère systématique à l'instar de mesures de bruit ou d'air<sup>107</sup>.

Selon l'article 13 alinéa 1<sup>er</sup> du RèLIPDA, un document a atteint son stade définitif d'élaboration lorsque l'autorité dont il émane l'a signé ou lorsque son auteur l'a définitivement remis à son destinataire. L'ordonnance fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Ordonnance sur la transparence, OTrans) du 24 mai 2006 comporte à son article 1<sup>er</sup> alinéa 2 une définition presque similaire. Un document a atteint son stade définitif d'élaboration :

- *lorsque l'autorité dont il émane l'a signé, ou*
- *lorsque son auteur l'a définitivement remis au destinataire notamment à titre d'information ou pour que celui-ci prenne position ou une décision.*

Seule l'adjonction finale diffère, ce qui signifie que le but poursuivi est identique, soit de donner accès également à des documents relativement auxquels les destinataires doivent se déterminer. La signature ou l'approbation d'un document constituent des indices importants selon lesquels ledit document a atteint son stade définitif d'élaboration. Est toutefois surtout déterminant le fait qu'il existe des éléments accréditant son caractère définitif<sup>108</sup>, tel que le fait que le document se présente sous la forme d'une version achevée. La raison d'être de cette condition tient en effet dans le souci de préserver la liberté d'action de l'administration et de lui permettre de développer ses projets avec la souplesse requise. En outre, l'on tend ainsi à éviter les malentendus, problèmes de clarté et autres risques qui peuvent résulter de la publication d'un document qui a un caractère encore provisoire<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> Pour un exemple, cf. Arrêt du 7 février 2014 A1 13 33 de la Cour de droit public du Tribunal cantonal valaisan, consid. 3.4, p. 5.

<sup>108</sup> Cf. Message LTrans, FF 2003 1807, 1840.

<sup>109</sup> Cf. Message LTrans, FF 2003 1807, 1840; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-1156/2011 du 22 décembre 2011 consid. 8.3.2 et A-1135/2011 du 7 décembre 2011 consid. 5.1.3.

Dans une affaire récente, l'ancien Juge fédéral Claude Rouiller a retenu<sup>110</sup> que le rapport d'experts mandatés par une collectivité publique ne pouvait être considéré comme un document officiel, faute d'avoir atteint son stade définitif d'élaboration. Il a excipé du fait que le rapport titré final laissait indécises deux questions cardinales, soit celle de savoir si des actes de gestion déloyale et de corruption avaient été commis et comment qualifier le comportement d'un conseiller. Il ajoute que le conseil communal pouvait ne voir dans ce document que la synthèse d'investigations qu'il allait lui-même poursuivre. Cet avis, qui ne se réfère qu'à la disposition légale, méconnaît totalement la jurisprudence bien établie en cette matière<sup>111</sup>, ainsi que la doctrine<sup>112</sup>. Le rapport était signé de ses auteurs (cf. art. 13 al. 1 RèLIPDA<sup>113</sup>), qui par sa remise ont mis un terme au contrat de mandat qui leur avait été octroyé (idem). Il répond à l'ensemble des questions de la compétence des experts qui leur avaient été soumises. Les deux questions qui demeurent indécises nécessitaient pour l'une une investigation policière et pour l'autre éventuellement une procédure disciplinaire. Finalement l'avis de droit du 23 février 2016 auquel le Juge Rouiller se réfère pour légitimer le choix opéré par la commune a été établi par l'un des deux auteurs du rapport lui-même, ce qui, en termes d'indépendance tant fonctionnelle qu'intellectuelle, apparaît pour le moins singulier : rédiger un avis de droit pour établir le caractère officiel ou non d'un rapport d'expert que l'on a soi-même libellé est sidérant et indicateur d'une appréhension particulière de la transparence voulue par le législateur.

---

<sup>110</sup> CLAUDE ROUILLER, « Rapport établi à la demande du Conseil communal de Bagnes (Canton du Valais) sur certaines conséquences d'une pratique, jugée illégale, en matière de police des constructions, mars-août 2016 », p. 42 à 44.

<sup>111</sup> Cf. ci-après la casuistique cantonale et fédérale, dont il ressort que les rapports d'experts sont des documents officiels lorsqu'ils ont été commandés par une collectivité publique, le fait de savoir si toutes les questions ont trouvé une réponse dans le rapport étant dénué de pertinence, tout comme l'utilisation qui en sera faite par la collectivité.

<sup>112</sup> Le Préposé fédéral *ad interim* JEAN-PHILIPPE WALTER s'est publiquement prononcé en ces termes « absolument » dans cette affaire en réponse au tweet de la journaliste MARIE GIOVANOLA que voici : « Bagnes a crassement violé la loi (LIPDA) selon la Commission cantonale de protection des données. Le rapport doit être public ». Il a confirmé son appréhension de ce dossier dans un article du Nouvelliste du 20 avril 2016 intitulé : « Fanti, l'arbre qui cache la forêt... ».

<sup>113</sup> Cet article n'est pas mentionné dans l'avis de droit. En voici le libellé : « Le document a atteint son stade définitif d'élaboration lorsque l'autorité dont il émane l'a signée ou lorsque son auteur l'a définitivement remis à son destinataire.

Un document est destiné à l'usage personnel, selon l'article 13 al. 2 RÈLIPDA, lorsqu'il concerne l'accomplissement d'une tâche publique, mais est utilisé exclusivement par son auteur ou par un cercle restreint de personnes comme moyen auxiliaire (rapports, études, expertises, etc.)<sup>114</sup>. Les notes manuscrites peuvent toutefois être considérées comme un document officiel, selon les circonstances<sup>115</sup>. Si ces notes sont utilisées par d'autres personnes et qu'elles servent à la rédaction d'un document officiel, elles doivent alors être considérées comme un document officiel. Le titre du document n'est pas décisif, mais le contenu et/ou le but du document : ainsi des notes personnelles tombent-elles sous le coup de la transparence dès qu'elles ont été remises à des tiers pour avis ou si elles ont servi de base à une décision<sup>116</sup>.

## 6. Le droit d'accès aux documents officiels et ses exceptions

Ainsi que le relève le Professeur Flückiger<sup>117</sup>, certains cantons confèrent un droit d'accès :

- tant aux documents qu'aux informations<sup>118</sup> ;
- aux informations<sup>119</sup> ;
- aux seuls documents<sup>120</sup>, mais précisent le droit de demander des renseignements<sup>121</sup> ou de les donner<sup>122</sup> ;
- aux seuls documents.

---

<sup>114</sup> Selon l'ancien Préposé vaudois M. CHRISTIAN RAETZ, cette notion doit s'interpréter de manière très restrictive. Il évoque les échanges de courriers entre services ou au sein d'un même service qui doivent être qualifiés de documents officiels, cf. BASTIEN VON WYSS, Droit d'accès aux documents officiels : comparaison et étude de la mise en œuvre de quatre lois sur la transparence en Suisse, Septembre 2011, mémoire de master, p. 28.

<sup>115</sup> Guide pratique à l'attention des communes, Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données ATPrD, Fribourg, p. 71 ; ce guide est disponible à cette adresse : [https://www.fr.ch/atprd/files/pdf81/Guide\\_2015\\_ATPrD\\_FR.pdf](https://www.fr.ch/atprd/files/pdf81/Guide_2015_ATPrD_FR.pdf).

<sup>116</sup> BERTIL COTTIER, La transparence au crible de la jurisprudence des tribunaux, in : MARTIAL PASQUIER, Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Lausanne 2013, p. 51 et les références citées.

<sup>117</sup> 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 : Le droit de l'environnement dans la pratique, 2009, vol. 53, n° 7, p. 757.

<sup>118</sup> VD, JU, SZ, UR.

<sup>119</sup> ZH.

<sup>120</sup> BE, VS, NE.

<sup>121</sup> BE.

<sup>122</sup> VS, NE.

La LIPDA confère un droit d'accès aux seuls documents (art. 12 al. 1 et 14 al. 1 LIPDA), tout en précisant le droit de donner des renseignements (art. 14 al. 2 LIPDA).

Le droit d'accès est évoqué aux articles 12 à 16 et 48 à 56 LIPDA, ainsi qu'aux articles 13 à 17 RèLIPDA. Il s'agit du troisième pilier d'un régime libéral en matière d'information<sup>123</sup>.

Le principe du droit d'accès de chacun aux documents officiels est fixé à l'article 12 LIPDA<sup>124</sup> intitulé droit d'accès : *toute personne a le droit d'accéder aux documents officiels dans la mesure prévue par la présente loi*. En tant que tel, ce droit appartient à toute personne physique ou morale, quel que soit son domicile, sa nationalité ou son siège social<sup>125</sup>.

La question de la titularité du droit d'accès des personnes morales à but lucratif semble ne pas avoir été résolue à l'aune de la LIPDA. À l'instar de ce qui prévaut dans d'autres cantons, dont celui de Genève, les personnes morales (à but lucratif) doivent pouvoir bénéficier d'un droit d'accès<sup>126</sup>. Le message relatif à la LIPDA (cf. page 6) évoque en effet la possibilité pour une personne morale de solliciter un accès à un document officiel, sans distinction aucune, telle que le but. Le principe d'égalité en matière d'accès commande également d'adopter une telle solution.

La demande d'accès ne doit revêtir aucune forme particulière<sup>127</sup> (article 48 al. 1 LIPDA)<sup>128</sup>. Elle peut ainsi être formulée par courrier électro-

---

<sup>123</sup> Avec la publicité des séances et l'obligation générale d'informer.

<sup>124</sup> L'article 13 al. 1 RèLIPDA (intitulé « *Contenu du droit d'accès* ») prévoit quant à lui que sont consultables uniquement les documents officiels.

<sup>125</sup> Message accompagnant le projet de loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage, p. 6 et 7 ; le message est disponible à cette adresse : [https://parlement.vs.ch/common/idata/parlement/vos/docs/2008/05/2008.06\\_Information-protection%20des%20donn%C3%A9es-archivage\\_MES\\_CE.pdf](https://parlement.vs.ch/common/idata/parlement/vos/docs/2008/05/2008.06_Information-protection%20des%20donn%C3%A9es-archivage_MES_CE.pdf).

<sup>126</sup> Arrêt du TA/GE ATA/621/2005 du 20 septembre 2005.

<sup>127</sup> Arrêt du 7 février 2014 A1 13 33 de la Cour de droit public du Tribunal cantonal valaisan, consid. 3.2, p. 4.

<sup>128</sup> La Convention d'Aarhus n'exige pas la forme écrite : cf. notamment STEPHEN STEC / SUSAN CASEY-LEFKOWITZ, *Convention d'Aarhus : guide d'application*, New-York et Genève 2000, p. 68 ; 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 : *Le droit de l'environnement dans la pratique*, 2009, vol. 53, n° 7, p. 758 et les références citées. En vertu de l'article 4 de la Convention les membres du public peuvent demander que les informations leur soient communiquées sous une forme précise, par exemple sur papier, support électronique, bande vidéo ou autre forme d'enregistrement, etc. En général, l'autorité publique doit satisfaire à la demande d'une forme précise, sous réserve de certaines exceptions.



quement ou même oralement. Une restriction à cette absence de formalisme figure à l'article 48 al. 3 LIPDA : *en cas de besoin, l'autorité peut exiger que la demande soit formalisée par écrit*<sup>129</sup>. La notion de besoin n'est pas définie par le message et doit être interprétée restrictivement. Elle n'est par ailleurs pas compatible en matière environnementale avec la Convention d'Aarhus qui exclut, même en cas de demande de grande ampleur, la forme écrite<sup>130</sup>. Concrètement, il paraît difficile d'appréhender un besoin qui nécessiterait une demande écrite, si ce n'est à des fins de facilitation du traitement de requêtes de plus en plus nombreuses. Même dans une telle hypothèse, il paraît difficile de soumettre un droit aussi essentiel à un formalisme, alors même que les textes, dont la Convention, visent à faciliter l'exercice du droit d'accès. La tendance actuelle est évidemment à une simplification des procédures et l'informatisation des processus va très certainement rendre la règle d'exception obsolète<sup>131</sup>. La demande doit toutefois être formulée de façon suffisamment précise. À défaut, l'autorité doit interpellier et assister le requérant.

La demande d'accès à un document officiel n'a pas à être motivée (art. 48 al. 1 *in fine* LIPDA). Selon le message<sup>132</sup>, cette disposition peut paraître contradictoire avec l'article 12 LIPDA qui exige la justification d'un intérêt particulier au droit d'accès à un document officiel. Toutefois, ce critère d'intérêt particulier peut être assimilé à celui formel de la recevabilité, tandis que celui de la motivation relève du droit de fond. En d'autres termes, si la loi impose un certain lien entre la personne et l'objet de sa requête, le requérant n'a aucune obligation d'indiquer les raisons qui fondent sa démarche ou les buts poursuivis<sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup>Plusieurs cantons ont émis l'exigence d'une forme écrite de la demande, parfois en principe seulement (JU), parfois sous forme dispositive (SO), parfois même en exigeant expressément la signature de la demande (UR), parfois en posant un certain nombre de conditions (ZH).

<sup>130</sup>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 : Le droit de l'environnement dans la pratique, 2009, vol. 53, n° 7, p. 769.

<sup>131</sup>Les premières statistiques démontrent que la grande majorité des demandes de renseignements, de conseils et de médiations nous parvient par courriel. Les courriers sont rares. C'est la raison pour laquelle le site officiel ([www.prepose-vs.ch](http://www.prepose-vs.ch)) comporte un système de tickets facilitant le traitement des requêtes et permettant leur suivi.

<sup>132</sup>Message accompagnant le projet de loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage, p. 21 ; le message est disponible à cette adresse : [https://parlement.vs.ch/common/idata/parlement/vos/docs/2008/05/2008.06\\_Information-protection%20des%20donn%C3%A9es-archivage\\_MES\\_CE.pdf](https://parlement.vs.ch/common/idata/parlement/vos/docs/2008/05/2008.06_Information-protection%20des%20donn%C3%A9es-archivage_MES_CE.pdf).

<sup>133</sup>Dans ce sens également : Arrêt du 7 février 2014 A1 13 33 de la Cour de droit public du Tribunal cantonal valaisan, consid. 3.2, p. 4 ; l'intérêt peut donc s'avérer professionnel, scientifique, commercial ou même purement intellectuel.

Lorsque la demande d'accès est mal orientée, l'autorité saisie par erreur doit, d'office, transmettre sans délai la demande à l'autorité compétente (art. 49 al. 1 LIPDA)<sup>134</sup>.

S'agissant du droit d'obtenir l'information sous la forme demandée, l'article 14 LIPDA<sup>135</sup> prévoit que sous réserve de dispositions spéciales contraires, l'accès aux documents officiels comprend la consultation sur place, la confection de copies et l'envoi de copies dans la mesure du possible et lorsque la taille du document le permet. L'autorité peut également donner oralement des renseignements sur le contenu d'un document officiel, à la condition expresse toutefois que le requérant s'en satisfasse<sup>136</sup>. Certaines autorités ont excipé de la teneur de cette disposition légale un droit à opérer un choix quant au mode d'accès. Or, telle n'est pas l'interprétation qui doit en être faite. En effet, ni le texte légal ni le message n'autorisent un tel choix, unilatéral<sup>137</sup>. Le texte offre plusieurs alternatives, sans indiquer qui peut en décider, si ce n'est indirectement dans l'hypothèse où un document est trop volumineux<sup>138</sup>. Il résulte toutefois de la section deux du RèLIPDA que le choix appartient au requérant, dès lors que celui-ci peut se voir imputer des émoluments en vertu de l'article 22 RèLIPDA<sup>139</sup> et qu'une participation équitable<sup>140</sup> peut même être sollicitée en cas de travail d'une certaine importance (art. 23 RèLIPDA), soit lorsque le traitement d'une demande d'accès excède une demi-heure (art. 20 RèLIPDA). L'autorité peut toutefois se limiter à communiquer au demandeur les références nécessaires pour la consultation de documents officiels accessibles sur Internet ou faisant l'objet d'une publication officielle (art. 14 RèLIPDA).

---

<sup>134</sup>La Convention d'Aarhus pose quant à elle le principe de la réorientation spontanée de la demande ou du demandeur (art. 4 al. 5 Conv). La LIPDA est donc compatible avec la Convention sur ce point.

<sup>135</sup>Intitulé « Contenu du droit d'accès ».

<sup>136</sup>Cette hypothèse est plutôt rare dans la pratique, car les requérants souhaitent disposer d'un exemplaire du document officiel dont l'accès est sollicité. Au demeurant, comme indiqué précédemment, ce droit aux renseignements constitue en quelque sorte un droit allégé.

<sup>137</sup>Le droit fédéral à l'article 5 de l'Ordonnance sur le principe de transparence dans l'administration du 24 mai 2006 (RS 152.31) prévoit qu'à la requête du demandeur, l'autorité lui remet une copie du document officiel, en le rendant attentif à un éventuel droit d'auteur.

<sup>138</sup>De tels cas devraient bientôt disparaître, à l'ère de la numérisation.

<sup>139</sup>Frais d'impression, de copie et d'expédition.

<sup>140</sup>Au tarif horaire de 60 francs.

L'article 13 LIPDA concrétise l'accès différencié qui s'opère lorsqu'un document officiel contient des données personnelles (qui sont également des informations au sens de la loi)<sup>141</sup>. Ainsi, lorsque le document officiel contient de telles données, elles doivent être séparées des autres informations<sup>142</sup> ou rendues anonymes<sup>143</sup>, sauf si la personne concernée a elle-même rendu ces données publiques. En cas de travail manifestement disproportionné<sup>144</sup> ou techniquement impossible pour satisfaire à ces exigences, l'accès aux documents est soumis à des conditions supplémentaires figurant aux articles 22 et 23 LIPDA (art. 13 al. 2 LIPDA). Ce renvoi permet par exemple l'accès à des documents contenant des données personnelles lorsque cela est indispensable à la sauvegarde d'un intérêt prépondérant public ou privé. Cette norme fait également le lien entre l'accès aux documents officiels et la protection des données en exigeant qu'une pesée des intérêts soit opérée entre le droit d'accéder aux documents officiels et les intérêts des particuliers au respect de leur sphère privée<sup>145</sup>.

Différentes exceptions au droit d'accès figurent à l'article 15 LIPDA, en fonction des critères d'intérêt prépondérant public ou privé. L'énumération des cas relatifs à l'intérêt public est exhaustive, alors qu'elle est exemplative lorsqu'elle se réfère aux intérêts privés<sup>146</sup>. Le distinguo opéré a pour but de favoriser le citoyen en évitant que l'État ne puisse invoquer n'importe quel intérêt public, tout en lui permettant d'exciper la possibilité de faire valoir une large palette d'intérêts privés. Cette disposition a également pour but d'inspirer les autorités lorsqu'elles devront procéder à une pesée des intérêts. Lorsque l'accès à un document officiel peut porter atteinte à un intérêt prépondérant public

---

<sup>141</sup> Dans un tel cas, le traitement est susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux des personnes concernées. Il convient donc de prévoir des restrictions à la diffusion.

<sup>142</sup> Pour autant que cela n'entrave pas le droit à l'information, ce qui signifie que le sens du texte ne doit pas être altéré.

<sup>143</sup> Le Préposé propose régulièrement aux autorités de procéder à l'anonymisation pour leur éviter des difficultés et établir ainsi un dialogue serein entre les parties concernées. Dans le cas d'un dossier récent où cette aide a été déclinée, la publication anonymisée au format PDF a permis la révélation de données personnelles, ce qui démontre l'utilité de la démarche initiée.

<sup>144</sup> La définition du travail manifestement disproportionné figure à l'article 16 RèLIPDA.

<sup>145</sup> Message accompagnant le projet de loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage, p. 7 ; le message est disponible à cette adresse : [https://parlement.vs.ch/common/idata/parlement/vos/docs/2008/05/2008.06\\_Information-protection%20des%20donn%C3%A9es-archivage\\_MES\\_CE.pdf](https://parlement.vs.ch/common/idata/parlement/vos/docs/2008/05/2008.06_Information-protection%20des%20donn%C3%A9es-archivage_MES_CE.pdf) ; cf. également art. 15 RèLIPDA.

<sup>146</sup> Idem.

ou privé, les tiers concernés sont consultés par écrit, un délai de 10 jours leur étant imparti pour s'opposer à la communication du document (art. 15 RÈLIPDA).

C'est à l'autorité qui entend refuser l'accès de prouver qu'une exception s'applique<sup>147</sup>.

Un intérêt public prépondérant est reconnu lorsque l'accès au document est susceptible de mettre en danger la sûreté de l'État ou la sécurité publique (art. 15 al. 2 let. a LIPDA), de compromettre la politique extérieure de l'autorité (art. 15 al. 2 let. b LIPDA), d'entraver le processus décisionnel d'une autorité (art. 15 al. 2 let. c LIPDA), d'entraver l'exécution de mesures concrètes d'une autorité (art. 15 al. 2 let. d LIPDA), d'entraver la position de négociation d'une autorité (art. 15 al. 2 let. e LIPDA)<sup>148</sup>.

Lors de l'apparition d'un cas concret, l'autorité doit procéder à un *test de préjudice*, visant à déterminer si chacun des risques particuliers énoncés comme constitutifs d'une atteinte à un intérêt prépondérant à la non-communication d'un document est réalisé ou non<sup>149</sup>. Dans le cadre de ce test, l'autorité doit évaluer deux aspects : l'atteinte potentielle et le risque de réalisation. Cette appréciation doit être restrictive, puisque nous nous trouvons en présence d'une limitation d'un droit fondamental. L'atteinte doit donc présenter une certaine acuité et le risque de réalisation s'avérer sérieux<sup>150</sup>.

La mise en danger de la sûreté de l'État ou de la sécurité publique<sup>151</sup> peut être invoquée si deux conditions sont réalisées. D'une part, les documents doivent concerner ces domaines précis<sup>152</sup> et la communi-

---

<sup>147</sup> Recommandation du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence du 16 mai 2011 dans l'affaire X contre l'Office fédéral de l'environnement, II/B/6, p. 6.

<sup>148</sup> Singulièrement, le message relatif à la LIPDA ne définit pas ces exceptions, alors qu'elles auraient mérité une concrétisation.

<sup>149</sup> BASTIEN VON WYSS, Droit d'accès aux documents officiels : comparaison et étude de la mise en œuvre de quatre lois sur la transparence en Suisse, Septembre 2011, p. 46, mémoire de master disponible à cette adresse : <https://www.oeffentlichkeitsgesetz.ch/downloads/studien/memoire-von-wyss.pdf>.

<sup>150</sup> BERTIL COTTIER, BGÖ-Kommentar (2008), Art. 7, n° 5.

<sup>151</sup> Pour une analyse détaillée de cette thématique : BERTIL COTTIER / NICOLAS MASSON, Le domaine de la sécurité ou comment concilier confidentialité légitime et transparence nécessaire, in : MARTIAL PASQUIER, Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne, 2013, p. 233 à 255.

<sup>152</sup> En matière de sécurité publique, il s'agit des documents liés à des activités de police.

cation du document officiel doit présenter un risque de mise en danger concret<sup>153</sup>. L'autorité requise ne peut se fonder sur de simples suppositions ou appréhensions.

La compromission de la politique extérieure de l'autorité pourrait survenir lors de la diffusion de documents provenant d'autres autorités n'ayant pas, dans leur *framework* légal, accordé un droit d'accès à de tels documents. Ici également, le document doit concerner les relations extérieures et le risque d'atteinte doit exister concrètement.

Pour que la diffusion d'un document porte atteinte à un processus décisionnel, il faut que ce document soit intrinsèquement lié à la décision à prendre ou à rendre et que cette diffusion soit de nature à altérer la libre formation de la volonté de l'autorité. La décision s'entend au sens large du terme. Dans la plupart des cas, le document devient communicable après la décision.

L'entrave à l'exécution de mesures concrètes de l'autorité est une limite critiquée en doctrine<sup>154</sup>, car elle permettrait de refuser une multitude de requêtes d'accès. La LIPDA ne prévoit malheureusement aucun qualificatif restrictif quant à l'application de cette exception. Pour pouvoir invoquer cette exception avec succès, il faut que le maintien du secret soit absolument nécessaire à la réussite de l'exécution de la mesure concernée<sup>155</sup>. À titre exemplatif, peuvent être citées des directives concernant des contrôles dans le domaine fiscal ou douanier ou des modalités de surveillance. Le préjudice envisagé doit de surcroît être significatif. Le Tribunal cantonal valaisan a retenu dans un arrêt du 7 février 2014<sup>156</sup> que cette exception doit être interprétée de manière restrictive, à peine de vider de sa substance le principe de transparence promu par la LIPDA.

En ce qui concerne l'entrave à la position de négociation d'une autorité, le message du Conseil fédéral relatif à la LTrans explicite parfaitement en quoi elle consiste : « *une négociation ne peut être menée de manière efficace, si une partie devait être contrainte d'abattre ses*

---

<sup>153</sup> ATF 133 II 215 ss.

<sup>154</sup> BASTIEN VON WYSS, Droit d'accès aux documents officiels : comparaison et étude de la mise en œuvre de quatre lois sur la transparence en Suisse, Septembre 2011, p. 47 et les références citées, mémoire de master disponible à cette adresse : <https://www.oeffentlichkeitsgesetz.ch/downloads/studien/memoire-von-wyss.pdf>.

<sup>155</sup> Arrêt non-publié du Tribunal administratif fédéral A-3443/2010 du 18 octobre 2010.

<sup>156</sup> A1 13 333, consid. 4.3, p. 6.

*cartes avant même qu'elle ne commence*<sup>157</sup> ». Il s'agit d'une exception limitée dans le temps, en ce sens qu'elle cesse de déployer ses effets dès que la négociation est terminée, les documents concernés étant alors accessibles. Il n'est pas possible d'invoquer cette exception si la négociation n'intervient pas imminemment ou à tout le moins à une date proche<sup>158</sup>.

Un intérêt privé prépondérant est notamment reconnu lorsque le document officiel contient des données personnelles et que sa communication n'est pas autorisée par la LIPDA (art. 15 al. 3 let. a), lorsque l'accès révèle des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires (art. 15 al. 3 let. b) ou encore lorsque l'accès divulgue des informations fournies librement par un tiers à une autorité qui a garanti le secret (art. 15 al. 3 let. c).

En ce qui concerne les données personnelles contenues dans un document officiel, si l'autorité prévoit de les communiquer elle doit en informer la personne concernée (art. 15 RÈLIPDA), laquelle peut s'y opposer. Une pesée des intérêts a ensuite lieu. Elle se matérialise dans une recommandation (art. 53 LIPDA). Dans la pratique, le caviardage de telles données est devenu la règle.

L'exception liée à l'existence de secrets<sup>159</sup> est fréquemment utilisée abusivement pour s'opposer à une demande de transparence<sup>160</sup>. Le but de cette exception était d'éviter autant que faire se peut que les lois sur la transparence ne génèrent des distorsions de concurrence, au sens large<sup>161</sup>. Les termes « *secret d'affaires* » et « *secret de fabrication* » ne sont définis ni dans la LIPDA, ni dans le message relatif à la LIPDA. La règle de confidentialité ne se rapporte pas à toutes les informations commerciales communiquées à l'administration, mais uniquement aux données essentielles, dont la divulgation aux entreprises concurrentes pourrait entraîner des distorsions du marché ou priver

---

<sup>157</sup>Message LTrans, FF 2003 1807, 1856.

<sup>158</sup>Idem.

<sup>159</sup>Cf. à cet égard, VALERIE JUNOD, L'exception des secrets commerciaux dans la LTrans, in : MARTIAL PASQUIER, Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Lausanne 2013, p. 255 à 280.

<sup>160</sup>BERTIL COTTIER, La transparence au crible de la jurisprudence des tribunaux, in : MARTIAL PASQUIER, Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Lausanne 2013, p. 50 et les références citées.

<sup>161</sup>Message LTrans, FF 2003 1807, 1853.

l'entreprise concernée d'un avantage concurrentiel<sup>162</sup>. Le Tribunal fédéral définit le secret d'affaires comme « toute connaissance particulière qui n'est ni de notoriété publique ni facilement accessible et que son détenteur a un intérêt légitime à garder secrète. Par secrets commerciaux, on entend des informations qui peuvent avoir une incidence sur le résultat commercial ; il peut s'agir notamment de connaissances relatives à l'organisation, la calculation des prix, la publicité et la production [...]»<sup>163</sup>. À titre exemplatif, citons les données comptables d'une fondation sans but lucratif<sup>164</sup> ou encore les évaluations de la qualité du réseau Swisscom Fixnet. Un secret commercial a été nié s'agissant par exemple des rapports d'analyse d'un laboratoire privé sur la qualité des combustibles reçus par l'Office fédéral de l'environnement ou encore relativement aux clauses standard d'un contrat entre une entreprise pharmaceutique et la Confédération.

La disposition prévoyant la protection des informations fournies librement à une autorité qui en a garanti le secret génère quelques difficultés, car il serait simple pour une autorité de délivrer une telle garantie pour restreindre la transparence. En sus, les autorités ne peuvent décider elles-mêmes quels documents et exceptions relèvent de la LIPDA, en particulier s'agissant des contrats conclus avec des tiers<sup>165</sup>. Ainsi, si un tiers s'est engagé à fournir des informations à une autorité, il ne peut exiger aucune garantie de confidentialité, sous peine de vider la LIPDA de sa substance. Il en résulte le fait que les informations communiquées en vertu d'une obligation contractuelle sont en principe accessibles<sup>166</sup>.

L'accès à un document officiel peut être refusé lorsque la demande est abusive<sup>167</sup> ou lorsqu'elle exige un travail manifestement disproportionné de l'autorité (art. 15 al. 4 LIPDA)<sup>168</sup>. Cette notion de travail manifestement disproportionné est définie à l'article 16 RèLIPDA.

---

<sup>162</sup>BERTIL COTTIER/RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, in : STEPHAN C. BRUNNER/LUZIUS MADER, Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, art. 7 n° 41.

<sup>163</sup>ATF 109 Ib 56.

<sup>164</sup>Ces exemples sont issus de la publication de VALERIE JUNOD, L'exception des secrets commerciaux dans la LTrans, in : MARTIAL PASQUIER, Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Lausanne 2013, p. 270.

<sup>165</sup>Recommandation du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence du 16 mai 2011 dans l'affaire X contre l'Office fédéral de l'environnement, II/B/5, p. 6.

<sup>166</sup>Idem.

<sup>167</sup>Il s'agit en fait de la notion d'abus de droit.

<sup>168</sup>Il s'agit d'une exception légale du principe du droit d'accès à des documents de l'article 12 al. 1 LIPDA.

Finalement, sont exclus du droit d'accès les procès-verbaux des séances du Conseil d'État et des exécutifs municipaux et bourgeoisiaux (art. 15 al. 5 LIPDA). À l'heure actuelle toutefois, les collectivités publiques procèdent à des publications *in parte qua* des décisions prises lors des séances, à l'instar du Conseil d'État qui a adopté une politique d'information proactive. Le Grand Conseil et les législatifs municipaux et bourgeoisiaux peuvent déclarer non accessibles les procès-verbaux des séances de leurs commissions (art. 15 al. 6 LIPDA).

## 7. Les principales erreurs commises par les requérants d'accès à un document officiel

Après deux ans d'activité et plus d'une dizaine de médiations, le sous-signé a pu constater différentes erreurs qui méritent l'attention<sup>169</sup> :

- requérir des documents élaborés avant l'entrée en vigueur de la LIPDA<sup>170</sup> ; cette loi n'a pas d'effet rétroactif (confer § II) ; il convient toutefois de préciser que si le document concerné est reproduit après l'entrée en vigueur de la LIPDA, il devient accessible, nonobstant sa date d'émission ;
- solliciter des documents afférents à des affaires pendantes devant une instance judiciaire, juridictionnelle administrative et d'arbitrage (en contradiction avec l'article 12 al. 2 LIPDA<sup>171</sup>) ; toutefois, dès que le jugement ou la décision est en force, l'accès doit être accordé<sup>172</sup> ; la LIPDA prévoit à son article 16 al. 2 que lorsque les raisons qui justifient l'inaccessibilité d'un document officiel au sens de l'article 15

---

<sup>169</sup>Ces erreurs se recourent, dans leur majorité, avec celles mises en exergue par le Professeur BERTIL COTTIER : BERTIL COTTIER, *La transparence au crible de la jurisprudence des tribunaux*, in : MARTIAL PASQUIER, *Le principe de transparence en Suisse et dans le monde*, Lausanne 2013, p. 53 et les références citées.

<sup>170</sup>Ce qui, pragmatiquement et à l'aune de cette date d'entrée en vigueur (01.01.2011), exclut un très grand nombre de documents ; pour un exemple au niveau fédéral : Recommandation du 15 juin 2009 du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence dans l'affaire X contre DFAE.

<sup>171</sup>Dont la teneur est la présente : *L'accès aux documents officiels ayant trait aux procédures judiciaires, juridictionnelles administratives et d'arbitrage pendantes est régi par les lois spéciales et les codes de procédure*.

<sup>172</sup>Cf. Recommandation du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence du 3 juillet 2009 (Office fédéral de l'aviation civile / Safety report), citée par le Professeur BERTIL COTTIER (cf. note 169).



(exceptions) ont cessé, l'accès doit être accordé sans qu'une nouvelle demande soit requise ; la même règle doit prévaloir s'agissant de l'existence d'une procédure, même si le texte de l'article 16 al. 2 LIPDA ne l'évoque pas expressément<sup>173</sup> ;

- manquer de précision quant à la désignation des documents dont l'accès est requis (par exemple en initiant une requête qui s'apparente à une *fishing expedition*<sup>174</sup>) ; selon l'article 48 al. 2 LIPDA, la demande doit contenir des indications suffisantes pour permettre l'identification de l'objet de la demande ; même si l'article 48 al. 2 LIPDA ne l'indique pas nommément<sup>175</sup>, la sanction du non-respect pourrait consister en un refus d'examen de la demande ; l'administration saisie doit toutefois assister, dans une mesure raisonnable, les requérants dans leur recherche, en leur présentant par exemple un bordereau des pièces afférentes à un dossier déterminé<sup>176</sup> ; l'ampleur de l'assistance à fournir dépendra notamment du fait de savoir si la partie requérante est ou non assistée d'un avocat<sup>177</sup> ;
- croire que dans le cadre du processus de médiation initié suite à une demande d'accès à un document refusée, il sera possible d'avoir connaissance, à tout le moins partiellement, des informations qui y figurent ; selon l'article 53 al. 2 LIPDA, le Préposé ne peut communiquer le document ou les données auxquels l'accès est requis ; il dispose par contre d'un *droit absolu* de prendre connaissance du document litigieux<sup>178</sup>, nonobstant le fait que des informations hautement confidentielles peuvent être en jeu<sup>179</sup> ; à

---

<sup>173</sup>Le requérant qui n'est souvent pas partie à la procédure ignore quand celle-ci viendra à son terme et il n'est de ce fait pas possible d'exiger de lui qu'il réitère sa demande régulièrement ; dans la mesure où l'administration doit lui prêter assistance, cette solution s'impose pragmatiquement, le message de la loi étant quant à lui muet sur ce point.

<sup>174</sup>Pour un exemple : Arrêt du TAF du 27 février 2014 A\_4500/2013, ou encore PAOLO BERNASCONI/ SIMONE SCHÜRCH, Fishing expedition et demandes groupées, L'interdiction de la fishing expedition dans la coopération internationale en matière fiscale, in : ANTOINE EIGENMANN/ CHARLES PONCET/ BERNARD ZIEGLER, Mélanges en l'honneur de CLAUDE ROUILLER, Bâle 2016, p. 13.

<sup>175</sup>Ni le message par ailleurs.

<sup>176</sup>BERTIL COTTIER, La transparence au crible de la jurisprudence des tribunaux, in : MARTIAL PASQUIER, Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Lausanne 2013, p. 54 et la référence citée.

<sup>177</sup>Auquel cas, il semble logiquement possible de se montrer plus exigeant et formaliste.

<sup>178</sup>Cf. au niveau fédéral, art. 20 LTrans.

<sup>179</sup>En matière notamment de sûreté de l'État ou de sécurité publique, cf. article 15 al. 2 let. a LIPDA.

défaut, le Préposé serait contraint de se forger une conviction sur la seule base des allégations, forcément partiales, de l'autorité requise<sup>180</sup>.

## 8. Casuistique valaisanne, genevoise, vaudoise, fri-bourgeoise et neuchâteloise

Dans le Canton du Valais les décisions judiciaires rendues en application de la LIPDA sont rares et les recommandations émises font l'objet de procédures. De ce fait, il est apparu utile et opportun de recenser les décisions et recommandations émises (*in parte qua*) au niveau cantonal et au niveau fédéral (cf. ci-après § 10).

### Valais :

- communication des résultats des mesures ponctuelles de l'air et des eaux réalisées auprès de Tamoil SA ; une fois en possession de l'autorité, les mesures de qualité de l'air établies en conformité avec l'article 12 de l'ordonnance sur la protection de l'air du 16 décembre 1985 revêtent la qualité de « *documents officiels* » ; peu importe à cet égard, le fait que certaines informations en matière de protection l'air soient diffusées par le Service cantonal de protection de l'environnement ou l'Office fédéral de l'environnement<sup>181</sup>.

### Genève :

- non-communication par le Service des votations et élections (SVE) de la copie de plusieurs comptes annuels de partis politiques<sup>182</sup> ;
- communication par l'Office cantonal du logement (OCL) d'un audit relationnel en la forme non anonymisée<sup>183</sup> ;
- communication par la ville de Genève d'un rapport d'expertise immobilière en la forme anonymisée<sup>184</sup> ;
- communication des comptes et de la statistique de prestation des Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG)<sup>185</sup> ;

---

<sup>180</sup> BERTIL COTTIER/NICOLAS MASSON, Le domaine de la sécurité ou comment concilier confidentialité légitime et transparence nécessaire, in : MARTIAL PASQUIER, Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne, 2013, p. 251.

<sup>181</sup> Arrêt du 7 février 2014 A1 13 33 de la Cour de droit public du Tribunal cantonal valaisan, accessible à cette adresse : <https://apps.vs.ch/download/Tribunal%20cantonal/TCVS-20140207-A1-13-333-20140408-A82.pdf>.

<sup>182</sup> Arrêt du Tribunal administratif genevois ATA/634/2003 du 26 août 2003, cassé par arrêt du Tribunal fédéral 1P.601/2003 du 26 novembre 2003.

<sup>183</sup> Arrêt du Tribunal administratif genevois ATA/752/2004 du 28 septembre 2004 = SJ 2005 I 130.

<sup>184</sup> Arrêt du Tribunal administratif genevois ATA/162/2005 du 22 mars 2005.

<sup>185</sup> Arrêt du Tribunal administratif genevois ATA/621/2005 du 20 septembre 2005.

- non-communication par la Chancellerie d'Etat genevoise du code source du logiciel de gestion du vote électronique cantonal, du contrat entre l'Etat genevois et la société conceptrice du logiciel et des rapports d'audit de sécurité du système, au motif qu'ils contiennent des secrets d'affaires et des informations sensibles pouvant compromettre la sécurité du système informatique<sup>186</sup> ;
- non-communication des rapports et comptes annuels de l'Autorité de surveillance des offices de poursuites et faillites (OPF), au motif que la demande d'accès ne peut être satisfaite que moyennant un travail disproportionné pour l'autorité concernée<sup>187</sup> ;
- communication des annexes aux bilans pour les exercices 2001 à 2005 d'une société anonyme dont le conseil d'administration est occupé à majorité par la Ville de Genève<sup>188</sup> ;
- communication par l'Aéroport international de Genève (AIG) d'un rapport d'analyse relatif à la coexistence entre le trafic commercial et l'aviation légère<sup>189</sup> ;
- communication par un avocat dans le cadre d'un mandat privé délivré par le Département des institutions (DI) d'un rapport d'audit concernant un ancien chef de la police<sup>190</sup> ;
- communication par la Cour de justice des dix derniers arrêts qu'elle a rendus en application de la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989 (LREC)<sup>191</sup> ;
- non-communication de l'échange de correspondance à l'origine d'une convention de cession de créance signée entre le Service cantonal d'avance et de recouvrement des pensions alimentaires (SCARPA) et un bénéficiaire, au motif qu'il n'entre pas dans le champ d'application de la loi genevoise sur l'information du public et sur l'accès aux documents du 5 octobre 2001 (LIPAD)<sup>192</sup> ;
- non-communication par la Direction générale de la santé (DGS) du nom de la compagnie d'assurance responsabilité civile professionnelle (RC) d'une praticienne inscrite au registre des praticiens complémentaires, au motif que l'autorité susmentionnée ne détient pas ladite information<sup>193</sup> ;
- non-communication par le Bureau de l'amiable compositeur d'un courriel interne transmis au Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), au motif que sa divulgation est propre à mettre en péril les relations internationales de la Suisse<sup>194</sup> ;

---

<sup>186</sup> Arrêt du Tribunal administratif genevois ATA/807/2005 du 29 novembre 2005 = RDAF 2006 I 355, confirmé par l'Arrêt du Tribunal fédéral 1P.29/2006 du 23 mars 2006.

<sup>187</sup> Arrêt du Tribunal administratif genevois ATA/231/2006 du 2 mai 2006.

<sup>188</sup> Arrêt du Tribunal administratif genevois ATA/134/2007 du 20 mars 2007.

<sup>189</sup> Arrêt du Tribunal administratif genevois ATA/647/2007 du 18 décembre 2007.

<sup>190</sup> Arrêts du Tribunal administratif genevois 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, Arrêts du Tribunal fédéral 1C\_129/2008 du 12 août 2008, 1C\_247/2009 du 8 juillet 2009 et 1C\_249/2009 du 8 juillet 2009.

<sup>191</sup> Arrêt du Tribunal administratif genevois ATA/307/2008 du 10 juin 2008.

<sup>192</sup> Arrêt du Tribunal administratif genevois ATA/47/2009 du 27 janvier 2009.

<sup>193</sup> Arrêt du Tribunal administratif genevois ATA/180/2009 du 7 avril 2009.

<sup>194</sup> Arrêt du Tribunal administratif genevois ATA/195/2010 du 23 mars 2010.

- non-communication par la Chancellerie d'État genevoise des avis de droit externes et internes adressés au Conseil d'État<sup>195</sup> ;
- non-communication des notes personnelles d'un auditeur mandaté par le Département de la sécurité et de l'économie (DSPE)<sup>196</sup> ;
- non-communication de l'annexe d'une convention conclue entre la ville de Genève et une fondation soutenant les Beaux-Arts et la culture, laquelle contient en particulier le contrat d'assurance conclu contre les dommages d'exposition<sup>197</sup> ;
- communication des rapports des commissions du Conseil municipal de la commune de Corsier<sup>198</sup> ;
- non-communication par la ville de Genève du rapport intitulé « Analyse de la fonction Ressources Humaines (RH) – Rapport final à l'attention du Conseil administratif », au motif qu'il s'agit d'un document soustrait au droit d'accès en vertu de l'art. 26 al. 3 LIPAD<sup>199</sup>.

#### **Vaud :**

- communication par le Service de la population (SPOP) des données collectées par le canton de Vaud relatives à l'octroi du minimum vital et l'exécution du renvoi d'un requérant d'asile<sup>200</sup> ;
- non-communication par le Service des assurances sociales de l'hébergement (SASH) de la méthode de calcul des EPT et des nouveaux standards socio-hôtelières applicable depuis le 1<sup>er</sup> février 2005, au motif que la demande d'accès à la première citée doit être adressée au Service de la santé publique (SSP) tandis que les seconds cités, n'ayant pas atteint leur stade final d'élaboration, ne constituent pas des documents officiels<sup>201</sup> ;
- communication par le Service de la santé publique (SSP) des rapports relatifs à un établissement médico-social vaudois (EMS) établis par la Coordination interservice des visites en établissements médico-sociaux (CIVEMS), pour la période d'avril 1997 à mars 2003<sup>202</sup> ;
- communication par la municipalité de Givrins d'un rapport relatif au recaptage des sources communales établi par une société anonyme<sup>203</sup> ;
- communication par le laboratoire du Service des eaux, sols et assainissement (SESA) de données hydrobiologiques brutes récoltées depuis 2002 dans les eaux vaudoises<sup>204</sup> ;

<sup>195</sup> Arrêt du Tribunal administratif genevois ATA/295/2010 du 4 mai 2010.

<sup>196</sup> Arrêt du Tribunal administratif genevois ATA/383/2010 du 8 juin 2010.

<sup>197</sup> Arrêt du Tribunal administratif genevois ATA/390/2011 du 21 juin 2011, confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 1C\_359/2011 du 7 décembre 2011.

<sup>198</sup> Arrêt du Tribunal administratif genevois ATA/805/2012 du 27 novembre 2012.

<sup>199</sup> Arrêt du Tribunal administratif genevois ATA/376/2016 du 3 mai 2016.

<sup>200</sup> Arrêt du Tribunal administratif vaudois GE.2004.0146 du 29 avril 2005.

<sup>201</sup> Arrêt du Tribunal administratif vaudois GE.2005.0038 du 30 août 2005.

<sup>202</sup> Arrêt du Tribunal administratif vaudois GE.2005.0009 du 14 septembre 2005.

<sup>203</sup> Arrêt du Tribunal administratif vaudois GE.2005.0145 du 3 février 2006.

<sup>204</sup> Arrêt du Tribunal administratif vaudois GE.2005.0063 du 24 juillet 2006.

- communication par l'Établissement cantonal d'assurance contre l'incendie (ECA) du document anonymisé résumant les appels reçus et les actions entreprises en date du 4 août 2004<sup>205</sup> ;
- communication par le Centre régional de défense incendie et de secours de Montreux-Veytaux (C.R.D.I.S.) d'une copie complète d'un rapport d'intervention en la forme anonymisée<sup>206</sup> ;
- communication par la municipalité de Montreux des décisions rendues à l'issue d'une mise au concours concernant l'exploitation d'une parcelle du domaine public et des dossiers produits, mais non retenus y afférents<sup>207</sup> ;
- non-communication par le service de protection de la jeunesse (SPJ) de l'ensemble du dossier des enfants du recourant, au motif que la consultation de certaines pièces telles que les échanges de courriers et de courriels entre les différents intervenants professionnels constituent un risque de perturbation du fonctionnement de l'autorité au sens de l'art. 16 al. 2 let. a de la loi vaudoise sur l'information du 24 septembre 2002 (LInfo)<sup>208</sup> ;
- communication par le Service de l'emploi (SDE) des directives financières d'une société anonyme<sup>209</sup> ;
- communication par la municipalité de Lausanne des cahiers des charges/descriptions des fonctions des fonctionnaires travaillant dans le bâtiment de l'administration communale en la forme anonymisée<sup>210</sup> ;
- non-communication par le SDE d'une dénonciation écrite, au motif qu'une anonymisation, jugée nécessaire en l'espèce, rendrait le texte illisible<sup>211</sup> ;
- communication par l'Administration cantonale des impôts (ACI) du formulaire rempli par une personne désirant obtenir des renseignements sur le résultat de la taxation fiscale en matière d'impôts directs cantonaux d'un tiers<sup>212</sup> ;
- communication par la commune d'Arzier-Le Muids du dossier d'enquête publique relatif au centre communal d'entretien<sup>213</sup>.

#### **Fribourg**<sup>214</sup> :

- recommandation de la Préposée cantonale à la transparence de Fribourg (PPDT) accordant l'accès à un rapport d'audit sur l'organisation du Service public de l'emploi (SPE) en la forme anonymisée, ordonné par la Direction de l'économie et de l'emploi (DEE)<sup>215</sup> ;

---

<sup>205</sup> Arrêt de la CDAP du TC vaudois GE.2007.0122 du 5 juin 2008.

<sup>206</sup> Arrêt de la CDAP du TC vaudois GE.2008.0094 du 22 août 2008.

<sup>207</sup> Arrêt de la CDAP du TC vaudois GE.2008.0175 du 20 janvier 2009.

<sup>208</sup> Arrêt de la CDAP du TC vaudois GE.2010.0048 du 7 septembre 2010.

<sup>209</sup> Arrêt de la CDAP du TC vaudois GE.2011.0035 du 29 juillet 2011.

<sup>210</sup> Arrêt de la CDAP du TC vaudois GE.2011.0176 du 27 avril 2012.

<sup>211</sup> Arrêt de la CDAP du TC vaudois GE.2013.0019 du 27 mai 2013.

<sup>212</sup> Arrêt de la CDAP du TC vaudois GE.2013.0137 du 10 mars 2014.

<sup>213</sup> Arrêt de la CDAP du TC vaudois GE.2014.0174 du 13 février 2015.

<sup>214</sup> Il convient de préciser que le Guide pratique à l'attention des communes, Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données ATPPrD, Fribourg, comporte aux pages 68 à 71 une foultitude d'exemples intéressants, ce guide est disponible à cette adresse : [https://www.fr.ch/atprd/files/pdf81/Guide\\_2015\\_ATPrD\\_FR.pdf](https://www.fr.ch/atprd/files/pdf81/Guide_2015_ATPrD_FR.pdf).

<sup>215</sup> Recommandation de la Préposée cantonale à la transparence de Fribourg du 26 mars 2012.

- recommandation de la PPDT donnant accès à l'étude préliminaire menée pour le choix du site du futur centre sportif de la ville de Romont<sup>216</sup> ;
- recommandation de la PPDT donnant accès à des notes manuscrites et des courriers électroniques relatifs à une dénonciation administrative contre la commune de Châtel-St-Denis<sup>217</sup> ;
- recommandation de la PPDT accordant l'accès à un permis de construire octroyé par la commune Val-de-Charney et aux plans y relatifs en la forme anonymisée<sup>218</sup> ;
- recommandation de la PPDT donnant l'accès à des plans mis à l'enquête par la commune de Corbières<sup>219</sup> ;
- recommandation de la PPDT différant l'accès aux comptes de la commune de Val-de-Charney pour l'année 2014 jusqu'à ce que les procédures y relatives soient closes et les décisions de la dernière instance entrées en force<sup>220</sup> ;
- recommandation de la PPDT donnant accès aux informations concernant les paiements effectués par la Bibliothèque cantonale et universitaire de Fribourg (BCU) à différentes maisons d'édition pour les années 2011 à 2016<sup>221</sup>.

#### **Neuchâtel :**

- communication du rapport de vérification des comptes d'une commune établi par une fiduciaire<sup>222</sup> ;
- communication de la convention de départ d'un ancien chef du service de l'emploi neuchâtelois en la forme anonymisée<sup>223</sup>.

## **9. La notion de document officiel en droit fédéral (art. 5 al. 1 LTrans)**

L'art. 5 al. 1 LTrans définit la notion de « *document officiel* » de manière précise, énumérant trois conditions cumulatives : l'information doit être enregistrée sur un support quel qu'il soit (let. a), elle doit être détenue par une autorité (let. b) et doit concerner l'accomplissement d'une tâche publique (let. c)<sup>224</sup>.

---

<sup>216</sup>Recommandation de la Préposée cantonale à la transparence de Fribourg du 18 juin 2012.

<sup>217</sup>Recommandation de la Préposée cantonale à la transparence de Fribourg du 27 mai 2013.

<sup>218</sup>Recommandation de la Préposée cantonale à la transparence de Fribourg du 24 septembre 2015.

<sup>219</sup>Recommandation de la Préposée cantonale à la transparence de Fribourg du 5 novembre 2015.

<sup>220</sup>Recommandation de la Préposée cantonale à la transparence de Fribourg du 7 décembre 2015.

<sup>221</sup>Recommandation de la Préposée cantonale à la transparence de Fribourg du 28 avril 2016.

<sup>222</sup>Arrêt du Tribunal administratif neuchâtelois TA.2007.434 du 11 avril 2008.

<sup>223</sup>Arrêt de la Cour de droit public du Tribunal cantonal neuchâtelois CDP 2014.23 du 28 janvier 2016.

<sup>224</sup>Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 p. 1833.

Au sens de l'art. 5 al. 1 let. a LTrans, constitue un document officiel toute information enregistrée sur un quelconque support. L'art. 5 al. 1 let. a LTrans définit donc le « *document* » officiel indépendamment du support d'informations. Ainsi, le document officiel et le support d'informations sont deux notions bien distinctes. À titre exemplatif, les supports d'informations « vides » tels que les bloc-notes ou les disquettes non formatées ne sont pas des documents au sens de la LTrans. Alors que les documents et le matériel porteur de documents sous forme papier coïncident, cela n'est souvent pas le cas pour les supports électroniques : ce ne sont ni les disques durs des ordinateurs ni la banque de données ou encore le système de gestion de données techniques qui sont soumis au droit d'accès, mais les données qui y sont contenues, qui donnent un contenu informatif lisible pour l'homme<sup>225</sup>. En outre, la demande de consultation doit concerner un document officiel déjà existant. Ainsi, la LTrans n'a pas pour but d'obliger l'administration à créer ou rédiger un document officiel qui n'existerait pas<sup>226</sup>.

Selon l'art. 5 al. 1 let. b LTrans, une information revêt un caractère officiel dès lors qu'elle est détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a été communiquée. Par « *autorité* », on entend l'administration fédérale de même que les organismes et personnes au sens de l'art. 2 al. 1 let. b LTrans. Le document demandé dans lequel l'information est contenue doit se trouver effectivement en possession de l'autorité sollicitée ; cette règle signifie que l'autorité doit elle-même être en mesure d'accéder à l'information pour qu'elle puisse ensuite accorder l'accès au public. Cela étant, si l'autorité ne détient pas effectivement un document alors qu'elle en est le destinataire principal, autrement dit le premier parmi plusieurs, elle doit prendre toutes les mesures nécessaires pour y accéder<sup>227</sup>.

Aux termes de l'art. 5 al. 1 let. c LTrans, l'information doit finalement concerner l'accomplissement d'une tâche publique de la Confédération. Le terme document officiel (*amtliches Dokument*) ne correspond

---

<sup>225</sup> Arrêt non-publié du Tribunal administratif fédéral A-7405/2014 du 23 novembre 2015, consid. 5.1.2 ; Message LTrans, FF 2003 1807, 1995 concernant les cookies et les emails.

<sup>226</sup> Message LTrans, FF 2003 1807, 1834.

<sup>227</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-4049/2009 du 3 mai 2010, consid. 10.1 et 10.2.

pas à celui de document (*Unterlage*) au sens de l'art. 3 LAr<sup>228</sup>. En revanche, la notion de tâche publique (*öffentliche Aufgabe*) a été reprise de l'art. 3 al. 1 LAr, l'interprétation de l'art. 5 LTrans devant toutefois se faire de manière autonome au regard des buts et principes de la LTrans<sup>229</sup>. À cet égard, il sied de relever que les informations qui ne sont pas directement en relation avec l'exercice d'une tâche publique sont exclues de la notion de document officiel. Les documents officiels peuvent néanmoins être de nature privée. En effet, le rattachement de l'art. 5 al. 1 let. c LTrans ne procède pas seulement de la nature de l'information, mais aussi de son objet ou de son utilisation. Ainsi, un document détenu par une autorité, pour autant qu'il soit utilisé pour exercer une tâche publique, entre également dans le champ d'application de la loi. Enfin, les documents officiels se rapportant aux contrats de droit privé de l'administration, les registres publics relatifs aux rapports juridiques de droit privé (registre du commerce, registre foncier ou registre de l'état civil notamment) ainsi que les documents détenus par les organismes et personnes de droit public ou de droit privé assujettis au principe de la transparence en vertu de l'art. 2 al. 1 let. b LTrans entrent également dans le champ d'application de la loi, mais les dispositions particulières les régissant doivent être interprétées à titre de *lex specialis*<sup>230</sup>.

Au vu de ce qui précède, on distingue bien la volonté du législateur de renverser la présomption qui faisait foi précédemment : sous le régime ancien, l'activité de l'administration fédérale était en principe secrète. Un droit d'accès aux documents officiels n'était accordé qu'à certaines conditions et dans certains cas déterminés. La loi sur la transparence vient renverser ce principe en faisant de la transparence la règle généralement applicable et du secret le cas d'exception. Il y a ainsi une foultitude de documents qui remplissent les trois conditions cumulatives de document officiel, dont voici quelques exemples.

---

<sup>228</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-7405/2014 du 23 novembre 2015, consid. 5.1.1 ; KURT NUSPLIGER, in : Handkommentar BGÖ (cf. note 162), Art. 5 no 17.

<sup>229</sup> Arrêt non publié du TAF A-7405/2014 du 23 novembre 2015, consid. 5.1.1.

<sup>230</sup> Message LTrans, FF 2003 1807, 1837.



## 10. Casuistique de droit fédéral<sup>231</sup>

De manière générale, les Tribunaux fédéraux, lorsqu'ils sont appelés à se prononcer relativement au droit d'accès aux documents officiels contenant des données personnelles, ont très majoritairement<sup>232</sup> tranché en faveur de l'intérêt public à la transparence au détriment de l'intérêt privé à la protection des données personnelles<sup>233</sup> :

- communication par l'Administration fédérale des Contributions (AFC) en la forme anonymisée des rapports Cockpits et rapports de service des offices et sous-offices sous la direction du Chef de l'AFC pour les années 2006, 2007 et 2008, exceptions faites des négociations futures tenues secrètes en vertu de la LTrans<sup>234</sup> ;
- communication par l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) des informations suivantes<sup>235</sup>:
  - données remises par la Société Suisse des Pharmaciens (SSPh) et santésuisse à l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) dans le cadre de l'élaboration de la liste des spécialités et des conventions tarifaires conclues entre la SSPh et santésuisse depuis l'an 2000 ;
  - base de calcul utilisée pour l'établissement de la liste des prix des médicaments au sens de l'art. 53 LAMal ;
  - base de calcul de la part revenant aux grossistes et aux détaillants dans la liste des spécialités.
- non-communication des études permanentes des coûts en pharmacie des années 2005 et 2006 au motif qu'elles ne sont pas, au regard des conclusions du Tribunal administratif fédéral (TAF), détenues par une autorité au sens de l'art. 5 al. 1 LTrans ;

---

<sup>231</sup> Cette casuistique est inspirée des publications suivantes, complétées d'une analyse d'arrêts récents : ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Jurisprudence actuelle en matière de protection des données*, in : ASTRID EPINEY / DANIEL NÜESCH, *La mise en œuvre des droits des particuliers dans le domaine de la protection des données*, Zurich-Bâle-Genève, 2015, p. 169 et BERTIL COTTIER, *La transparence au crible de la jurisprudence des tribunaux*, in : MARTIAL PASQUIER, *Le principe de transparence en Suisse et dans le monde*, Lausanne 2013, p. 49 et 54 et les références citées.

<sup>232</sup> À l'instar des Tribunaux cantonaux, respectivement du Préposé fédéral à la transparence et de ses homologues sur le plan cantonal.

<sup>233</sup> ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Jurisprudence actuelle en matière de protection des données*, in : ASTRID EPINEY / DANIEL NÜESCH, *La mise en œuvre des droits des particuliers dans le domaine de la protection des données*, Zurich, Bâle, Genève, 2015, p. 168.

<sup>234</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-3631/2009 du 15 septembre 2009.

<sup>235</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-4049/2009 du 3 mai 2010.

- communication par le Département fédéral de justice et police (DFJP) des contrats de travail de l'ancien secrétaire général du DFJP et de son suppléant, ainsi que des décisions relatives à son suppléant après leur renvoi par la nouvelle Cheffe du département<sup>236</sup> ;
- communication par l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) de la déclaration complète des conflits d'intérêts des membres de la Commission fédérale pour les vaccinations (CFV) et du groupe de travail « Vaccinations contre les papillomavirus humains » (HPV)<sup>237</sup> ;
- communication par le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) de l'interview en la forme finale de Mme la Conseillère fédérale Micheline Calmy-Rey dans l'exercice de ses fonctions (Cheffe du DFAE) paru dans le Tages-Anzeiger et des emails échangés entre le Tages-Anzeiger et le DFAE dans le cadre de l'interview susmentionné<sup>238</sup> ;
- communication par l'Office fédéral de l'Énergie (OFEN) des informations relatives à l'examen des étiquettes-énergie des appareils électroménagers mené par Electrosuisse et l'Inspection fédérale des installations à courant fort (ESTI)<sup>239</sup> ;
- obligation de motiver suffisamment les refus de communiquer des documents relatifs à la demande d'autorisation de mise sur le marché des médicaments (existence de secrets d'affaire ou de données personnelles)<sup>240</sup> ;
- communication des rapports établis par les membres d'un jury de thèse de doctorat à l'EPFZ<sup>241</sup> ;
- communication d'un jugement de la Commission de recours en matière d'asile archivé et droit de connaître la composition de l'autorité qui a statué<sup>242</sup> ;

---

<sup>236</sup> Arrêt non-publié du Tribunal administratif fédéral A-2165/2009 du 19 octobre 2009, annulé par l'ATF 136 II 399 et ensuite arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-3609/2010 du 17 février 2011.

<sup>237</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-3192/2010 du 17 juin 2011.

<sup>238</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-1156/2011 du 22 décembre 2011.

Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-1200/2012 du 27 novembre 2012.

<sup>240</sup> Arrêts non publiés du Tribunal fédéral 1C\_501/2013, 1C\_502/2013, 1C\_503/2013 tous du 12 février 2014 ; arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-4307/2010 du 28 février 2013.

<sup>241</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-5176/2012 du 28 février 2013.

<sup>242</sup> ATF 139 I 129.

- communication des documents relatifs à la modification de l'extension du champ d'application de la convention collective romande du second œuvre, en particulier ceux destinés à prouver les quorums existants<sup>243</sup> ;
- communication par le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) des comptes 2010 des commissions paritaires<sup>244</sup> ;
- communication sans condition des noms et prénoms des surveillants des zones naturelles protégées, mais non de leur domicile<sup>245</sup> ;
- communication d'un contrat sur l'utilisation de l'aérodrome de Buochs<sup>246</sup> ;
- communication par le Département fédéral des finances (DFF) du rapport relatif à la répartition des tâches dans le domaine de l'entraide administrative internationale en matière fiscale et des conventions contre la double imposition<sup>247</sup> ;
- communication partielle du procès-verbal d'une séance du Conseil de l'hôpital universitaire de Zurich, ainsi que des membres qui étaient présents<sup>248</sup> ;
- communication par la SUVA des noms et adresses des agences de location de services assurées en classe 70C auprès d'elle selon l'art. 66 LAA et des agences de location de services qui présentent, en ce qui concerne les employés loués, un total salarial d'au moins CHF 1 200 000.- par année<sup>249</sup> ;
- communication par le Service de Renseignement (SRC) des rapports de planification et d'activité de l'Office fédéral FedPol datant de 2007/ 2008 et des rapports et statistiques depuis la fusion des Services de renseignement internes et externes, lesquels

---

<sup>243</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-5489/2012 du 8 octobre 2013.

<sup>244</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-2434/2013 du 9 décembre 2013.

<sup>245</sup> Arrêt non publié du Tribunal fédéral 1C\_664/2012 du 15 janvier 2014.

<sup>246</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-2186/2013 du 14 février 2014.

<sup>247</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-4500/2013 du 27 février 2014; DENIS MASMEJAN, Rapport confidentiel du Département fédéral des finances : victoire du « Temps », 3 mars 2014, article accessible ici : <https://www.letemps.ch/suisse/2014/03/03/rapport-confidentiel-departement-federal-finances-victoire-temps>

<sup>248</sup> Arrêt non publié du Tribunal fédéral 1C\_780/2013 du 4 mars 2014.

<sup>249</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-5111/2013 du 6 août 2014.

informent en substance du nombre de partenaires de service, des notifications entrantes et sortantes, des mandats décernés et du nombre de collaborateurs par canton et de la Confédération<sup>250</sup> ;

- non-communication par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) de la liste des médecins actifs au sein du service médical régional (SMR) dès lors que cette liste n'existe pas et qu'elle ne peut être produite<sup>251</sup> ;
- communication par l'Administration fédérale des contributions (AFC) du nombre d'arrêtés fédéraux en matière de fiscalité, qui indique le nombre d'arrêtés pour chaque État<sup>252</sup> ;
- communication par le Service de la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (SCPT) d'une liste de tous les logiciels dont le SCPT a besoin pour exercer ses fonctions<sup>253</sup> ;
- communication par l'Office fédéral du personnel (OFPER) de la liste de tous les employés de la Confédération mentionnés avec des activités accessoires annoncées et autorisées dans le système électronique d'information concernant le personnel de l'administration fédérale (BV Plus)<sup>254</sup> ;
- communication par armasuisse du rapport d'enquête du Laboratoire fédéral d'essai des matériaux de recherche (LFEM) sous réserve du paiement d'un émolument dont le montant maximal a été fixé à CHF 8'500.- par le TAF<sup>255</sup> ;
- communication par le Département fédéral de la défense de la protection de la population et des sports (DDPS) de l'Agenda Outlook du Chef de l'armement Ulrich Appenzeller<sup>256</sup> ;
- communication partielle par le Fonds national suisse de la recherche scientifique (FNS) de documents relatifs au Programme national de recherche 67 « Fin de vie » (PNR 67)<sup>257</sup> ;

---

<sup>250</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-1177/2014 du 2 février 2015.

<sup>251</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-1757/2014 du 31 mars 2015.

<sup>252</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-1784/2014 du 30 avril 2015.

<sup>253</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-700/2015 du 26 mai 2015.

<sup>254</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-6738/2014 du 23 septembre 2015.

<sup>255</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-2589/2015 du 4 novembre 2015.

<sup>256</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-7405/2014 du 23 novembre 2015.

<sup>257</sup> Arrêt non publié du Tribunal fédéral 1C\_74/2015 du 2 décembre 2015.

- communication par Swissmedic de la décision d'admission du médicament Folutyn et les documents d'admissions y afférents, moyennant audition préalable des experts dont le nom apparaît dans les décisions<sup>258</sup> ;
- communication par l'Administration fédérale des contributions (AFC) de la liste du nombre des demandes d'entraide administrative dans le domaine fiscal classées selon les différents États desquels émanent les demandes<sup>259</sup> ;
- non-communication par le Contrôle suisse du commerce des vins (CSCV) du rapport du Chimiste cantonal<sup>260</sup> ;
- communication par l'Office fédéral des transports (OFT) de données relatives aux entreprises qui fournissent des transports d'un million de kilomètres par année au moins<sup>261</sup> ;
- non-communication par le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) des listes/statistiques relatives à l'Ordonnance instituant des mesures visant à empêcher le contournement de sanctions internationales en lien avec la situation en Ukraine et au vu de l'art. 2 de la loi fédérale sur l'application des sanctions internationales du 22 mars 2002 (Loi sur les embargos, LEmb)<sup>262</sup>.

## 11. Conclusions prospectives

Le secret est l'apanage du pouvoir arbitraire<sup>263</sup>.

Au terme de cette pérégrination intellectuelle, le lecteur aura constaté que le champ de la transparence est beaucoup plus étendu que ce qu'il n'y paraît *prima facie*.

Le renversement de paradigme concerne une large palette d'activités et, dans ce contexte, il existe un risque intrinsèque, lié aux concepts

---

<sup>258</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-3220/2015 du 22 février 2016.

<sup>259</sup> Arrêt non publié du Tribunal fédéral 1C\_296/2015 du 18 mai 2016.

<sup>260</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-971/2015 du 16 juin 2016.

<sup>261</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-4571/2015 du 10 août 2016.

<sup>262</sup> Arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral A-746/2016 du 25 août 2016.

<sup>263</sup> Citation du philosophe et sociologue allemand JÜRGEN HABERMAS, *L'Espace public, Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Éditions Payot, Paris, 1993.

très généraux<sup>264</sup> figurant dans la LIPDA, d'interprétation disruptive, visant à occulter des documents embarrassants. Une révision permettrait de préciser certaines notions et de corriger les erreurs de jeunesse d'un texte édicté dans un contexte très différent de celui prévalant actuellement.

À cela s'ajoute l'écueil du temps : si une autorité fait la sourde oreille à une requête légitime d'accès à un document officiel, la première décision rendue par le Conseil d'État le sera après de longs mois<sup>265</sup> et en cas de recours, il faudra compter avec quatre à six mois supplémentaires pour l'obtention d'une décision de la Cour de droit public du Tribunal cantonal<sup>266</sup>, sans même prendre en considération le temps nécessaire pour que le Tribunal fédéral ne se prononce<sup>267</sup>. Cela n'est tout simplement pas acceptable, à l'aune du fait que l'information se périmé : quel intérêt y a-t-il en termes de contrôle démocratique à pouvoir accéder à un document officiel qui démontre des dysfonctionnements deux ans après que le sujet ne soit l'objet d'un traitement par une autorité ? Sans compter les développements qui sont intervenus dans l'intervalle.

De surcroît, la plupart des procédures deviennent sans objet, dans les cas où l'autorité diffère, stratégiquement, la publication de certaines informations ou la possibilité d'y accéder<sup>268</sup>. Le temps que le Conseil d'État ou le Tribunal cantonal tranche le litige, la publication aura, opportunément, eu lieu.

En réalité, la LIPDA n'atteint pas les objectifs fixés, soit notamment celui visant à permettre un contrôle démocratique simple, rapide et opérant ainsi qu'à réduire à une parcimonie les errances. La prophylaxie s'avère peu efficace.

---

<sup>264</sup> Et qui sont donc sujets à des interprétations abusives.

<sup>265</sup> Singulièrement dans un domaine où la célérité est essentielle, le Conseil d'État mit plus de 11 mois à trancher, ainsi que cela ressort de l'arrêt rendu sur recours par la Cour de droit public du Tribunal cantonal disponible à cette adresse : <https://apps.vs.ch/download/Tribunal%20cantonal/TCVS-20140207-A1-13-333-20140408-A82.pdf>; le Tribunal cantonal rendit son arrêt un peu plus de quatre mois après le dépôt du recours.

<sup>266</sup> Dans l'affaire précitée, le Tribunal cantonal rendit son arrêt relativement rapidement à l'aune des délais moyens, soit en quatre mois.

<sup>267</sup> Il ne semble pas que les Tribunaux fédéraux priorisent les dossiers en matière de transparence, à la lecture des arrêts précités et du temps nécessaire à leur traitement.

<sup>268</sup> En application de l'article 16 LIPDA.

La LIPDA doit être modifiée et imposer (comme elle le fait au Préposé avec un délai de 10 jours pour rendre sa recommandation<sup>269</sup>) des délais très brefs aux autorités de recours sur le plan cantonal : ainsi le Conseil d'État devrait-il se voir légalement octroyer un délai impératif de 30 jours<sup>270</sup> pour trancher et la Cour de droit public de deux mois. C'est précisément les délais maximums évoqués par la Convention d'Aarhus. À défaut, les normes en matière de transparence ne sont qu'un tigre de papier.

Force est de constater, après vingt-quatre mois d'activité, que la tentative de miner la publicité et de contenir les velléités de transparence s'est matérialisée à répétitions reprises avec comme paroxysme la nécessité de recourir à des mesures provisionnelles à l'encontre d'une collectivité publique qui n'entendait manifestement pas se soumettre à la loi. Cette récalcitance, notamment liée à l'assurance de ne pas voir le litige être tranché à brève échéance, ne saurait perdurer sous peine de vider la LIPDA de toute substance. Il paraît dès lors indiqué d'agir sur plusieurs axes :

- sensibilisation des autorités à leurs devoirs ;
- formation des collaborateurs et désignation de répondants LIPDA au sein des collectivités les plus importantes ;
- diffusion de guides à l'intention des autorités, guides établis d'entente avec l'ensemble des parties intéressées ;
- publications d'ouvrages dans les matières les plus ardues (notamment à l'intention des communes) ;
- inclusion du Préposé et de la Commission dans les travaux législatifs ;
- échanges de vues réguliers avec le Conseil d'État, les représentants des communes, les citoyens, etc. ;
- professionnalisation de la fonction.

---

<sup>269</sup>Cf. art. 53 LIPDA.

<sup>270</sup>Ce qui signifie qu'il ne s'agit pas d'un délai d'ordre, mais d'un délai qui en cas de non-respect ouvre plus rapidement la voie à un recours pour déni de justice au sens de l'article 29 Cst.

La plupart de ces démarches ont été initiées et sont en cours de réalisation. Elles visent à concrétiser les garanties formelles de la LIPDA et à améliorer le niveau général d'appréhension de la matière. Il convient que chacun prenne conscience que si des exceptions existent certes, elles ne peuvent constituer un oreiller de paresse visant à éluder ou à différer l'accès à des documents officiels. À défaut, lors de contrôles ultérieurs du niveau de transparence du Canton du Valais, il est fort possible qu'en sus de la quasi-absence de jurisprudence, soit mise en exergue une interprétation des plus contestables des garanties octroyées aux citoyens. Même si, pour l'heure, ces garanties de droit supérieur ne sont octroyées qu'en matière environnementale, il est certain que la transparence va étendre son emprise sur l'ensemble de la société. Il deviendra ainsi périlleux de s'y opposer, car cette attitude socialement antinomique aura pour corollaire immédiat la suspicion et le doute, soit constituera la démonstration d'une présomption d'exercice arbitraire du pouvoir.