

## L'apport du droit comparé dans la procédure législative: l'exemple de la loi fédérale sur la transparence (LTrans)

**Bertil Cottier** | Cette contribution décrit de manière concrète la méthode adoptée pour tirer le meilleur profit du droit comparé dans l'élaboration d'une loi fédérale. L'apport du droit comparé à l'élaboration de la LTrans a été particulièrement important et exemplaire à trois égards: la nouveauté du sujet en droit suisse, le fait que toute la palette des instruments de connaissance du droit étranger ait été mise en œuvre, et enfin le recours à des modèles de pays autres que les Etats voisins: ceux des pays nordiques et des pays anglo-saxons.

### 1 Introduction

Dans la contribution précédente, le professeur Pierre Widmer a présenté de façon générale les bienfaits que le législateur peut escompter du droit comparé. Le présent article entend passer du général au particulier, en abordant un cas concret: celui de l'influence des modèles de droit étranger sur la conception de la loi fédérale sur la transparence (ci-après LTrans). Le cas de cette loi en devenir – son sort est actuellement entre les mains du Parlement fédéral – est en effet exemplaire à trois égards.

Premièrement, le droit d'accès aux documents administratifs, qui est l'attribut premier de la transparence, était un «novum» en droit suisse. Tout étant à créer, le législateur ne pouvait que tourner son regard au-delà des frontières pour acquérir les connaissances nécessaires à sa tâche; un examen approfondi des législations étrangères en la matière était d'autant plus indispensable qu'il s'agissait non seulement de faire du neuf, mais encore de renverser le paradigme du secret, jusqu'alors solidement ancré dans la tradition administrative de notre pays.<sup>1</sup> Certes, entretemps, quelques cantons avaient déjà institué la transparence administrative. Mais, la plupart d'entre eux – que ce soit Genève, Soleure, Jura ou Vaud – n'avaient introduit un droit d'accès aux documents officiels que trop récemment pour que l'on puisse en tirer des leçons. Seul faisait exception le canton de Berne, qui consacre un droit d'accès aux documents administratifs depuis 1996.<sup>2</sup> Inutile de dire que dans le cadre des travaux préparatoires à la LTrans, l'expérience bernoise a été largement prise en compte: et ce, du début à la fin, puisque le chancelier du canton de Berne a non seulement participé au groupe de travail qui a élaboré l'avant-projet en la matière mais encore a été auditionné, quatre ans plus tard, par la commission du Conseil des Etats chargée d'examiner le projet de LTrans.

Deuxième raison qui milite en faveur d'un examen de la LTrans: «l'investissement» en droit comparé a été particulièrement remarquable, sinon exceptionnel. En effet, toute la palette des instruments de connaissance du droit étranger à la disposition du législateur a été mise en œuvre:

- fourniture d'une documentation comparative sur la transparence, notamment les lois pertinentes des principaux pays étrangers ainsi qu'une sélection des articles de doctrine;
- rédaction d'études spécifiques sur les solutions étrangères à certaines exigences controversées du droit d'accès;
- participation active et directe d'un membre de l'Institut suisse de droit comparé à l'ensemble des séances de la commission qui a élaboré l'avant-projet de la LTrans;<sup>3</sup>
- audition d'experts étrangers.

Troisième et dernière raison de se pencher sur le cas de la LTrans: dans le cadre des travaux préparatoires, le législateur s'est vu confronté à des modèles étrangers provenant de pays autres que les Etats d'où il puise d'ordinaire son inspiration, c'est-à-dire ceux qui nous entourent. En effet, les pays qui ont déjà consacré la transparence administrative se recrutent au sein de deux groupes plus éloignés: celui des pays anglo-saxons et celui des pays nordiques. Autant dire que dans le premier cas, le législateur a eu affaire à une culture juridique particulière, à savoir celle des pays de *common law*; dans le second cas, à des textes législatifs et jurisprudentiels rédigés dans des langues moins courantes que le français, l'allemand, l'italien ou l'anglais.

Avant d'examiner plus en détail ces différentes difficultés, et surtout avant d'examiner concrètement les solutions étrangères qui ont inspiré le législateur (ou qu'il a délibérément ignorées), quelques considérations sur la loi fédérale sur la transparence s'imposent.

## **2 Le projet de loi fédérale sur la transparence en bref**

Le projet de LTrans déposé par le Conseil fédéral le 12 février 2003<sup>4</sup> est l'aboutissement de travaux préparatoires qui se sont étalés sur une période de quelque cinq ans. La longueur de la procédure s'explique autant par le fait que la matière, comme l'on vient de le voir, est nouvelle que par les controverses que suscitent chez nous le droit d'accès aux documents administratifs. Ainsi, le Conseil fédéral a toujours été très divisé sur l'opportunité de renverser le paradigme du secret. D'ailleurs ce n'est pas lui qui est l'origine de la LTrans, mais le Parlement. Rien n'aurait en effet été entrepris si trois

motions parlementaires, votées en 1998,<sup>5</sup> n'avaient exigé du Conseil fédéral qu'il élabore un projet en la matière. Autant dire qu'il s'est fait forcer la main...

Ceci explique peut-être pourquoi la rédaction d'un avant-projet de loi sur la transparence ne fut pas confiée à une commission d'experts extérieure à l'administration, mais à un groupe de travail (ci-après le groupe de travail), composé de représentants des divers départements et de la Chancellerie fédérale, placés sous la houlette de l'Office fédéral de la justice. Trois spécialistes externes furent toutefois associés aux travaux: le professeur K. Nuspliger, chancelier du canton de Berne, et, partant, responsable de la mise en œuvre de la transparence dans ce canton, le professeur D. Barrelet, journaliste et enseignant du droit de la communication, ainsi que le soussigné. L'avant-projet élaboré par le groupe de travail consacrait à tout un chacun un droit d'accès aux documents administratifs; et ce, dans le double but de renforcer la confiance du citoyen dans ses autorités et de démocratiser le processus administratif. Ce droit n'était pas absolu, mais soumis à de nombreuses exceptions destinées à protéger des intérêts publics ou privés prépondérants. Il n'y a pas lieu de donner plus de détails sur la teneur de ce texte; on reviendra sur certains éléments de cet avant-projet lorsqu'il s'agira d'analyser concrètement les apports du droit comparé en la matière.

On relèvera toutefois que l'avant-projet fut mis en consultation en l'an 2000 et reçut un accueil globalement favorable.<sup>6</sup> Néanmoins, le Conseil fédéral décida de différer la rédaction d'un projet définitif, le temps de réunir des estimations fiables sur les coûts présumés de la transparence et d'obtenir des éclaircissements sur diverses pierres d'achoppement, telles les relations entre la transparence et le droit d'auteur, ou encore le conflit entre la protection des données et le droit d'accès. Cela dit, deux ans et moult tergiversations plus tard, le projet était soumis aux Chambres fédérales. A l'heure de mettre la présente contribution sous presse, la Commission du Conseil des Etats vient de donner son feu vert à l'entrée en matière, mais «du bout des lèvres» ainsi que le précise son communiqué du 20 mai 2003. Reste qu'il est douteux que le Parlement remette fondamentalement en question les choix du Conseil fédéral; si des modifications seront apportées au projet, il ne devrait s'agir que de retouches affectant le champ d'application de la transparence, l'étendue des exceptions au droit d'accès et la procédure de consultation.

### 3 Les modèles pertinents

#### 3.1 L'identification des modèles pertinents

La première démarche du comparatiste impliqué dans un travail législatif consiste à identifier les modèles pertinents. Pour des raisons d'efficacité et de commodité, la recherche se limite en règle générale aux pays de proximité soit géographique (les pays qui nous entourent) soit linguistique (les pays où l'on parle une langue étrangère courante, i.e. outre nos langues officielles, l'anglais ou l'espagnol). On sait déjà que s'agissant de la transparence administrative, le critère de proximité s'avère par trop limitatif. D'abord parce que l'apport de l'Allemagne, modèle d'ordinaire incontournable pour le législateur suisse, fut quasiment inexistant; ce pays s'avère en effet peu enclin à la transparence: le gouvernement allemand, qui avait mis en consultation fin 2000 un projet de loi fédérale en la matière, a finalement renoncé à aller de l'avant, prétextant des tâches plus importantes; quant aux trois Länder qui ont consacré la transparence administrative (le Brandebourg,<sup>7</sup> le Land de Berlin<sup>8</sup> et le Schleswig-Holstein<sup>9</sup>), les législations pertinentes n'ont pas pu être prises en compte, car elles sont entrées en vigueur alors que le groupe de travail avait pratiquement terminé son rapport. Le cas de l'Autriche est différent; ce pays ne connaît qu'une transparence imparfaite: tout un chacun a certes un droit à être renseigné sur les affaires administratives, mais aucun droit à consulter des documents officiels n'est accordé.<sup>10</sup> Quant à l'Italie, autre pays voisin et donc prédestiné à l'examen du comparatiste, elle possède bien une loi sur la transparence administrative, mais le requérant doit justifier d'un intérêt légitime pour être admis à consulter des documents officiels;<sup>11</sup> autant dire que l'administration dispose là d'un argument rêvé pour filtrer les demandes d'accès qui porteraient sur des documents gênants. Ne restait donc parmi les pays proches que la France, laquelle a institué en 1976 un plein droit d'accès.<sup>12</sup> Malgré de nombreuses restrictions, ce droit est inconditionnel; en outre, le cercle des autorités soumises à la transparence a été défini largement, les modalités d'accès ont été précisées et un organe de surveillance *ad hoc* – la Commission d'accès aux documents administratifs – a été mis en place. Bref, le législateur a pris toutes les mesures nécessaires pour donner au citoyen un droit de regard effectif. Partant, l'examen du modèle français s'imposait.

Mais le législateur ne pouvait s'appuyer sur un seul exemple: d'autres modèles devaient être repérés pour élargir le champ de vision. Deux sortirent d'emblée du lot: la Suède et les Etats-Unis qui font figure de pionniers en la matière. Ce sont non seulement les premiers pays à avoir institué la transparence (la Suède en 1776 déjà;<sup>13</sup> les Etats-Unis en 1966<sup>14</sup>), mais encore

ceux qui accordent le droit de regard le plus étendu (si tant est que la portée d'un droit soit mesurable...). L'identification des autres pays qui ont consacré la transparence administrative fut facilitée par le fait que l'organisation *Privacy International* tient un répertoire, régulièrement mis à jour, des principales législations sur le droit d'accès du globe.<sup>15</sup> Aujourd'hui cet inventaire recense une cinquantaine de lois nationales. Toutes ne sauraient servir de modèles, loin de là; se sont en particulier révélés sans intérêt les textes qui instituent un si grand nombre d'exceptions qu'en pratique le secret domine toujours ou ceux qui sont lacunaires ou incomplets, telle la législation hongroise qui ne compte que deux articles,<sup>16</sup> ou encore ceux qui, quoique généreux sur le papier, sont restés lettre morte.<sup>17</sup> A y regarder de plus près, seule une dizaine de lois – provenant de Finlande,<sup>18</sup> du Danemark,<sup>19</sup> de la Norvège,<sup>20</sup> de l'Islande,<sup>21</sup> de l'Australie,<sup>22</sup> de la Nouvelle-Zélande,<sup>23</sup> du Canada<sup>24</sup> et de l'Irlande, ainsi que de la Hollande<sup>25</sup> et de la Belgique<sup>26</sup> – ont été retenues, car elles instituent un véritable droit d'accès, efficace et déductible en justice.

Enfin, il y a lieu de signaler que la législation de l'Union européenne – qui n'impose la transparence qu'aux organes de l'UE, et non aux pays membres – ne fut prise en compte que très tardivement: le texte pertinent – le Règlement (CE) 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission – n'entra en vigueur qu'en cours d'élaboration du message du Conseil fédéral.

### 3.2 L'utilisation des modèles

Le groupe de travail bénéficia dès le début d'un dossier de références contenant les législations des pays sélectionnés. Par législation, on entend la loi pertinente et les réglementations de mise en œuvre là où elles existent; on songe notamment à la loi sur le secret suédoise, véritable inventaire des exceptions à la transparence.<sup>27</sup> Quelques extraits d'ouvrages et des articles de doctrine de nature comparative furent également remis aux membres du groupe de travail.<sup>28</sup> Cela dit, on soulignera d'emblée que tout au long des travaux six modèles furent systématiquement utilisés comme référence: la Suède et les Etats-Unis, la France, la Belgique, le Canada (fédéral) et la province du Québec; à l'exception du dernier, ils sont d'ailleurs passés en revue dans le rapport explicatif du groupe de travail comme dans le message du Conseil fédéral.<sup>29</sup> Les autres pays mentionnés ont cependant occasionnellement servi de point de comparaison dans le cadre d'analyses de problèmes particuliers, notamment la Finlande (la nouvelle loi de 1999 contient d'intéressantes dispositions sur le conflit entre la protection des données et

la transparence de même que sur les modalités d'accès aux documents sous forme électronique), le Danemark et la Norvège (accès aux documents internes), l'Irlande (accès aux audits des autorités administratives).

On relèvera que les textes nécessaires ont été fournis par l'Institut suisse de droit comparé, soit directement sous la forme de copie papier soit indirectement sous forme de liens vers les sites Internet qui hébergent ces textes. Le lien a l'avantage, si le site est régulièrement maintenu – comme le sont aujourd'hui presque tous les sites officiels des Etats ou de grandes universités –, d'être un instrument dynamique; pointant en général sur des versions consolidées, il suit l'évolution du texte législatif et prend en compte ses modifications au fur et à mesure de leurs adoptions. Ainsi, lorsque, comme en l'espèce, les travaux préparatoires se prolongent, il n'est pas nécessaire de reprendre contact périodiquement avec l'ISDC pour s'assurer de l'actualité des textes dont on dispose.

Le secrétariat du groupe de travail ayant procédé lui-même à un examen préliminaire approfondi des textes rédigés dans une langue courante, le représentant de l'ISDC se chargea avant tout de recueillir des informations sur les pays dont la législation est rédigée dans une langue «plus exotique»; en outre, s'agissant cette fois de l'ensemble des pays pertinents, il fournit des renseignements sur la mise en œuvre de la transparence. Par le biais de la bibliothèque de l'ISDC, il lui était en effet possible d'accéder aux ouvrages originaux sur la publicité des documents administratifs ainsi qu'à la jurisprudence topique. Partant, les travaux préparatoires ont été enrichis d'une foule d'informations prolongeant les textes législatifs bruts, au moyen de notes comparatives sectorielles (par exemple sur le statut des documents internes ou sur le conflit entre le droit auteur et le droit d'accès).<sup>30</sup>

### 3.3 Les obstacles à surmonter

#### 3.3.1 Langues «exotiques»

On a déjà relevé que l'élaboration de la LTrans a confronté le législateur à des textes rédigés dans des langues rarement parlées en dehors de leur bassin d'origine, comme le sont les idiomes scandinaves. Cet obstacle a pu en partie être surmonté d'abord par le fait que le soussigné parle couramment le suédois (et par ce biais, bénéficie d'une connaissance passive du danois et du norvégien).<sup>31</sup> Ensuite et surtout, par le fait que le groupe de travail a pu recourir à des traductions en anglais des législations des pays nordiques. Des traductions souvent d'excellente qualité; ayant à cœur de promouvoir leur ordre juridique à l'étranger, les gouvernements de ces pays font traduire leurs principaux textes législatifs en anglais, plus rarement en allemand,

encore plus rarement en français. Il n'est toutefois pas facile de repérer ces versions anglaises; pour faciliter la tâche des chercheurs, la Suède tient un répertoire des traductions qui ont été faites officiellement ou officieusement (par une chambre de commerce par exemple).<sup>32</sup> Le Danemark et la Norvège font mieux: des sites Internet gérés par les bibliothèques des facultés de droit des universités de Copenhague et d'Oslo publient les traductions existantes.<sup>33</sup> Pour la Finlande et l'Islande, pareils instruments n'existent pas: il faut alors faire preuve de patience et... de chance: à l'aide du moteur de recherches généraliste Google, une traduction anglaise de la loi finlandaise fut finalement trouvée dans les arrière-pages du site du Ministère de la justice, et celle de la loi islandaise... un peu par hasard sur le site du centre de calcul de l'Université de Francfort.<sup>34</sup> A défaut, les deux normes suivantes, pourtant fondamentales en matière de transparence administrative, seraient restées hermétiques:

*Stjórnvöldum er skylt, sé þess óskað, að veita almenningi aðgang að gögnum sem varða tiltekið mál með þeim takmörkunum sem greinir í 4.–6. gr.*<sup>35</sup>

*Viranomaisten asiakirjat ovat julkisia, jollei tässä tai muussa laissa erikseen toisin säädetä.*<sup>36</sup>

On soulignera toutefois que les traductions, aussi bonnes soient-elles, doivent être utilisées avec doigté: plus elles sont anciennes, plus elles risquent d'être dépassées. En effet, il est rare que les traducteurs opèrent dans le sillage du législateur: les modifications apportées aux textes officiels ne sont généralement pas automatiquement reportées, les versions en langues étrangères n'étant mises à jour qu'à intervalles relativement longs. Encore faut-il qu'il y ait mise à jour: dans le cas de la loi suédoise sur le secret, la seule traduction en anglais de ce texte remonte à 1986; elle est l'œuvre du Ministère de la justice, lequel n'a pas procédé à une seule adaptation depuis lors. Quand on sait que la Suède est un pays à la dynamique législative très élevée – ainsi, en 2002, la loi sur le secret a connu plus de quinze modifications –, on peut douter de l'utilité de cette version anglaise.

La seconde réserve est d'ordre qualitatif: se limiter aux traductions, c'est restreindre sa vision à l'aperçu de la réalité offert par les textes juridiques bruts. La jurisprudence ou les travaux préparatoires n'existant qu'en langue originale, l'esprit des lois comme leur portée réelle échappent à celui qui doit se contenter de traductions. Cela dit, il faut relever qu'en Suède les rapports des commissions d'experts chargées de préparer les projets de lois contiennent très souvent un résumé en anglais (ce fut le cas de deux importantes études sur l'avenir de la transparence, l'une sur les implications des nou-

velles technologies sur le droit d'accès<sup>37</sup> et l'autre sur l'enregistrement et l'archivage des documents officiels;<sup>38</sup> il en va de même du rapport annuel de l'ombudsman dont la jurisprudence est décisive en matière de transparence administrative.<sup>39</sup> Bien qu'il ne s'agisse que de condensés d'une vingtaine de pages au plus, ces textes permettent d'obtenir de précieuses informations sur les tenants et aboutissants d'une législation.

### 3.3.2 *Un terrain miné*

Rédigés en anglais, les textes des pays anglo-saxons devraient être immédiatement intelligibles. C'est méconnaître une double difficulté: les pays dits de *common law* ont développé d'une part une technique législative déroutante et d'autre part une culture administrative particulière. Voyons tout d'abord le premier de ces obstacles.

Les textes législatifs anglo-saxons frappent au premier coup d'œil par leur très haute densité normative. Outre une articulation des articles souvent compliquée (combinaisons de chiffres romains et arabes ainsi que de lettres majuscules et minuscules), ces textes contiennent des normes tellement détaillées qu'ils en deviennent touffus; ce souci de la minutie résulte de la défiance du législateur pour les normes générales et abstraites, jugées dangereuses car susceptibles de laisser prise à l'interprétation par trop créatrice des tribunaux. Les normes sont dès lors rédigées de manière casuistique, ce qui conduit inévitablement à une surabondance de précisions et compléments. Un exemple parmi d'autres, là où la loi américaine sur l'accès à l'information dispose, s'agissant des conséquences d'un retard dans le traitement d'une requête de consultation:

*With respect to a request for which a written notice under clause (i) extends the time limits prescribed under clause (i) of subparagraph (A), the agency shall notify the person making the request if the request cannot be processed within the time limit specified in that clause and shall provide the person an opportunity to limit the scope of the request so that it may be processed within that time limit or an opportunity to arrange with the agency an alternative time frame for processing the request or a modified request(5 USC 552 6 (B)ii).*

nous nous contenterions de proclamer lapidairement que:

*Si le délai de réponse ne peut être respecté, le requérant en est avisé.*

En conséquence, les lois anglo-saxonnes sont une source d'inspiration difficile d'accès et dispendieuse en temps. En outre, elles ne sont pas «prêtes à l'emploi»; on ne peut importer les solutions souvent judicieuses qu'elles consacrent sans en réécrire totalement le libellé.

La deuxième difficulté tient au fait que les institutions administratives des pays anglo-saxons sont souvent très différentes, notamment en ce qui concerne l'organisation des services et la procédure. Cette remarque vaut tout particulièrement pour les Etats-Unis où l'administration n'est pas pyramidale mais polycentrique, c'est-à-dire fragmentée en de nombreuses unités indépendantes qui n'ont pas de comptes à rendre au gouvernement. Chacune d'elles a pris ses propres mesures d'implémentation de la loi sur l'accès aux documents administratifs, ce qui ne rend guère aisée une évaluation de l'importance de la transparence dans ce pays.<sup>40</sup>

### 3.4 L'accès à l'environnement législatif

Il ne suffit pas d'étudier les textes pertinents; il importe, pour bien comprendre une législation, de pouvoir mesurer son impact dans les faits. Pour ce faire, le groupe de travail a pu bénéficier, comme déjà mentionné à plusieurs reprises, d'un représentant de l'Institut suisse de droit comparé, à même d'accéder à l'ensemble des sources légales du pays concerné, et partant de se faire une idée des tenants et aboutissants de la législation examinée. Cela dit, le représentant de l'ISDC n'est pas sur le terrain et, quoiqu'il dispose souvent d'articles de doctrine de première main, bien des aspects de la réalité lui échappent.

Cette précieuse image de la réalité, seuls des d'experts provenant des pays concernés peuvent la transmettre. Pareil saut qualitatif est très profitable, même si l'opération peut s'avérer coûteuse (honoraires, frais de déplacement et de séjour). Nouveauté oblige, le groupe de travail n'hésita cependant pas à auditionner trois personnalités venant de France, de Suède et du Canada:

- M. Paul-André Comeau, président de la Commission d'accès à l'information du Québec;
- M. Yves Gaunin, rapporteur à la Commission d'accès aux documents administratifs (Paris);
- M. Peter Seipel, professeur d'informatique juridique, doyen de la Faculté de droit de l'Université de Stockholm.

La rencontre avec les experts fut soigneusement préparée. D'abord, elle n'eut lieu que lorsque les travaux étaient bien entamés et que tous les membres du groupe de travail avaient déjà acquis une bonne connaissance du dossier; le rôle des experts n'est en effet pas d'initier mais de préciser et de compléter. Ensuite, un questionnaire fut soumis à chacun d'eux. En substance, les

questions posées tournaient autour des principaux points controversés de l'avant-projet de loi:

- La loi doit-elle régler seulement l'information passive (ou également à l'instar du modèle bernois l'information active)?
- Les pouvoirs législatif et judiciaire échappent-ils à la transparence?
- Qu'en est-il de l'administration décentralisée?
- Quel est le statut des documents préparatoires?
- Les documents du gouvernement sont-ils aussi accessibles?
- Comment la procédure d'accès doit-elle être aménagée afin d'être à la fois simple et rapide?
- Faut-il prévoir un organe de contrôle *ad hoc*?

Outre ce questionnaire destiné à diriger la discussion vers l'essentiel, les experts se virent remettre l'ébauche de l'avant-projet de LTrans que le groupe de travail avait élaboré jusqu'alors. L'intention était de ne pas se contenter de recueillir leurs commentaires sur leur législation nationale, mais aussi de soumettre les options législatives du groupe de travail à leur regard exercé. En l'occurrence, leurs jugements – approuvateurs ou critiques – furent très bénéfiques; les trois personnalités disposaient en effet d'une vaste expérience: deux d'entre eux faisaient partie d'organes de contrôle spécialisés et le troisième avait participé à l'adaptation de la législation suédoise aux nouvelles technologies de communication.

Enfin, on ne manquera pas de signaler que les listes de discussions sur Internet sont également un excellent instrument d'information sur le «droit en action». S'agissant de la transparence, le forum EFIL (Comparative Freedom of Information),<sup>41</sup> qui regroupe des experts européens et nord-américains de la transparence administrative, permet de participer à des débats sur les grands problèmes de l'heure en la matière (notamment en ce qui concerne le droit d'accès aux documents administratifs au sein de l'Union européenne); il offre aussi la possibilité de poser des questions à la ronde en espérant que l'un ou l'autre des participants fournisse la réponse souhaitée. Ce qui fut le plus souvent le cas.

#### 4 L'influence concrète du droit comparé

On examinera dans cette section certaines dispositions de la LTrans qui ont été rédigées en s'inspirant des solutions étrangères, voire en les prenant directement pour modèle. Il importe de relever que l'influence peut s'exercer soit de manière positive – la norme étrangère sert de référence –, soit de manière négative – les solutions étrangères se sont avérées peu satisfaisan-

tes; il importe alors de ne pas répéter des erreurs. Ce dernier cas de figure est plus rare; on se bornera à rapporter l'exemple de la typologie des documents soumis à la transparence instituée par la loi française (art. premier, al. 2):

*Sont considérés comme documents administratifs, au sens du présent titre, tous dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives, avis, prévisions et décisions, qui émanent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics ou des organismes de droit public ou privé chargés de la gestion d'un service public.*

Réductrice et peu flexible, car le champ d'application matériel est lié à des formes précises de documents, cette technique malcommode n'a pas été suivie par la LTrans, laquelle institue une clause générale qualifiant de document officiel toute information «enregistrée sur quelque support que ce soit» (art. 5, al. 1, let. A).

#### 4.1 La structure de la LTrans

Une forte influence du droit comparé s'est exercée sur l'architecture de la LTrans et plus particulièrement sur les matières à régler. Comme le montrent à l'envi les modèles étrangers, il y a des sous-problématiques que toute loi sur la transparence se doit de résoudre; ces passages obligés, la LTrans ne pouvait non plus les contourner.

Ainsi elle ne pouvait se limiter à proclamer haut et fort que les citoyens peuvent désormais consulter les documents administratifs, elle se devait aussi de:

- délimiter le cercle des autorités soumises à la transparence;
- énumérer avec un certain degré de précision les motifs permettant de maintenir le secret;
- assurer la protection des documents internes; et
- définir une procédure ad hoc d'accès aux documents administratifs, procédure qui inclut une voie de recours.

Ces matières sont réglées en quelque 23 articles; une densité législative relativement élevée mais nécessaire, sans quoi le législateur laisse de fâcheux points d'interrogation, à l'instar des trop concises législations française et néerlandaise.<sup>42</sup>

#### 4.2 Le cercle des autorités soumises à la transparence

L'article 2 de la LTrans délimite le champ d'application de la loi en raison de la personne et trace le cercle des autorités soumises à la transparence:

1. *La présente loi s'applique:*
  - a. *à l'administration fédérale;*
  - b. *aux organismes et personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale, dans la mesure où ils rendent en première instance des décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA).*
2. *La loi n'est pas applicable:*
  - a. *à la Banque nationale suisse et à la Commission fédérale des banques;*
  - b. *aux assureurs au sens de l'art. 11 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (...);*
  - c. *aux caisses de compensation au sens des art. 53 à 62 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse (...).*
3. *Le Conseil fédéral peut exempter du champ d'application de la loi d'autres unités de l'administration fédérale ainsi que d'autres organismes et personnes extérieurs à l'administration fédérale, si (...).*

On constate d'emblée que ce cercle dépasse celui de l'administration au sens strict, puisque la lettre b de l'alinéa premier soumet à la transparence l'administration dite décentralisée. Ce faisant, le projet suisse s'inscrit dans la droite ligne des lois étrangères récentes qui, elles aussi, prévoient un champ d'application personnel allant au-delà des unités administratives classiques. Cette approche extensive est heureuse, car l'administration prend aujourd'hui toujours plus des allures polycentriques (multiplication des autorités indépendantes et des établissements publics autonomes); de même, la délégation de tâches publiques à des privés est toujours plus fréquente. Ne pas tenir compte de cette évolution aurait conduit à restreindre la transparence.

Du point de vue comparatif, l'originalité de la solution consacrée par la LTrans est de combiner deux techniques propres à délimiter le champ d'application personnel: celle dite abstraite qui consiste à poser des critères d'assujettissement, et celle dite concrète qui revient à établir une liste négative d'unités et d'établissements qui échappent à la transparence (ou une liste positive répertoriant les unités qui y sont soumises). La plupart des pays opèrent par le biais de la technique dite abstraite; quelques pays anglo-saxons ont adopté la technique concrète (Australie et Royaume-Uni notam-

ment). Aucun n'a à ce jour, comme la LTrans, eu recours aux deux techniques en même temps: norme générale (alinéa premier), liste négative (alinéas 2 et 3).

#### 4.3 La délimitation du secret

L'une des questions les plus délicates qui se pose à celui qui légifère sur la transparence n'est autre que la définition des motifs qui justifient un refus de consultation. A cet égard, deux approches sont envisageables. Quelques législations étrangères ont consacré des normes de secret très détaillées; ainsi la Suède en a édicté près d'une centaine afin de circonscrire au plus près les exceptions à la transparence et, partant, de laisser le moins de marge d'appréciation aux autorités administratives.<sup>43</sup> On jugera du degré de précision à la lecture de l'exemple suivant (art. 31 chapitre 7 de la loi sur le secret):

*Dans les procédures de délivrance ou de retrait d'un permis de conduire pour un véhicule automobile, les données relatives à l'état de santé du conducteur ou d'autres données de nature personnelle sont secrètes, s'il est à craindre que la divulgation de ces données causerait un dommage sérieux à la personne concernée ou à l'un de ses proches. Le secret ne couvre cependant pas la décision dans l'affaire (traduction de l'auteur).*

Cette minutie s'explique par la crainte du législateur suédois de voir l'administration tirer abusivement parti de normes trop vagues ou imprécises pour occulter des documents compromettants. Les législations finlandaise et américaine ont adopté la même technique, même si le souci de précision est moindre (une trentaine de normes de secret dans les deux cas).

Les autres pays délimitent le secret par le biais de clauses générales, telle la loi française qui consacre huit intérêts supérieurs au secret (art. 6 al.1):

- *Ne sont pas communicables les documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte:*
  - *au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif;*
  - *au secret de la défense nationale;*
  - *à la conduite de la politique extérieure de la France;*
  - *à la sûreté de l'Etat, à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes;*
  - *à la monnaie et au crédit public ;*
  - *au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente ;*

- à la recherche, par les services compétents, des infractions fiscales et douanières ;
- ou, de façon générale, aux secrets protégés par la loi.

La LTrans s'est ralliée à la technique des clauses générales.<sup>44</sup> Même si l'on regrettera la sécurité juridique apportée par la technique des normes de secret, on doit relever que cette solution ne convient qu'aux Etats qui ont une longue tradition de la publicité des documents administratifs: la précision vient avec le temps et la maîtrise de la problématique. Tous les pays qui ont adopté la transparence récemment ont opté pour des clauses générales.

Les clauses générales consacrées par la LTrans ressemblent grandement à celles de ces modèles, les intérêts au secret ne différant guère d'un pays à l'autre. Cela dit, le projet suisse innove – et déçoit – en instituant une nouvelle clause qui permet d'occulter un document s'«il entrave considérablement l'exécution de mesures concrètes d'une autorité conformément à son objectif» (art. 7, al.1, litt. b); la restriction, qui, à en croire le message du Conseil fédéral, ne viserait en définitive qu'à garantir l'efficacité des mesures de surveillance ou d'inspection, est formulée de façon très vague<sup>45</sup>; même si l'ajout du qualificatif «considérable» se veut un tempérament, la porte n'en demeure pas moins ouverte aux dissimulations abusives.

#### 4.4 La procédure d'accès

Tous les modèles étrangers ont mis sur pied une procédure d'accès anonyme et rapide: anonyme, car il n'appartient pas à l'administration d'enquêter sur les personnes qui s'intéressent à ses documents, ni sur leur motivation. Rapide, car le droit d'accès doit être satisfait dans les plus brefs délais; en particulier les journalistes, qui dans beaucoup de pays sont les principaux utilisateurs de la transparence, ont besoin de pouvoir consulter les documents souhaités sans retard. Ainsi les législateurs étrangers ont institué des délais de traitement des requêtes d'accès très courts: en général la demande doit être examinée sur le champ ou en tous cas dans les 15 – 20 jours qui suivent. La LTrans consacre elle aussi les principes d'anonymat et de célérité; toutefois, dans ce dernier cas, il faut relever que les délais sont, en comparaison, plus longs: jusqu'à 40 jours (art. 12 al. 1 et 2).

Les modèles étrangers partent en outre tous du principe que l'accès est gratuit; en effet, l'étendue du droit de regard ne doit pas être conditionnée par des considérations financières. La LTrans fait ici cavalier seul: l'accès sera onéreux (sauf quelques exceptions, art. 17 al. 2). Les difficultés financières que connaissent présentement la Confédération expliquent certainement

cette regrettable première mondiale (qui a été introduite par le Conseil fédéral; le projet du groupe de travail s'était rallié aux modèles étrangers et avait préconisé la gratuité de principe). La question des coûts de la transparence a d'ailleurs fait l'objet d'une étude prospective spécifique; pour estimer les frais imputables au droit d'accès, l'expert s'est penché sur le modèle canadien (Spinatsch, 2001).

## 5 A l'heure du bilan

On s'en doute, l'apport du droit comparé à la LTrans ne peut pas être quantifié; l'influence est quelque chose de subtil qui dépend en partie de facteurs irrationnels, donc qui n'est guère mesurable. N'entrent en effet pas seulement en considération la qualité et l'efficacité intrinsèques des normes susceptibles d'être importées, mais aussi le degré de réceptivité de l'importateur ainsi que des spéculations sur la réussite de la greffe. Pas question donc de conclure en constatant que, par exemple, 55 % des dispositions de LTrans sont d'origine étrangère. Non, tout ce qui peut être dit, c'est que la LTrans doit beaucoup aux modèles étrangers. On l'a vu, sa structure, ses champs d'application personnel et matériel, ses exceptions ainsi que la procédure d'accès ont été définis en ayant les expériences étrangères en point de mire. Mais pas seulement: il ne faut pas perdre de vue le rôle bénéfique de la loi bernoise. Un rôle avant tout d'ordre psychologique; par le seul fait de son existence – paisible et non controversée – la loi bernoise a permis de rassurer nombre de sceptiques: l'introduction du principe de la transparence est possible en Suisse; mieux, elle n'a pas engendré la paralysie de l'administration.

Reste que si la LTrans s'inspire volontiers du droit étranger, elle s'inscrit souvent en retrait par rapport à lui. Cette réserve, qui se manifeste par de nombreuses cautèles, trahit une volonté de ne pas adhérer pleinement à la transparence et s'explique certainement par le caractère controversé de cette matière dans un pays, qui comme le nôtre, cultive la confidentialité. Si finalement d'aucuns sont d'accord de renverser le paradigme du secret, cela doit se faire en douceur. On comprend alors le refus sec et sonnante qu'ont essuyé certaines approches étrangères novatrices. Tel fut le sort de la loi québécoise, qui réunit avec succès dans un même texte droit d'accès et protection des données, au motif qu'en définitive les deux matières traitent du statut des documents détenus par l'administration.<sup>47</sup> Pas question non plus de tirer parti d'Internet pour faciliter l'accès à distance aux documents: ainsi n'a pas été retenue l'obligation faite aux services administratifs américains de numériser leurs documents afin de les rendre consultables en ligne.<sup>48</sup>

Echec aussi pour la révolutionnaire jurisprudence du Tribunal administratif suprême suédois<sup>49</sup> qui a donné accès aux répertoires des emails des fonctionnaires et aux témoins de connexions (*cookies*) engendrés par leur trafic sur Internet, au nom de la lutte contre le «surfing» abusif sur la place de travail; le Conseil fédéral, quant à lui, a décidé que ces informations sont de nature technique (donc inconsultables), car elles «n'ont en effet pas de lien matériel avec l'accomplissement d'une tâche publique mais uniquement un rapport purement formel».<sup>50</sup>

On ne saurait mettre le point final à cette contribution sans faire un double constat. Premièrement, l'apport du droit comparé dans les travaux législatifs ne dépend pas seulement de l'étendue et de la précocité de l'examen entrepris, mais est aussi affaire de curiosité. Il importe en effet d'avoir la volonté de dépasser les ordres juridiques classiques pour traquer les solutions originales de systèmes moins prestigieux. C'est ainsi que la disposition suivante de la LTrans:

**Art. 8** Cas spéciaux

*<sup>4</sup> L'accès aux rapports d'évaluation des prestations fournies par l'administration fédérale et de l'efficacité des mesures prises par cette dernière est garanti.*

ne doit pas son existence aux premiers de classe que sont la Suède ou les Etats-Unis, mais à l'Irlande... (Modeen, 1977, 7).

Deuxièmement, le droit comparé est toujours et encore un exercice de modestie; lorsque l'on passe au crible les pays étrangers, on finit par se heurter à l'opinion qu'ils ont de vous. Et voilà ce qu'un professeur finlandais pense des Etats qui ignorent le droit d'accès aux documents administratifs: «La tendance au secret est la caractéristique des régimes autoritaires».<sup>52</sup> Nous voilà avertis. Au Parlement maintenant de veiller à nous faire sortir de la catégorie des pays non démocratiques en adoptant au plus vite la LTrans!

**Notes**

- 1 Voir notamment ATF 104 Ia 88, ATF 107 Ia 304 et ATF 113 Ia 309.
- 2 Loi du 2 novembre 1993 sur l'information du public.
- 3 On se doit toutefois de relever que ce membre – qui n'est autre que le soussigné – était déjà au parfum, ayant consacré sa thèse de doctorat sur le droit d'accès aux documents administratifs (Cottier 1982).
- 4 FF 2003 I 1807.
- 5 Motion Hess (11 mars 1997), motion Vollmer (19 mars 1997) ainsi que la motion de la Commission de gestion du Conseil national du 20 mars 1997.
- 6 L'avant-projet de LTrans, de même que les résultats de la procédure de consultation sont disponibles sur le site de l'Office fédéral de la justice: <http://www.ofj.admin.ch/themen/oeffprinzip/intro-f.htm>.
- 7 Akteneinsichts- und Informationzugangsgesetz du 10 mars 1998.
- 8 Informationsfreiheitsgesetz du 15 octobre 1999.
- 9 Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen du 9 février 2000.
- 10 Bundesgesetz über die Auskunftspflicht der Verwaltung des Bundes 1986.
- 11 Voir l'article 21 alinéa premier de la legge 241 del 1990 sul procedimento amministrativo ed il diritto di accesso.
- 12 Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.
- 13 Voir le chapitre II de la loi fondamentale sur la presse (Tryckfrihetsförordningen), intitulé «De la publicité des documents administratifs»
- 14 Freedom of Information Act.
- 15 Freedom of Information around the World: <http://www.privacyinternational.org/issues/foia/foia-survey.html>.
- 16 La loi pertinente (Act of 1992 on the Protection of Personal Data and the Publicity of Data of Public Interest) traite avant tout de la protection des données.
- 17 Pour d'autres exemples, voir Cottier 2002, 92s).
- 18 Lag om offentlighet i myndigheternas verksamhet 1999; ce texte a remplacé la loi de 1951.
- 19 Lov om offentlighet i forvaltningen.
- 20 Lov om offentlighet i forvaltningen 69/1970.
- 21 Uppl singalög 50/1996.
- 22 Freedom of information Act 1992.
- 23 Official information Act 1982.
- 24 Loi sur l'accès à l'information (L.R. 1985, ch. A-1).
- 25 Loi du 31 octobre 1991 sur l'accès du public aux documents administratifs.
- 26 Loi relative à la publicité de l'administration du 11 avril 1994.
- 27 Pour plus d'informations sur ce texte, cf. infra 43.
- 28 Deux exemples parmi d'autres l'article de Comeau (1995, 651ss) et l'ouvrage de Scoffoni (1992) lequel compare les systèmes américain et français.
- 29 Rapport explicatif, p. 9ss et Message, FF 2003, p. 1812.
- 30 Ainsi s'agissant du conflit entre le droit d'accès et le droit d'auteur, le soussigné a pu rédiger sa note (par ailleurs disponible sur le site de l'Office fédéral de la justice, <http://www.ofj.admin.ch/f/index.html>) en tirant parti des ouvrages suivants contenus dans la bibliothèque de l'ISDC: Bravermann/Chetwynd (1985); Lewitt (2000, 235); Bohlin (1996); Svensäter (1999, 550); Vogter (1998).
- 31 Le suédois étant la langue officielle en Finlande, les textes légaux lui étaient également accessibles (mais pas la jurisprudence et la doctrine, quasiment exclusivement rédigée en finnois). L'islandais, langue nordique archaïque, lui est pratiquement incompréhensible.
- 32 [http://www.sweden.gov.se/pdf/ds2001\\_7.pdf](http://www.sweden.gov.se/pdf/ds2001_7.pdf). Ce répertoire ne contient pas de liens; les textes référencés doivent ensuite être commandés auprès de leurs éditeurs.
- 33 Danemark, [http://www.jur.ku.dk/jurlab/english/info\\_danishlaw.htm#](http://www.jur.ku.dk/jurlab/english/info_danishlaw.htm#); Norvège, <http://www.ub.uio.no/ujur/ulov/>.
- 34 <http://www.rz.uni-frankfurt.de/~sobotta/Enskthyd.doc>.
- 35 Government authorities shall be obliged on request to grant the public access to materials concerning specific matters with the exceptions stated in Articles 4–6 (article premier de la loi islandaise).
- 36 Official documents shall be in the public domain, unless specifically otherwise provided in this Act or another Act (article premier de la loi finlandaise).
- 37 Offentlighetsprincipen och den nya tekniken (SOU 2001:3) p. 27ss.
- 38 Ordning och reda bland allmänna handlingar (SOU 2002: 97) p. 17ss.
- 39 Justitieombudsmannens årsberättelse. La plupart des plaintes en cas de refus d'accès sont adressées non aux tribunaux mais à l'ombudsman, considéré par l'administré comme plus expéditif.
- 40 Voir par exemple, le règlement d'exécution adopté par la Federal Communications Commission: FCC's Regulations Implementing the FOIA (47 C.F.R. §§ 0.441 – 0.470).
- 41 [EFIL@yahoogroups.com](mailto:EFIL@yahoogroups.com).

- 42 La loi française compte douze articles et la loi hollandaise onze.
- 43 Ces normes sont contenues dans une loi spéciale, la loi sur le secret, qui est un véritable inventaire des dispositions restreignant le droit d'accès. Cette loi est exhaustive; en effet, pour être applicable, une norme de secret doit impérativement être intégrée dans ce texte.
- 44 Voir l'article 7 alinéa 1 LTrans (Exceptions).
- 45 FF 2003 1850.
- 46 Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels de 1982.
- 47 5 United States Code 552 A (2): For records created on or after November 1, 1996, within one year after such date, each agency shall make such records available, including by computer telecommunications or, if computer telecommunications means have not been established by the agency, by other electronic means.
- 48 RR 1998 ref. 44 (répertoire des emails) et RR 1999 ref. 18 (cookies). Cela dit, il faut relever qu'une cour fédérale de première instance américaine est arrivée à la conclusion contraire (voir United States District Court of the Middle District of Tennessee, 2: 97-01108).
- 49 FF 2003 1838.
- 50 Access is granted to...(d) a report of an investigation or analysis of the performance, efficiency or effectiveness of a public body in relation to the functions generally or a particular function of the body (Freedom of information Act 1997).

#### Bibliographie

- Bohlin, Alf, 1995, Offentlighetsprincipen, 5e éd., Stockholm
- Bravermann, Burt/Chetwynd, Frances, 1985, Information Law, New York (feuilles mobiles).
- Comeau, Pierre-André, 1995, Freedom of Information and Privacy. Québecs Innovative Role in North America, *Iowa Review*, p. 651ss.
- Cottier, Bertil, 1982, La publicité des documents administratifs, Genève.
- Cottier, Bertil, 2002, Les Leçons des expériences étrangères, *L'Administration transparente*, Genève, p. 92s.
- Lewitt, David, S., 2000, Copyright protection for United States Government computer programs, *IDEA, The Journal of Law and Technology*, p. 235.
- Modeen, Tore, 1997, Rapport sur la Finlande, in: Le secret administratif dans les pays développés, Paris.
- Scoffoni, Guy, 1992, Le droit à l'information administrative aux Etats-Unis, Paris.
- Spinatsch, Markus, 2001, Vollzug des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung. Bericht zu Handen des Bundesamtes für Justiz, Bern.
- Svensäter, Lennart, 1999, Upphovsrätten och informationsintresset, in: Actes du 35<sup>e</sup> congrès des juristes nordiques, Oslo, tome 1, p. 550.
- Vogter, John, 1998, Ofendlighedsloven, Copenhague.

### **Zusammenfassung**

*Der Beitrag beschreibt, wie die Rechtsvergleichung bei der Erarbeitung eines neuen Bundesgesetzes konkret eingesetzt wurde. Im Falle des Öffentlichkeitsgesetzes war die Rechtsvergleichung aus drei Gründen besonders wichtig (und dies macht diesen Fall gewissermassen zum Lehrstück): Erstens regelt dieses Gesetz ein neues Gebiet im schweizerischen Recht, zweitens wurden sämtliche verfügbaren Hilfsmittel zur Information über das ausländische Recht aufgeboten und drittens griff man nicht nur auf das Recht der Nachbarstaaten, sondern auch auf skandinavisches und angelsächsisches Recht zurück. Im vorliegenden Beitrag werden die Auswahl und die Verwendung der einschlägigen Regelungsmuster, die Schwierigkeiten mit dem Verständnis ausländischer – z.B. skandinavischer – Sprachen sowie die Probleme im Zusammenhang mit Verwaltungsstrukturen und -verfahren, die sich von den schweizerischen stark unterscheiden, eingehender behandelt. Der Autor zieht schliesslich eine Bilanz: Dabei untersucht er diejenigen Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes, die unter dem Einfluss ausländischer Lösungen formuliert wurden oder sich gar direkt an ausländische Muster anlehnen; an solchen Vorbildern kann man sich übrigens sowohl positiv – indem man ausländische Lösungen übernimmt – wie negativ – indem man aus schlechten Erfahrungen im Ausland lernt – orientieren.*