

---

## Avant-propos

La protection des données personnelles et la transparence de l'administration sont souvent opposées. D'aucuns s'étonnent même que les autorités de contrôle, par exemple le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, aient des compétences dans les deux domaines. Il ne s'agit pourtant pas (seulement) d'une question d'opportunité ou de réunir deux autorités indépendantes en une pour réduire son budget. Le droit d'accès en est un exemple clair.

La protection des données personnelles a pour but de protéger la personnalité des personnes concernées lors du traitement de données les concernant. Le droit d'accès à ses données personnelles est un droit essentiel qui permet à toute personne concernée de savoir si des données la concernant sont traitées, et cas échéant d'y avoir accès. Cela lui permet de vérifier que les données sont correctes et qu'elles sont traitées de manière licite.

Le droit d'accès aux documents administratifs est le cœur du principe de transparence de l'administration, qui a renversé le paradigme du secret administratif. Tout citoyen peut revendiquer l'accès à un document officiel pour participer en connaissance de cause à la vie publique et contrôler l'action de l'État.

Dans les deux cas le droit d'accès est facile à exercer et ne demande pas de motivation ou de justification. C'est un droit garanti par la loi. Dans les deux cas également, la réponse à un droit d'accès peut être compliquée.

Le présent ouvrage traite d'abord du droit d'accès à ses données personnelles. Félise ROUILLER et Astrid EPINEY présentent les conditions d'exercice de ce droit et les exceptions que peuvent faire valoir un responsable du traitement pour limiter sa réponse. Elles relèvent également l'influence de la jurisprudence européenne, souvent méconnue en Suisse. Livio DI TRIA et Kastriot LUBISHTANI complètent cette première analyse avec l'impact de la révision de la loi fédérale sur la protection des données, ainsi que la présentation des résultats qu'ils ont obtenus suite au dépôt de nombreuses demandes. On s'intéresse ensuite au responsable du traitement, avec de nombreux conseils pratiques de Luca D'ERRICO sur la meilleure manière de répondre à une demande de droit d'accès. Finalement, Yaniv BENHAMOU examine encore le droit d'accès par la procédure judiciaire, puisque le recours aux tribunaux est parfois nécessaire.

C'est ensuite le principe de transparence et le droit d'accès aux documents officiels qui sont examinés de manière générale par Bertil COTTIER, puis par Maud RICHARD et Stéphane WERLY dans le cadre particulier de la protection de l'environnement en application de la Convention d'Aarhus. Joséphine

BOILLAT et Stéphane WERLY présentent ensuite certaines particularités procédurales en droit fédéral et cantonal.

Pour conclure, Denis MASMEJAN et Bastien VON WYSS rappellent quelques exemples récents où le droit d'accès, tant à des documents officiels qu'à des données personnelles, a été utilisé avec succès par des journalistes.

Lausanne, le 9 novembre 2020

L'éditeur  
Sylvain Métille

---

# Sommaire

<b>Avant-propos</b> .....	<b>V</b>
<b>Table des principales abréviations</b> .....	<b>IX</b>
<b>Le droit d'accès à ses données personnelles</b> .....	<b>1</b>
<i>FÉLISE ROUILLER</i>	
<i>ASTRID EPINEY</i>	
<b>Étude empirique du droit d'accès à ses données personnelles</b> .....	<b>29</b>
<i>LIVIO DI TRIA</i>	
<i>KASTRIOT LUBISHTANI</i>	
<b>Mise en œuvre judiciaire du droit d'accès LPD – aspects procéduraux choisis</b> .....	<b>77</b>
<i>YANIV BENHAMOU</i>	
<b>Répondre à une demande de droit d'accès – aspects pratiques</b> .....	<b>107</b>
<i>LUCA D'ERRICO</i>	
<b>Le droit d'accès aux documents officiels</b> .....	<b>139</b>
<i>BERTIL COTTIER</i>	
<b>L'accès à l'information en matière d'environnement à la lumière de la Convention d'Aarhus</b> .....	<b>163</b>
<i>MAUD RICHARD</i>	
<i>STÉPHANE WERLY</i>	
<b>Transparence passive – aspects pratiques</b> .....	<b>207</b>
<i>JOSÉPHINE BOILLAT</i>	
<i>STÉPHANE WERLY</i>	
<b>La transparence de l'administration, quel intérêt ?</b> .....	<b>243</b>
<i>DENIS MASMEJAN</i>	
<i>BASTIEN VON WYSS</i>	



---

## Table des principales abréviations

aff.	Affaire
AIPD	Analyse d'impact relative à la protection des données
al.	Alinéa
ANSSI	Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information
art.	Article
ATAF	Recueil officiel des Arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse
ATF	Recueil officiel des Arrêts du Tribunal fédéral suisse
AVS	Assurance-vieillesse et survivants
BLV	Base législative vaudoise
BO CE/CN	Bulletin officiel du Conseil des Etats/national
BSK	<i>Basler Kommentar</i>
CA	Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, RS 0.814.07
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CDDH	Comité directeur pour les droits de l'Homme
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, RS 0.101
CEE-ONU	Commission Économique des Nations Unies pour l'Europe
CERD	Comité d'examen du respect des dispositions
CERD	Comité pour l'élimination de la discrimination raciale
<i>cf.</i>	<i>Confer</i>
CHF	Franc(s) suisse(s)
Circ.	Circulaire
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CL	Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, RS 0.275.12
Cm	Chiffre marginal
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés

CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220
COMCO	Commission de la concurrence
consid./ (c.)	Considérant
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
CPDT-JUNE	Convention intercantonale des 8 et 9 mai 2012 relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel ; RS/JU 170.41 et RS/NE 150.30
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
CV	Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, RS 0.111
DPO	<i>Data Protection Officer</i>
éd.	Édition
éds	Éditeurs
EPF	Écoles polytechniques fédérales
<i>et al.</i>	<i>et alii</i>
<i>etc.</i>	<i>et cætera</i>
ex.	Exemple
FF	Feuille fédérale
GE	République et canton de Genève
i.e.	<i>id est</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
IBV	IBM Institute for Business Value
IDG-ZH	<i>Gesetz vom 12 Februar 2007 über die Information und den Datenschutz</i> , RS/ZH 170.4
<i>in fine (i.f.)</i>	à la fin
JdT	Journal des Tribunaux

---

JO	Journal officiel
JU	République et canton du Jura
KPI	<i>Key performance indicators</i>
LAr	Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'archivage, RS 152.1
LAsi	Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile, RS 142.31
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne, RS 952.0
LBA	Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, RS 955.0
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1
LCC	Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation, RS 221.214.1
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, RS 291
LEI	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration, RS 142.20
let.	Lettre
LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD), RS 642.11
LInf-FR	Loi fribourgeoise du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents, RS/FR 17.5
LInfo	Loi vaudoise du 24 septembre 2002 sur l'information du 24 septembre 2002, BLV 170.21
LIPAD-GE	Loi genevoise du 5 octobre 2001 sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, RS/GE A 2 08
LIPDA-VS	Loi valaisanne du 9 octobre 2008 sur l'information du public, la protection des données et l'archivage du 9 octobre 2008, RS/VS 170.2
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données, RS 235.1
LPrD	Loi vaudoise du 11 septembre 2007 sur la protection des données personnelles, BLV 172.65
LTF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110

LTrans	Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration, RS 152.3
N	Numéro(s) de paragraphe
n.	Note(s) de bas de page ou de fin
n°	Numéro
nLPD	Nouvelle loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données
not.	Notamment
Nr.	<i>Nummer</i>
OAD-FR	Ordonnance fribourgeoise du 14 décembre 2012 sur l'accès aux documents, RS/FR 17.54
OCPD	Ordonnance fédérale du 28 septembre 2007 sur les certifications en matière de protection des données
OeffG-SG	<i>Gesetz vom 18 November 2014 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung</i> , RS/SG 140.2
OeffG-SZ	<i>Gesetz vom 23 Mai 2007 über die Öffentlichkeit der Verwaltung und den Datenschutz</i> , RS/SZ 140.410
OFJ	Office fédérale de la justice
OGEmol	Ordonnance fédérale générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments, RS 172.041.1
OLPD	Ordonnance fédérale du 14 juin 1993 relative à la loi fédérale sur la protection des données, RS 235.11
ONU	Organisation des Nations unies
OPrl	Ordonnance fédérale du 4 juillet 2007 concernant la protection des informations de la Confédération, RS 510.411
Ordonnance Interpol	Ordonnance fédérale du 21 juin 2013 concernant le Bureau central national Interpol Bern, RS 366.1
Ordonnance JANUS	Ordonnance fédérale du 15 octobre 2008 sur le système informatisé de la Police judiciaire fédérale, RS 360.2
p.	Page
p.ex.	par exemple
par.	Paragraphe
PDCA	<i>Plan, Do, Check, Act</i>



PF PDT	Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence
Phr.	Phrase
PIDCP	Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques, RS 0.103.2
pLPD	Projet de loi fédérale du 15 septembre 2017 sur la protection des données
pp.	Plusieurs pages
PS	Parti socialiste
RACI	Matrice « Responsable », « Approbateur », « Consulté », « Informé »
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
réf.	référence(s)
RELIPDA-VS	Règlement valaisan du 16 décembre 2010 d'exécution de la loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage, RS/VS 170.202
RGPD	Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)
RIPAD-GE	Règlement genevois du 21 décembre 2011 d'application de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, RS/GE A 2 08.01
RIPAD-PJ-GE	Règlement du 14 juin 2018 du Pouvoir judiciaire sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, RS/GE E 2 05.52
RLInfo	Règlement d'application du 25 septembre 2003 de la loi du 24 septembre 2002 sur l'information, BLV 170.21.1
RO	Recueil officiel
ROT	Redondantes, obsolètes et triviales
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RS/FR	Recueil systématique fribourgeois
RS/GE	Recueil systématique genevois
RS/JU	Recueil systématique jurassien

RS/NE	Recueil systématique neuchâtelois
RS/VS	Recueil systématique valaisan
RSB	Recueil systématique bernois
RTS	<i>Radio Télévision Suisse</i>
s.	Suivant
SECO	Secrétariat d'État à l'économie
SGC	Système de gestion de la conformité
SGPD	Système de gestion de la protection des données
SGSI	Système de gestion de la sécurité de l'information
SJ	Semaine judiciaire
SJZ	<i>Schweizerische Juristen-Zeitung</i>
SK	<i>Schulthess Kommentar</i>
ss	Suivant(e)s
SwissPRTR	Registre suisse des rejets et transferts de polluants
TAF	Tribunal administratif fédéral
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral suisse
UDC	Union démocratique du centre
UE	Union européenne
v.	Voir
VD	Canton de Vaud
Vol.	Volume
VRP-SG	<i>Gesetz vom 16 Mai 1965 über die Verwaltungsrechtspflege, RS/SG 951.1</i>
ZK	<i>Zürcher Kommentar</i>

---

# Le droit d'accès à ses données personnelles

Félice ROUILLER

Assistante-diplômée, titulaire du brevet d'avocate, Institut de droit européen,  
Université de Fribourg

Astrid EPINEY

Professeure, Docteure en droit, Rectrice, Institut de droit européen, Université de Fribourg

## Table des matières

I.	Introduction.....	2
II.	Droit d'accès (art. 8 LPD).....	2
	A. Principes et fondements.....	2
	B. Sujets du droit d'accès.....	3
	1. Titulaire du droit d'accès.....	3
	2. Débiteur du droit d'accès.....	4
	C. Objet et étendue du droit d'accès.....	5
	D. Exercice du droit d'accès.....	7
III.	Restriction du droit d'accès (art. 9 et 10 LPD).....	8
	A. Motifs de restriction.....	8
	1. En général.....	8
	a) Loi au sens formel (art. 9 al. 1 let a LPD).....	9
	b) Intérêt prépondérant de tiers (art. 9 al. 1 let. b LPD).....	9
	c) Intérêt prépondérant du maître du fichier (art. 9 al. 4 LPD).....	10
	d) Intérêt public (art. 9 al. 2 let. a LPD).....	11
	e) Risque de compromettre une instruction (art. 9 al. 2 let. b LPD).....	12
	f) Abus de droit.....	13
	2. Pour les médias à caractère périodique et journalistes (art. 10 LPD).....	14
	B. Types de restriction.....	16
IV.	Droit d'accès aux données de la personne décédée.....	17
V.	Révision de la LPD.....	19
VI.	Excursus : le droit de l'UE.....	21
	A. Généralités.....	21
	B. Quelques arrêts topiques.....	22
	1. Affaire C-553/07 (Rijkeboer).....	23
	2. Affaires jointes C-141/12, C-372/12 (YS).....	23
	3. Affaire C-434/16 (Nowak).....	24
	4. Affaire C-210/16 (Wirtschaftsakademie).....	25
	5. Affaire C-486/12 (X).....	25
VII.	Conclusion.....	26
VIII.	Bibliographie.....	27
	A. Littérature.....	27
	B. Documents officiels.....	28

## I. Introduction

Le traitement de données personnelles empiète régulièrement sur les droits de la personnalité. Afin de protéger efficacement les droits des personnes dont les données sont traitées, la LPD prévoit certains mécanismes qui permettent aux particuliers de vérifier que leurs droits sont respectés. D'une part, le maître du fichier a un devoir d'information envers la personne concernée (art. 14 LPD) ; d'autre part, la personne concernée dispose d'un droit d'accès à ses données (art. 8 LPD).

Le droit d'accès est une institution-clef de la protection des données<sup>1</sup>, dans la mesure où il permet à la personne concernée d'exercer ses droits et de vérifier si les données qui la concernent sont traitées conformément aux principes fixés par la loi. Malgré sa position centrale dans le droit de la protection des données, certaines limitations peuvent être opposées à son exercice aux conditions strictes prévues par les articles 9 et 10 LPD.

La présente contribution a pour but de synthétiser non seulement le rôle du droit d'accès (II.), mais également les restrictions qui peuvent lui être apportées (III.). Elle examine au surplus le cas particulier du droit d'accès aux données de personnes décédées (IV.) et se penche sur l'impact du projet de révision de la LPD sur le droit d'accès (V.). Dans un excursus, quelques arrêts topiques de la Cour de justice de l'Union européenne seront esquissés (VI.) avant de conclure (VII.).

## II. Droit d'accès (art. 8 LPD)

### A. Principes et fondements

Dans le cadre du Message relatif à l'adoption de la LPD en 1988, le Conseil fédéral soulignait l'importance du droit d'accès en précisant que, « *[s]ans droit d'accès, la personne concernée ne serait pas en mesure de faire valoir effectivement ses prétentions en matière de protection des données. Seul celui qui a connaissance des données qui sont traitées sur son compte est à même, le cas échéant, de les faire rectifier ou de les faire détruire, ou, à tout le moins, d'en contester l'exactitude* »<sup>2</sup>.

Le but fondamental du droit d'accès est donc de permettre à la personne concernée de faire valoir ses droits en matière de protection des données,

<sup>1</sup> Message LPD 1988, FF 1988 II p. 460.

<sup>2</sup> Message LPD 1988, FF 1988 II p. 460.

notamment en lui permettant de vérifier si des données la concernant sont traitées et, le cas échéant, si le traitement respecte les principes fixés par la loi<sup>3</sup>. Il permet notamment de mettre en œuvre le droit à l'autodétermination informationnelle (art. 13 al. 2 Cst.) et le droit à la liberté personnelle (art. 10 Cst.)<sup>4</sup>.

Le droit d'accès a à la fois une fonction de contrôle, en ce qu'il permet à tout un chacun de contrôler le traitement des données le concernant, et une fonction préventive, en ce qu'il pousse le maître du fichier à respecter les exigences légales dans la mesure où la personne concernée est susceptible d'exercer son droit à tout moment<sup>5</sup>.

## **B. Sujets du droit d'accès**

Le droit d'accès est exercé par une personne, physique ou morale<sup>6</sup>, dont les données personnelles sont traitées (1.), auprès du maître du fichier (2.).

### *1. Titulaire du droit d'accès*

Toute personne, physique ou morale, au sujet de laquelle des données personnelles sont traitées, peut exercer son droit d'accès. Le droit d'accès étant un droit strictement personnel, un mineur ou une personne n'ayant pas l'exercice des droits civils peut, s'il dispose de la capacité de discernement, requérir l'accès à des données le concernant<sup>7</sup>.

La personne titulaire du droit d'accès peut exercer son droit au travers d'un mandataire, à qui elle aurait octroyé une procuration idoine<sup>8</sup>.

L'article 8 alinéa 3 LPD prévoit un cas de droit d'accès indirect<sup>9</sup>, en stipulant que le maître du fichier peut communiquer à la personne concernée

<sup>3</sup> ATF 138 III 425 = SJ 2013 I 81, consid. 5.3 ; PAGE, p. 120.

<sup>4</sup> BSK DSG-GRAMIGNY/MAURER-LAMBROU, N 2 *ad* art. 8 ; PAGE, p. 116 ss.

<sup>5</sup> EPINEY/FASNACHT, *in* BELSER/EPINEY/WALDMANN, N 17 *ad* § 11 ; MEIER, N 965.

<sup>6</sup> À cet égard, on peut relever que le projet de révision de la LPD prévoit de limiter l'application de la loi aux personnes physiques (Message LPD 2017, FF 2017 p. 6631 ss).

<sup>7</sup> BSK DSG-GRAMIGNY/MAURER-LAMBROU, N 7 *ad* art. 8 ; HERTIG PEA, N 296 ; Message LPD 1988, FF 1988 II p. 460 ; MONNIER, p. 148 ; PAGE, p. 122.

<sup>8</sup> Dans ce sens, voir l'arrêt de la 1<sup>re</sup> Cour administrative du Tribunal cantonal de Fribourg du 25 février 2015, 601 2015 110 ; MEIER, N 1011 ; MONNIER, p. 149 ss, qui expose également les arguments de certains auteurs ayant une opinion contraire.

<sup>9</sup> Outre l'art. 8 al. 3 LPD, quelques autres lois prévoient un droit d'accès indirect : voir par exemple l'art. 7 de la Loi fédérale du 13 juin 2008 sur les systèmes d'information

des données sur sa santé par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle a désigné. Dans un tel cas, le maître du fichier reste débiteur de l'information, mais celle-ci est donnée à un tiers chargé de la transmettre à la personne concernée<sup>10</sup>.

Ainsi, lorsque des renseignements touchant à la santé de la personne concernée sont susceptibles de lui porter préjudice, le maître du fichier peut confier à un médecin le soin de communiquer ce que le Conseil fédéral appelle les « *éclaircissements dommageables* »<sup>11</sup>. Cette exception porte notamment sur les « *informations concernant certaines personnes ou certains événements de nature à compromettre le succès d'une thérapie ou à réveiller de vieilles blessures auprès du requérant et à le léser gravement [...] Un tel cas n'est en revanche pas réalisé lorsque le requérant serait simplement perturbé par la connaissance des pièces médicales ou lorsque les médecins s'opposent à une telle demande de peur d'éventuelles poursuites judiciaires* »<sup>12</sup>.

## 2. Débiteur du droit d'accès

Le maître du fichier est débiteur du droit d'accès. Selon la définition de l'article 3 lettre i LPD, le maître du fichier est la personne privée ou l'organe fédéral qui décide du but et du contenu du fichier.

Au sens de l'article 8 alinéa 4 LPD, le maître du fichier qui fait traiter des données par un tiers demeure tenu de fournir les renseignements demandés ; néanmoins, cette obligation incombe au tiers si ce dernier ne révèle pas l'identité du maître du fichier ou si le maître du fichier n'a pas de domicile en Suisse. Cette règle a pour but d'éviter au requérant de devoir procéder à de longues recherches sur l'identité du maître du fichier ou d'ouvrir action à l'étranger<sup>13</sup>.

Lorsque plusieurs maîtres du fichier existent et traitent les mêmes fichiers, chacun d'entre eux peut être sollicité pour répondre à la demande d'accès, sauf

de police de la Confédération ou l'art. 14 OLPD. À ce sujet, BSK DSG-GRAMIGNY/MAURER-LAMBROU, N 17 ss. *ad art.* 8 ; EPINEY/FASNACHT, in BELSER/EPINEY/WALDMANN, N 23 *ad §* 11.

<sup>10</sup> MEIER, N 990 ; MONNIER, p. 189, qui précise que « *cette disposition ne [doit] pas [être] abusivement invoquée pour opérer une restriction déguisée au droit d'accès* ».

<sup>11</sup> BSK DSG-GRAMIGNY/MAURER-LAMBROU, N 16 *ad art.* 8 ; MANAI, p. 209 ; Message LPD 1988, FF 1988 II p. 461 ; WIDMER, in PASSADELIS/ROSENTHAL/THÜR, N 5.38.

<sup>12</sup> ATF 122 I 153 = JdT 1998 I 194, consid. 6.c.cc et références.

<sup>13</sup> HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, N 20 *ad art.* 8 ; Message LPD 1988, FF 1988 II p. 461.

si l'un d'eux a été désigné pour répondre à l'ensemble des demandes (art. 1 al. 5 OLPD)<sup>14</sup>.

Ainsi, dans le cadre de l'arrêt *Moneyhouse*, le Tribunal administratif fédéral a estimé que *Moneyhouse* ne pouvait se contenter de renvoyer les personnes exerçant leur droit d'accès vers la société qui lui fournissait les données. En effet, *Moneyhouse* devait être considérée comme le maître de ces données et, si elle n'était pas en mesure de renseigner les personnes concernées directement, elle était à tout le moins tenue de transmettre directement et gratuitement les demandes d'accès à la société compétente. Le TAF juge ainsi que seule cette manière de faire respecter l'article 1 alinéa 5 OLPD et permet d'éviter à la personne concernée de mener de trop longues recherches sur l'identité du maître du fichier<sup>15</sup>.

### C. Objet et étendue du droit d'accès

L'article 8 alinéa 2 LPD porte sur l'objet et l'étendue du droit d'accès, à savoir les informations que la personne concernée peut solliciter et que le maître du fichier doit lui communiquer.

Le maître du fichier est premièrement tenu de répondre à la demande d'accès qui lui est adressée ; il ne peut rester silencieux<sup>16</sup>. Il est également tenu de fournir des renseignements exacts et complets, faute de quoi il s'expose à une amende au sens de l'article 34 alinéa 1 lettre a LPD. Outre les données traitées et leur origine<sup>17</sup> (art. 8 al. 2 let. a LPD), doivent également être communiquées les informations relatives au but du traitement, à la base juridique du traitement, ainsi qu'aux catégories de données personnelles traitées, de participants au fichier et de destinataires des données (art. 8 al. 2 let. b LPD).

La première information devant être communiquée porte ainsi sur l'existence, ou non, d'un traitement de données effectué par le maître du fichier<sup>18</sup>. En cas de réponse affirmative, les données doivent alors être communiquées au requérant. À cet égard, « *le droit d'accès s'étend à toutes les*

<sup>14</sup> TAF A-4232/2015 du 18 avril 2017 consid. 8.2 ; BSK DSG-GRAMIGNY/MAURER-LAMBROU, N 14 *ad* art. 8 ; MONNIER, p. 157 s.

<sup>15</sup> TAF A-4232/2015 du 18 avril 2017, consid. 8. Dans ce sens, voir également MONNIER, p. 158.

<sup>16</sup> MONNIER, p. 172.

<sup>17</sup> L'obligation de communiquer l'origine des données a été ajoutée lors de la révision partielle de la LPD en 2008. À ce sujet, voir WERMELINGER/SCHWERTI, N 26.

<sup>18</sup> MEIER, N 1026.

données relatives à une personne qui se trouvent dans un fichier de données, c'est-à-dire à toutes les données qui se rapportent à cette personne et qui peuvent lui être attribuées par voie de classement »<sup>19</sup>. Il importe peu que les données soient des constatations de fait ou des jugements de valeur<sup>20</sup>.

Le fardeau de la preuve de l'existence des documents appartient au requérant. Ainsi, dans un cas où le maître du fichier estimait avoir communiqué tous les documents existants concernant le requérant et que ce dernier prétendait le contraire, le Tribunal fédéral a jugé que le requérant était tenu d'apporter des indices sérieux permettant de prouver que le maître du fichier n'aurait pas produit tous les documents encore disponibles et a, en l'espèce, rejeté le recours<sup>21</sup>.

L'article 8 alinéa 2 lettre a *in fine* LPD prévoit que les informations disponibles sur l'origine des données doivent également être communiquées. Cette information permet à la personne concernée de savoir d'où viennent les données ou qui les traite pour pouvoir, le cas échéant, notamment demander une rectification<sup>22</sup>. Le maître du fichier n'est cependant pas tenu de tenir un historique précis de la provenance des données, mais doit seulement communiquer l'origine des données qui sont effectivement disponibles<sup>23</sup>.

Afin notamment que le requérant puisse vérifier le respect du principe de finalité du traitement (art. 4 al. 3 LPD), le maître du fichier doit au surplus lui communiquer le but du traitement<sup>24</sup> (art. 8 al. 2 let. b LPD). De même, et principalement pour les organes fédéraux qui ne peuvent traiter des données qu'en l'existence d'une base légale (art. 17 al. 1 LPD), la base juridique du traitement doit, le cas échéant, être communiquée par le maître du fichier (art. 8 al. 2 let. b LPD). Si un privé traite des données sur la base d'une obligation légale ou en se fondant sur un contrat, il devra également l'indiquer<sup>25</sup>. Finalement, l'article 8 alinéa 2 lettre b *in fine* LPD requiert que l'information porte sur les catégories de données traitées<sup>26</sup>, de participants au fichier et de destinataires des données. Une précision concernant ces notions, que la loi ne définit pas, peut être trouvée dans la fiche explicative du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (ci-après : « le PFPDT »)

<sup>19</sup> TAF A-4190/2009 du 29 novembre 2010, consid. 3.3.

<sup>20</sup> ATF 125 II 473, consid. 4b.

<sup>21</sup> TF 1C\_59/2015 du 17 septembre 2015, résumé en français par FLÜCKIGER/DAHMEN, p. 2 s.

<sup>22</sup> Message LPD 2003, FF 2003 p. 1946 et références.

<sup>23</sup> MEIER, N 1038.

<sup>24</sup> BSK DSG-GRAMIGNY/MAURER-LAMBROU, N 28 *ad* art. 8 ; MEIER, N 1040 s.

<sup>25</sup> MEIER, N 1043 ss ; MONNIER, p. 177.

<sup>26</sup> Sur ce point, voir MONNIER, p. 177.



concernant la déclaration de fichiers<sup>27</sup>. On comprend ainsi que les catégories de destinataires portent sur les personnes à qui sont transmises les données<sup>28</sup> et que les catégories de participants réunissent les tiers qui peuvent introduire des données dans le fichier ou y faire des modifications<sup>29</sup>.

#### **D. Exercice du droit d'accès**

L'article 8 alinéa 5 LPD prévoit que les renseignements sont, en règle générale, fournis gratuitement et par écrit, sous forme d'imprimés ou de photocopie<sup>30</sup> ; le Conseil fédéral règle les exceptions (art. 1 et 2 OLPD).

Il ressort de l'article 1 alinéa 3 OLPD que le maître du fichier peut déroger à la règle de l'article 8 alinéa 5 LPD, si, d'entente entre lui et le requérant, il est convenu que ce dernier vienne consulter sur place ou que les renseignements lui soient fournis oralement (art. 1 al. 3 OLPD). Dans un tel cas, l'accord de la personne intéressée est nécessaire<sup>31</sup>.

Le maître du fichier est tenu de fournir les informations demandées gratuitement. L'article 2 OLPD prévoit cependant des exceptions à cette gratuité, lorsque la communication des informations entraîne une charge de travail considérable ou lorsque le requérant a déjà obtenu, dans les douze mois précédents sa requête, les informations désirées, sans pouvoir justifier d'un intérêt légitime à les redemander<sup>32</sup>.

Une renonciation à l'avance au droit d'accès n'est pas possible (art. 8 al. 6 LPD) et doit être considérée comme nulle ; tel est également le cas d'un accord portant sur une restriction du droit d'accès<sup>33</sup>. Est seule valable la renonciation qui est faite lorsque la personne concernée connaît déjà l'essentiel de

<sup>27</sup> Cette fiche explicative est disponible à l'adresse : <<https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/handel-und-wirtschaft/entreprises/declaration-des-fichiers.html>> (consulté le 31 octobre 2020).

<sup>28</sup> À cet égard, la fiche explicative du PFPDT donne comme exemples les filiales, les associations, les cantons, les organes fédéraux, les personnes physiques. Voir également MONNIER, p. 177 s.

<sup>29</sup> À ce sujet, la fiche explicative du PFPDT désigne comme tiers les autres sociétés ou organisations, mais pas les collaborateurs qui traitent des données au sein de l'entreprise qui est maître du fichier. Voir également MONNIER, p. 177 s.

<sup>30</sup> Voir à ce sujet MONNIER, p. 188 ss.

<sup>31</sup> ATF 141 III 119, consid. 8.1 ; ATF 125 II 321, consid. 3b ; TAF A-4190/2009 du 29 novembre 2010, consid. 3.3 ; MONNIER, p. 190.

<sup>32</sup> MAJOR, p. 296.

<sup>33</sup> ATF 141 III 119, consid. 7.6.2 ; BSK DSG-GRAMIGNY/MAURER-LAMBROU, N 60 *ad* art. 8 ; EPINEY/FASNACHT, *in* BELSER/EPINEY/WALDMANN, N 42 *ad* § 11 ; MEIER, N 973.

l'information à laquelle elle pourrait avoir accès<sup>34</sup>. Ainsi, des employés de banque ayant accepté, au moment de la signature de leur contrat de travail, la réglementation interne de leur employeur visant à garantir la confidentialité des documents n'ont pas pour autant renoncé à exercer leur droit d'accès auxdits documents<sup>35</sup>.

### III. Restriction du droit d'accès (art. 9 et 10 LPD)

#### A. Motifs de restriction

##### 1. En général

Le droit d'accès est en principe inconditionnel, et il n'est pas nécessaire que le requérant ait un intérêt pour l'exercer<sup>36</sup>. Il arrive cependant que la demande d'accès soit en conflit avec d'autres intérêts ; le maître du fichier peut alors invoquer les motifs de restriction prévus aux articles 9 et/ou 10 LPD<sup>37</sup>.

Les maîtres du fichier qui sont des *personnes privées* peuvent invoquer les motifs prévus à l'article 9 alinéas 1 et 4 LPD. Les *organes fédéraux* peuvent également invoquer les motifs de l'article 9 alinéa 1 LPD, mais également ceux de l'article 9 alinéa 2 LPD. L'article 10 LPD est spécifiquement réservé aux *médias à caractère périodique* et aux journalistes, qui peuvent également invoquer les motifs de l'article 9 LPD.

En sus des articles précités, l'exercice du droit d'accès peut également être limité par l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), en particulier lorsque le droit d'accès est utilisé dans un but étranger à la protection des données.

Lorsque le maître du fichier se prévaut d'un intérêt pour restreindre, refuser ou reporter l'octroi de l'accès, une *pesée des intérêts* devient nécessaire<sup>38</sup>. Le requérant doit alors établir, d'une part, qu'il a un intérêt à demander accès aux renseignements visés et, d'autre part, que son intérêt l'emporte sur les intérêts invoqués par le maître du fichier<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> ATF 141 III 119, consid. 7.6.2 ; BSK DSG-GRAMIGNY/MAURER-LAMBROU, N 61 *ad* art. 8 ; EPINEY/FASNACHT, *in* BELSER/EPINEY/WALDMANN, N 42 *ad* § 11 ; MEIER, N 974.

<sup>35</sup> ATF 141 III 119, consid. 7.6.

<sup>36</sup> MEIER, N 1116.

<sup>37</sup> MEIER, N 1119 ss.

<sup>38</sup> ATF 123 II 543, consid. 7.1.1 ; MONNIER, p. 201 ss.

<sup>39</sup> EPINEY/FASNACHT, *in* BELSER/EPINEY/WALDMANN, N 46 s. *ad* § 11 ; MEIER, N 1124 ; PAGE, p. 133 ss.

La liste des articles 9 et 10 LPD est exhaustive. Au surplus, les conditions auxquelles une restriction peut être imposée doivent être interprétées de manière restrictive et le droit d'accès doit, en cas de doute, être favorisé<sup>40</sup>.

*a) Loi au sens formel (art. 9 al. 1 let. a LPD)*

Tant les organes fédéraux que les personnes privées peuvent refuser, restreindre ou différer l'accès du requérant à ses données personnelles si une loi au sens formel (selon l'art. 3 let. j LPD) le prévoit.

Par exemple, la doctrine majoritaire est d'avis que l'article 47 LB, qui prévoit une sanction pénale en cas de violation du secret bancaire, constitue une base légale formelle au sens de l'article 9 alinéa 1 lettre a LPD<sup>41</sup>. Le Tribunal fédéral, dans un arrêt de 2015, a jugé qu'une banque ne pouvait cependant s'en prévaloir pour refuser de remettre, à ses ex-employés, une copie de documents qui, d'une part, avaient déjà été consultés sur place par lesdits ex-employés et, d'autre part, ne contenaient pas d'informations permettant d'identifier les clients<sup>42</sup>.

L'article 21 (anciennement 13) de la Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, qui dispose que les délibérations du Conseil fédéral ne sont pas publiques, constitue un autre exemple de loi permettant une restriction au droit d'accès<sup>43</sup>.

Le Tribunal fédéral a également jugé que le secret fiscal prévu par l'article 110 LIFD, en lien avec l'article 320 CP, « constitue une base légale formelle spéciale au sens de l'article 9 alinéa 1 lettre a LPD, autorisant le maître du fichier à refuser le droit d'accès à des données personnelles d'autrui »<sup>44</sup>. Au contraire, l'article 25 alinéa 1 LPD ne peut être compris comme une exception au sens de l'article 9 alinéa 1 lettre a LPD<sup>45</sup>.

*b) Intérêt prépondérant de tiers (art. 9 al. 1 let. b LPD)*

En vertu de l'article 9 alinéa 1 lettre b LPD, le maître du fichier peut refuser, restreindre ou différer la communication de données si des intérêts

<sup>40</sup> MEIER, N 1125 ; WIDMER, in PASSADELIS/ROSENTHAL/THÜR, N 5.41.

<sup>41</sup> ATF 141 III 119, consid. 5 ; BSK DSG-GRAMIGNY/MAURER-LAMBROU, N 19 ad art. 9 ; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, N 7 ad art. 9 ; MEIER, N 1139.

<sup>42</sup> ATF 141 III 119, consid. 5.

<sup>43</sup> Message LPD 1988, FF 1988 II p. 462 ; MONNIER, p. 204.

<sup>44</sup> TF 1C\_541/2014 du 13 août 2015, consid. 3.3.3, résumé en français par FLÜCKIGER/DAHMEN, p. 3 s.

<sup>45</sup> TAF A-2016/28, consid. 5, résumé en français par FLÜCKIGER/EMERY-DAHMEN, p. 135 s.

prépondérants de tiers l'exigent. Il y est même tenu lorsque des données sur lesquelles porte la demande d'accès sont intimement liées à des données personnelles de tiers<sup>46</sup>.

En principe, l'anonymisation des documents concernés suffit à protéger les tiers<sup>47</sup>. Afin de s'en assurer, une pesée des différents intérêts en présence doit être effectuée<sup>48</sup>.

L'intérêt du requérant lui-même ne constitue jamais un intérêt qui peut justifier une restriction ou un refus d'accès<sup>49</sup>. À cet égard, la possibilité offerte par l'article 8 alinéa 3 LPD en lien avec les éclaircissements dommageables n'est pas un motif de refus d'accès, mais constitue un droit d'accès indirect (III.B.1.).

### c) *Intérêt prépondérant du maître du fichier (art. 9 al. 4 LPD)*

L'article 9 alinéa 4 LPD prévoit que le maître du fichier *privé* peut refuser, restreindre ou différer la communication de données, dans la mesure où ses intérêts prépondérants l'exigent et à condition qu'il ne communique pas les données personnelles à un tiers.

Comme exemples d'intérêts prépondérants du maître du fichier, la doctrine et la jurisprudence citent notamment la crainte de subir un espionnage industriel, la protection des droits de la personnalité du débiteur du droit d'accès ou encore l'existence d'intérêts financiers prépondérants<sup>50</sup>.

Dans le cadre de l'article 9 alinéa 4 LPD, il convient de procéder à une pesée des intérêts entre les intérêts du requérant et ceux du débiteur du droit d'accès, le droit d'accès n'étant accordé que si les premiers l'emportent sur les seconds<sup>51</sup>. Il revient au maître du fichier de prouver qu'il a un intérêt prépondérant à restreindre le droit d'accès<sup>52</sup>.

Dans le cadre d'une décision datant de 2012, le Tribunal fédéral a jugé que le maître du fichier n'avait aucun intérêt digne de protection à refuser l'accès aux données pour contrer la non-application de droits procéduraux ; il a ainsi estimé que le fait que les requérantes exigent l'accès aussi pour décider d'une

<sup>46</sup> ATF 141 III 119, consid. 6.2.

<sup>47</sup> ATF 141 III 119, consid. 6.2 et références.

<sup>48</sup> EPINEY/FASNACHT, *in* BELSER/EPINEY/WALDMANN, N 53 *ad* § 11.

<sup>49</sup> MEIER, N 1123. Sur ce point, voir également ATF 122 I 153 = JdT 1998 I 194, consid. 6.c.cc et références.

<sup>50</sup> ATF 138 III 425 = SJ 2013 I 81, consid. 6.1 et références.

<sup>51</sup> ATF 138 III 425 = SJ 2013 I 81, consid. 6.1.

<sup>52</sup> ATF 141 III 119, consid. 7.2 ; BSK DSG-GRAMIGNY/MAURER-LAMBROU, N 8 *ad* art. 9.

éventuelle action en justice ne confère pas pour autant au maître du fichier un intérêt prépondérant et digne de protection à refuser l'accès aux données<sup>53</sup>.

Au sens de l'article 9 alinéa 4 LPD, le maître du fichier n'est en droit de se prévaloir de son intérêt prépondérant que si les données visées ne sont pas communiquées à un tiers<sup>54</sup>, soit à quelqu'un qui traite les données non pas dans l'intérêt du maître du fichier, mais dans son propre intérêt<sup>55</sup>. Le rédacteur ou la rédactrice d'une liste noire, communiquée à d'autres entreprises de la même branche (p.ex. dans le domaine de l'hôtellerie), ne pourra ainsi pas invoquer l'article 9 alinéa 4 LPD<sup>56</sup>.

d) *Intérêt public (art. 9 al. 2 let. a LPD)*

L'organe fédéral qui traite des données personnelles peut refuser l'octroi du droit d'accès si un intérêt public prépondérant s'y oppose, en particulier la sûreté extérieure ou intérieure de la Suisse. À cet égard, le Conseil fédéral donnait l'exemple, dans son message de 1988, de l'accès aux fichiers du Département fédéral des affaires étrangères qui pourrait être refusé si des négociations en cours avec des États étrangers en étaient compromises<sup>57</sup>.

L'accès ne peut être restreint au sens de l'article 9 alinéa 2 lettre a LPD que si la mise en danger de l'intérêt public apparaît comme sérieuse<sup>58</sup>. Une pesée des intérêts doit avoir lieu entre l'intérêt public et l'intérêt du requérant à obtenir les informations ; l'intérêt public est ainsi « *examiné en fonction des circonstances du cas d'espèce, compte tenu des renseignements dont la communication est refusée* »<sup>59</sup>.

Le Tribunal fédéral a notamment jugé qu'il existait un intérêt public prépondérant au sens de l'article 9 alinéa 2 lettre a LPD à refuser de communiquer des « *données tierces non soumises au secret fiscal qui permettraient de tirer des conclusions sur les stratégies de l'administration fédérale dans les enquêtes préliminaires* »<sup>60</sup>.

<sup>53</sup> ATF 138 III 425 = SJ 2013 I 81, consid. 6.4.

<sup>54</sup> MEIER, N 1160 ; MONNIER, p. 210 ss.

<sup>55</sup> BSK DSG-GRAMIGNY/MAURER-LAMBROU, N 30 *ad* art. 9 ; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, N 15 *ad* art. 9 ; SHK DSG-HUSI-STÄMPFLI, N 38 *ad* art. 9.

<sup>56</sup> MEIER, N 1161.

<sup>57</sup> Message LPD 1988, FF 1988 II p. 462.

<sup>58</sup> TAF A-3349/2018 du 19 juin 2019, consid. 6.2.5.1.

<sup>59</sup> TAF A-3349/2018 du 19 juin 2019, consid. 6.2.5.1 ; ATAF 2016/28, consid. 5.1, résumé en français par FLÜCKIGER/EMERY-DAHMEN, p. 135 s.

<sup>60</sup> TF 1C\_541/2014 du 13 août 2015, consid. 4.5, résumé en français par FLÜCKIGER/DAHMEN, p. 3 s.

Il a également estimé que l'Office fédéral des migrations était légitimé à refuser l'accès d'un requérant d'asile débouté à son analyse de provenance Lingua, considérant qu'un risque de divulgation des questions de l'analyse et d'apprentissage de celles-ci par d'autres requérants d'asile ne pouvait être exclu si l'accès devait être systématiquement accordé. En l'espèce, l'intérêt public à prévenir les abus en matière d'asile et à pouvoir exécuter les décisions de renvoi a été jugé prépondérant sur l'intérêt du requérant<sup>61</sup>.

À l'inverse, le Tribunal administratif fédéral a jugé que l'intérêt du requérant à pouvoir contrôler si ses données personnelles étaient traitées par la Commission de la concurrence (COMCO) et, le cas échéant, si elles l'étaient conformément à l'article 4 LPD, était légitime<sup>62</sup>.

e) *Risque de compromettre une instruction (art. 9 al. 2 let. b LPD)*

Au sens de l'article 9 alinéa 2 lettre b LPD, les organes fédéraux peuvent refuser, restreindre ou différer la communication des renseignements demandés si ladite communication risque de compromettre une instruction pénale ou une autre procédure d'instruction.

Il n'est à cet égard nécessaire ni que l'instruction concerne la personne en cause, ni qu'elle ait lieu en Suisse<sup>63</sup>.

D'après le Tribunal administratif fédéral, « *le motif justifiant la restriction mentionnée à l'art. 9 al. 2 let. b LPD ne doit pas nécessairement résider dans l'existence d'une procédure pénale, mais peut également avoir trait à la constatation des faits prévue par la procédure administrative ou aux affaires administratives tout à fait générales, dans lesquelles la maxime de l'instruction et la maxime d'office revêtent une grande importance [...]. La restriction du droit à la communication entre dès lors en considération lorsqu'il est à craindre ou qu'il est clair que le déroulement de la procédure, respectivement de l'instruction, soit considérablement entravé par la communication du renseignement ou que l'accomplissement approprié des tâches de l'administration soit remis en question* »<sup>64</sup>. Dans le cas d'espèce, le refus d'octroyer, à la recourante, un accès à son dossier de la Police judiciaire

<sup>61</sup> TF 1A.279/2006 du 8 mai 2007, consid. 2. Voir également TAF A-3181/2008 du 18 juillet 2008, consid. 3.

<sup>62</sup> ATAF 2016/28, consid. 5, résumé en français par FLÜCKIGER/EMERY-DAHMEN, p. 135 s. ; cf. également ATF 125 II 225 = JdT 2001 I 327 sur des documents contenant des indications détaillées sur les démarches des autorités suisses pour régler la situation de crise créée par l'enlèvement des intimés.

<sup>63</sup> TAF A-2569/2018 du 4 juin 2019, consid. 3.2.3.1.

<sup>64</sup> TAF A-6859/2015 du 8 septembre 2016, consid. 3.4.2.

JANUS était justifié, et cela même si le casier judiciaire de la recourante était vierge de toute inscription<sup>65</sup>.

De même, le refus de l'Office fédéral de la police de donner accès au requérant aux informations le concernant se trouvant dans le système d'information Schengen est justifié, au sens de l'article 9 alinéa 2 lettre b LPD, lorsqu'il est nécessaire pour « *remplir les obligations de la Suisse en matière de conservation du secret et d'éviter la mise en échec d'une procédure d'enquête respectivement d'une enquête pénale* »<sup>66</sup>.

f) *Abus de droit*

Finalement, une restriction est également possible lorsque l'exercice du droit d'accès est constitutif d'un abus de droit au sens de l'article 2 alinéa 2 CC<sup>67</sup>. Dans un tel cas, et contrairement au principe qui veut que le droit d'accès puisse être exercé sans la preuve d'un intérêt, le requérant devra exposer son intérêt à accéder à ses données et démontrer ainsi que sa requête n'est pas abusive<sup>68</sup>.

L'exercice du droit d'accès est notamment abusif lorsqu'il est exercé dans un but étranger à celui que la règle est destinée à protéger (en l'espèce, à la protection des données), qu'il ne répond à aucun intérêt digne de protection ou qu'il est purement chicanier<sup>69</sup>.

À titre d'exemple, le Tribunal fédéral envisage que le droit d'accès puisse être exercé abusivement s'il est utilisé pour économiser les frais à payer normalement pour obtenir les données visées, si la demande d'accès, dépourvue de tout intérêt véritable aux données, ne vise qu'à nuire au débiteur des données ou encore si le but exclusif de la demande est d'espionner une future partie adverse et de se procurer des preuves habituellement inaccessibles<sup>70</sup>. Une demande de renseignements uniquement destinée à épier une autre personne est également abusive<sup>71</sup>. Afin de déterminer l'existence d'un abus de droit, il convient néanmoins d'examiner les circonstances de chaque cas d'espèce.

<sup>65</sup> TAF A-6859/2015 du 8 septembre 2016, consid. 4.

<sup>66</sup> TAF A-1736/2016 du 21 juin 2016, résumé en français par FLÜCKIGER/EMERY-DAHMEN, p. 138.

<sup>67</sup> PASSADELIS, N 12.

<sup>68</sup> ATF 138 III 425 = SJ 2013 I 81, consid. 5.4 ; GNEHM, p. 86.

<sup>69</sup> ATF 141 III 119, consid. 7.1.1 et références ; ATF 138 III 425 = SJ 2013 I 81, consid. 5.5 ; voir également MONNIER, p. 199 et ROSENTHAL, N 54.

<sup>70</sup> ATF 138 III 425 = SJ 2013 I 81, consid. 5.5. Voir également TF 4A\_506/2014 du 3 juillet 2015, consid. 8.

<sup>71</sup> ATF 144 I 126 = JdT 2018 I 191, consid. 8.3.7.

Il a ainsi été jugé que la demande de clients visant à obtenir des données les concernant en vue d'une éventuelle action judiciaire contre le maître du fichier n'était pas, en soi, abusive, dans la mesure où il n'avait pas été constaté que les requérants souhaitaient prospecter des preuves de manière répréhensible ou qu'ils exigeaient d'obtenir des informations qu'ils ne pourraient plus obtenir dans le cadre de la procédure civile à venir<sup>72</sup>. Dans le cadre du même arrêt, le Tribunal fédéral a décidé qu'il n'y avait pas lieu d'étendre la notion de procédure civile pendante à la phase antérieure à la saisie du tribunal, durant laquelle les parties constituent leurs dossiers, réunissent des preuves et évaluent leurs chances de succès, mais a estimé que seule une évaluation des circonstances de chaque cas d'espèce permettait de juger si une partie faisait une utilisation abusive de son droit d'accès<sup>73</sup>.

De même, le Tribunal fédéral a estimé que la requête d'ex-employés de banque, faite à leur ancien employeur, d'obtenir une copie écrite des données les concernant qui avaient été transmises aux autorités américaines n'était pas abusive, quand bien même les requérants avaient déjà eu la possibilité de consulter les informations sur place. En effet, la remise écrite des documents répondait à l'intérêt des requérants, en leur permettant de pouvoir consulter leurs données en tout temps, de présenter la preuve de leurs allégués si une action venait à être ouverte et d'évaluer les risques d'être inquiétés par les autorités américaines<sup>74</sup>.

## 2. *Pour les médias à caractère périodique et journalistes* (art. 10 LPD)

L'article 10 LPD porte sur les motifs de restriction du droit d'accès à disposition du maître du fichier qui est un média à caractère périodique ou un journaliste<sup>75</sup>.

Dans le cadre de l'article 10 alinéa 1 LPD, ce n'est pas la qualité du maître du fichier qui est déterminante pour l'application de l'article, mais la qualité du fichier. Pour que l'article 10 LPD soit applicable, il convient en effet que le fichier visé ait pour but exclusif d'être utilisé pour la publication dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique.

<sup>72</sup> ATF 138 III 425 = SJ 2013 I 81, consid. 5.6.

<sup>73</sup> ATF 138 III 425 = SJ 2013 I 81, consid. 4.3. Sur ce point, voir, parmi d'autres, WIGER/SCHOCH.

<sup>74</sup> ATF 141 III 119, consid. 7.1.4.

<sup>75</sup> Sur la *ratio legis* de cette règle spécifiquement destinée aux médias, voir MONNIER, p. 220 ss.



Les données visées doivent être destinées à être volontairement *publiées* ; les données volées ou piratées rendues ensuite publiques ne peuvent être considérées comme destinées à la publication<sup>76</sup>. La notion de « *partie rédactionnelle* » englobe notamment « *les lettres de lecteurs, les interviews, les images, photomontages, blogs, dessins de presse, éditoriaux, opinions et rubriques libres* », à l'exclusion des parties contenant des annonces publicitaires, des salons de discussion (*chat room*) non modérés ou des commentaires d'articles qui ne sont pas vérifiés avant leur publication<sup>77</sup>. La notion de « *média à caractère périodique* » reprend celle des articles 28c et 28g CC, ainsi que celle de l'article 28a CP, qui sous-tend une régularité dans la publication dudit média<sup>78</sup>. Une page internet jamais actualisée n'est dès lors pas considérée comme un média à caractère périodique ; la réédition actualisée d'un ouvrage non plus. À l'inverse, un blog mis à jour régulièrement ou une newsletter tombent dans cette définition<sup>79</sup>.

Si le fichier, qui remplit les conditions précitées, fournit des indications sur les sources d'information (art. 10 al. 1 let. a), si un droit de regard sur des projets de publication résulterait de l'octroi de l'accès (art. 10 al. 1 let. b) ou si l'octroi de l'accès compromettrait la libre formation de l'opinion publique (art. 10 al. 1 let. c), le maître du fichier peut alors refuser, restreindre ou différer l'octroi des renseignements demandés<sup>80</sup>. Cette liste est exhaustive<sup>81</sup>.

Au surplus, aux conditions de l'article 10 alinéa 2 LPD, un journaliste peut refuser, restreindre ou différer l'octroi des informations requises si le fichier lui sert exclusivement d'instrument de travail personnel. Tombe en particulier sous le coup de cette disposition le « *fichier maison, qu'un journaliste s'est constitué au fur et à mesure de ses diverses enquêtes, l'agenda, le bloc-notes, manuscrit ou informatique, utilisé comme aide-mémoire ou ébauchoir, voire le dictaphone qui recueille sur le vif certaines idées et constatations à approfondir ou à vérifier* »<sup>82</sup>.

Par *journaliste*, on entend une personne qui participe à la publication d'informations dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique. La doctrine est divisée sur la question de savoir si ledit journaliste doit, pour pouvoir invoquer l'article 10 alinéa 2 LPD, être professionnel ou non. Certains

<sup>76</sup> HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, N 5 *ad* art. 10 ; MEIER, N 1176 ; MONNIER, p. 229 ss.

<sup>77</sup> BSK DSG-GRAMIGNY/MAURER-LAMBROU, N 10 *ad* art. 10 ; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, N 4 *ad* art. 10 ; MEIER, N 1176 ; MONNIER, p. 229 ss.

<sup>78</sup> Sur cette notion, voir MONNIER, p. 215 ss.

<sup>79</sup> BSK DSG-GRAMIGNY/MAURER-LAMBROU, N 12 *ad* art. 10 ; SHK DSG-HUSI-STÄMPFLI, N 11 *ad* art. 10 ; MEIER, N 1176 et références.

<sup>80</sup> MONNIER, pp. 232 ss.

<sup>81</sup> MEIER, N 1177.

<sup>82</sup> MONNIER, p. 258.

estiment qu'un journaliste amateur est également visé par cette disposition<sup>83</sup>. D'autres, au contraire, sont d'avis que seul le journaliste exerçant de manière professionnelle doit être protégé, tout en admettant que ce dernier puisse exercer sans être rémunéré ou comme job secondaire à temps partiel<sup>84</sup>. La distinction entre un journaliste amateur et un journaliste professionnel semble, dans ces conditions, difficile<sup>85</sup>.

Pour qu'un journaliste puisse opposer la restriction de l'article 10 alinéa 2 LPD au requérant, il convient que le fichier visé lui serve « exclusivement » d'instrument de travail personnel<sup>86</sup>.

## B. Types de restriction

Une restriction du droit d'accès peut prendre plusieurs formes. Au sens des articles 9 et 10 LPD, le maître du fichier peut en effet refuser ou restreindre la communication des renseignements demandés, voire en différer l'octroi. Le refus empêche tout accès du requérant aux données visées. La restriction d'accès englobe des mesures qui permettent au requérant d'accéder aux renseignements, mais de manière limitée. Le cas le plus typique est le caviardage d'un document avant sa remise<sup>87</sup>. Finalement, le maître du fichier peut également différer l'octroi des informations, en repoussant le moment auquel elles seront données<sup>88</sup>.

Ces différents types de restriction peuvent être combinés et, la liste susmentionnée n'étant pas exhaustive, d'autres modalités de restriction peuvent être envisagées<sup>89</sup>. Il existe par exemple la possibilité de donner un renseignement par oral seulement, ou de donner un renseignement assorti d'une charge ou d'une condition<sup>90</sup>.

<sup>83</sup> CLEMENT/COTTIER/MONNIER, p. 185, qui tirent leur conclusion du fait que la LPD, contrairement au CP, ne pose pas la condition du professionnalisme ; MEIER, N 1182.

<sup>84</sup> BSK DSG-GRAMIGNY/MAURER-LAMBROU, N 13 *ad* art. 9 ; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, N 8 *ad* art. 10.

<sup>85</sup> Voir, sur ce point, MONNIER, p. 228 s., qui estime que l'art. 10 LPD « *se devrait d'exclure le journalisme de Monsieur Tout-le-monde pour se concentrer sur les activités d'une certaine intensité quantitative et qualitative et impliquant une certaine continuité* ».

<sup>86</sup> MONNIER, p. 259 ; WIDMER, *in* PASSADELIS/ROSENTHAL/THÜR, N 5.50.

<sup>87</sup> Sur l'anonymisation de document, voir par exemple TF 1C\_522/2018 du 8 mars 2019, consid. 3.

<sup>88</sup> SHK DSG-HUSI-STÄMPFLI, N 9 *ss ad* art. 9.

<sup>89</sup> BSK DSG-GRAMIGNY/MAURER-LAMBROU, N 10 *ad* art. 9.

<sup>90</sup> BSK DSG-GRAMIGNY/MAURER-LAMBROU, N 10 *ad* art. 9 ; MEIER, N 1128.

Quel que soit le type de restriction choisie, la restriction doit être conforme au principe de proportionnalité et, dès lors, limitée au strict nécessaire d'un point de vue matériel, géographique, temporel et personnel<sup>91</sup>. Il convient d'effectuer, au cas par cas, une pesée des intérêts entre les intérêts du requérant à obtenir accès à l'information et les intérêts du maître du fichier à ne pas tout dévoiler. Dès lors qu'un droit d'accès est octroyé de manière restreinte, l'autorité dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix des mesures d'anonymisation<sup>92</sup>.

Lorsque l'octroi du droit d'accès est différé, certains auteurs sont d'avis qu'il est du devoir du maître du fichier d'indiquer, dans la motivation du refus, le moment à partir duquel un accès non limité pourra être octroyé<sup>93</sup>.

L'article 9 alinéa 3 LPD dispose que l'organe fédéral, qui refuse, restreint ou diffère l'octroi du droit d'accès a un devoir d'informer le requérant lorsque le motif justifiant le refus, la restriction ou l'ajournement tombe<sup>94</sup>. Quand bien même le devoir du maître du fichier privé n'est pas réglé par la loi, le principe de la bonne foi impose à ce dernier d'être tenu au même comportement que celui prescrit à l'organe fédéral<sup>95</sup>. La nouvelle LPD (V.) supprime complètement cet alinéa<sup>96</sup> ; le devoir d'informer du maître du fichier reposant sur le principe de la bonne foi, il n'a pas besoin d'assise légale et devrait continuer à s'appliquer à tous les maîtres de fichier malgré cette modification.

#### **IV. Droit d'accès aux données de la personne décédée**

Le droit d'accès est intransmissible et ne passe dès lors pas aux héritiers au moment du décès<sup>97</sup>. Il arrive cependant que les proches du défunt souhaitent obtenir des renseignements. En pratique, l'accès aux données personnelles du défunt est invoqué principalement pour consulter le dossier médical de la personne décédée, soit pour déterminer sa capacité de discernement et ainsi

<sup>91</sup> ATF 125 II 473 = JdT 2001 I 322, consid. 4.c.bb ; BSK DSG-GRAMIGNY/MAURER-LAMBROU, N 9 *ad* art. 9 ; MEIER, N 1129.

<sup>92</sup> TF 1C\_522/2018 du 8 mars 2019, consid. 3.3.

<sup>93</sup> MEIER, N 1130.

<sup>94</sup> Message Décision-cadre, FF 2009 p. 6113.

<sup>95</sup> EPINEY/FASNACHT, *in* BELSER/EPINEY/WALDMANN, N 50 *ad* § 11 ; MEIER, N 1133 ; SHK DSG-HUSI-STÄMPFLI, N 46 *ad* art. 9 ; WIDMER, *in* PASSADELIS/ROSENTHAL/THÜR, N 5.42. *Contra* : BSK DSG-GRAMIGNY/MAURER-LAMBROU, N 9 *ad* art. 9.

<sup>96</sup> Message LPD 2017, FF 2017 p. 6685.

<sup>97</sup> PAGE, p. 121.

résoudre des questions successorales, soit pour déceler une éventuelle erreur médicale<sup>98</sup>.

Selon l'article 1 alinéa 7 OLPD, la consultation des données de la personne décédée est accordée lorsque le requérant justifie d'un intérêt à la consultation et qu'aucun intérêt prépondérant de proches de la personne décédée de n'y oppose. Un intérêt est établi d'office en cas de proche parenté ou de mariage avec la personne décédée.

Une pesée des intérêts doit ainsi avoir lieu entre, d'une part, l'intérêt du requérant à obtenir les données de la personne décédée et, d'autre part, les intérêts de tiers ou de proches du défunt.

Outre les intérêts prépondérants de tiers ou de proches de la personne décédée, l'intérêt du défunt devrait être pris en compte<sup>99</sup>. Le secret professionnel ou médical, notamment, peut ainsi s'opposer au droit des descendants. Dans le cadre d'un arrêt se référant à la LPD, laquelle n'était cependant pas applicable au cas d'espèce, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'apparaissait « *pas dépourvu de sens de garantir aux intéressés qu'après leur décès, les renseignements figurant dans leur dossier de patient demeureront couverts par le secret médical et ne seront pas divulgués sans un contrôle sévère [...]. On ne saurait présumer que le défunt, même s'il était profondément lié avec un proche, ait de ce seul fait admis que son dossier médical soit accessible entièrement et sans restriction à celui-ci* »<sup>100</sup>. À l'inverse, « *[o]n ne saurait prétendre [...] que le dossier médical d'une personne décédée serait totalement inaccessible, car cela empêcherait la succession de rechercher les éventuelles responsabilités du corps médical. La consultation par le biais d'un médecin, chargé d'en retransmettre le contenu accessible aux intéressés, particulièrement lorsque le dossier médical contient des données sur les rapports du patient avec les membres de sa famille, apparaît comme une mesure adéquate* »<sup>101</sup>.

Dans le cadre d'un arrêt rendu en septembre 2014, le Tribunal fédéral a refusé à une héritière le droit de consulter le dossier AVS de ses parents décédés, laquelle se prévalait de l'article 8 LPD, jugeant que la demande d'accès de la requérante tendait uniquement à la revendication d'un droit successoral et ne coïncidait dès lors pas avec l'objectif de la LPD<sup>102</sup>.

Une partie de la doctrine estime que l'article 1 alinéa 7 OLPD est contraire à la loi et ne satisfait pas aux exigences constitutionnelles de base légale, dans

<sup>98</sup> EIGENMANN/FANTI, p. 208.

<sup>99</sup> MEIER, N 1013 ; MÉTILLE, Internet, p. 101.

<sup>100</sup> Arrêt du TF du 26 avril 1995 = SJ 1996 293, consid. 3a.

<sup>101</sup> TF 1P.359/2001 du 1<sup>er</sup> octobre 2010, consid. 2d.

<sup>102</sup> ATF 140 V 464 = RDAF 2015 I 285, consid. 4.2.

la mesure où la LPD ne prévoit pas de droit d'accès pour les tiers<sup>103</sup>. D'autres voient plutôt dans ce droit non pas un droit d'accès à proprement parler, mais un droit *sui generis* de consultation d'un dossier, qui ne consiste pas en un droit du défunt se transmettant aux héritiers, mais en un droit propre des proches<sup>104</sup>. La jurisprudence fédérale a laissé la question ouverte<sup>105</sup>. Le Tribunal cantonal zurichois a quant à lui récemment jugé que l'article 1 alinéa 7 OLPD était contraire à la loi<sup>106</sup>.

Dans le but de clarifier cette distinction, le Conseil fédéral avait prévu, dans le cadre du projet de révision de la LPD, d'insérer un article portant sur l'accès aux données de personnes décédées. Cet article aurait précisé les conditions auxquelles le droit d'accès pouvait être accordé et ajouté notamment que l'intérêt du défunt devait être pris en compte<sup>107</sup>. Cette disposition a cependant été supprimée par le Parlement dans la nouvelle LPD telle qu'adoptée en septembre 2020 (V.), celui-ci ayant estimé que la question était déjà suffisamment réglementée, notamment par le Code civil<sup>108</sup>.

## **V. Révision de la LPD**

Outre les modifications mentionnées plus haut en lien avec l'article 9 alinéa 3 LPD (III.B.) et les données de personnes décédées (IV.), la révision totale de la LPD, adoptée par le Parlement fédéral le 25 septembre 2020 et dont l'entrée en vigueur est prévue début 2022, modifie certaines dispositions relatives au droit d'accès et à ses restrictions.

La nouvelle LPD prévoit notamment un article 25 nLPD relatif au droit d'accès légèrement modifié par rapport à l'article 8 actuel<sup>109</sup>. En particulier, les informations qui doivent être transmises par le maître du fichier au requérant sont précisées (art. 25 al. 2 nLPD), en prévoyant notamment que la durée de conservation doit être communiquée pour permettre au requérant de vérifier que ses données sont traitées conformément aux principes généraux<sup>110</sup>. L'actuel

<sup>103</sup> Parmi d'autres, BSK DSG-MAURER-LAMBROU/KUNZ, N 6 *ad* art. 2 ; HERTIG PEA, p. 119 s. ; PAGE, p. 121 ; SHK DSG-RUEDIN, N 28 *ad* art. 8.

<sup>104</sup> EIGENMANN, N 90 ; HUSI-STÄMPFLI, p. 51 ; MEIER, N 1013.

<sup>105</sup> ATF 140 V 464, RDAF 2015 I 285, consid. 4.2 : « *reste ouverte la question de savoir la question de savoir si l'article 1 alinéa 7 OLPD, qui prévoit un droit d'accès au dossier aux parents proches du défunt, est légal* ».

<sup>106</sup> Obergericht Zurich, NP160017-O/U, 16 novembre 2016, consid. IV.2.

<sup>107</sup> HUSI-STÄMPFLI, p. 51 ; Message LPD 2017, FF 2017 p. 6662 ss.

<sup>108</sup> BO 2019 N 1799, 1805, 1809 ; BO 2019 E 1242.

<sup>109</sup> FF 2020 7397, pp. 7408-7409.

<sup>110</sup> Message LPD 2017, FF 2017 p. 6684.

article 8 alinéa 3 LPD relatif à l'accès indirect aux données (II.B.1.) a été modifié pour exiger désormais le consentement de la personne concernée pour que la communication puisse être effectuée par un tiers (art. 25 al. 3 nLPD)<sup>111</sup>. Un paragraphe est également ajouté pour prendre en compte les situations dans lesquelles une décision est prise de manière automatisée, les informations relatives à la logique de la décision devant désormais être communiquées (art. 25 al. 2 let. f nLPD)<sup>112</sup>. Au surplus, la nouvelle loi contient une disposition qui, reprenant l'article 1 alinéa 4 OLPD, prévoit que les renseignements demandés doivent être donnés dans un délai de 30 jours (art. 25 al. 7 nLPD)<sup>113</sup>.

L'article 26 nLPD<sup>114</sup>, qui concerne les restrictions au droit d'accès, n'introduit pas de changements fondamentaux par rapport à l'article 9 actuel. La modification majeure vise à consacrer la jurisprudence en inscrivant dans la loi, à l'alinéa 1, l'exception de l'abus de droit, en précisant que le ou la responsable du traitement peut refuser, restreindre ou différer la communication des renseignements lorsque la demande d'accès est manifestement infondée notamment lorsqu'elle poursuit un but contraire à la protection des données personnelles, notamment parce qu'elle poursuit un but contraire à la protection des données ou est manifestement procédurière<sup>115</sup>.

La modification de l'article concernant les médias et les journalistes (actuel art. 10 LPD, nouvel art. 27 nLPD) ne contient aucun changement matériel<sup>116</sup>.

Finalement, est intégré dans la nouvelle loi, au chapitre intitulé « *droits de la personne concernée* », un droit à la portabilité des données, à savoir un droit à obtenir ses données personnelles dans un format électronique standard permettant ensuite de les transférer à un autre service (art. 28 et 29 nLPD).

<sup>111</sup> Cette modification permet de répondre aux critiques d'une partie de la doctrine, qui qualifiait le mécanisme prévu par l'art. 8 al. 3 LPD de « *paternalisme médical* » et qui recommandait de l'interpréter « *comme une prérogative de la seule personne concernée de faire appel ou non à un tiers spécialisé pour la communication des informations qu'elle requiert* » (MEIER, N 1006).

<sup>112</sup> Message LPD 2017, FF 2017 p. 6684.

<sup>113</sup> FF 2020 7397, pp. 7408-7409.

<sup>114</sup> FF 2020 7397, p. 7409.

<sup>115</sup> Message LPD 2017, FF 2017 p. 6685 s.

<sup>116</sup> Message LPD 2017, FF 2017 p. 6686 s.

## **VI. Excursus : le droit de l'UE**

### **A. Généralités**

La Suisse n'est certes pas un État membre de l'Union européenne (UE) ; toutefois, le droit de l'Union est – à plusieurs niveaux – d'une grande importance pour la Suisse. Ce constat général – qui inclut aussi l'interprétation du droit de l'UE par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) – vaut également pour le droit de la protection des données. Dans ce domaine, les implications du droit de l'Union se situent avant tout à cinq niveaux<sup>117</sup> :

- Premièrement, les accords d'association entre la Suisse et l'Union européenne concernant l'acquis Schengen et Dublin<sup>118</sup> mentionnent dans les annexes que la Directive 95/46<sup>119</sup> fait partie des actes législatifs de l'Union dont la Suisse doit garantir le respect. Il convient toutefois de mentionner que le nouveau Règlement général sur la protection des données (Règlement 2016/679, RGPD)<sup>120</sup> n'a pas été intégré dans l'annexe. Ce règlement renforce considérablement la protection de la personnalité, notamment en renforçant les droits des individus et le pouvoir des autorités de surveillance, mais aussi en introduisant de nouveaux instruments et de nouvelles obligations des responsables de traitement de données<sup>121</sup>. Il reprend également les grands principes de la Directive 95/46 ; dans ce sens aussi, la jurisprudence de la CJUE par rapport au nouveau règlement sera d'une certaine importance.
- S'y rajoute le fait que l'UE et ses États membres sont – tout comme la Suisse – parties contractantes de la Convention 108 du Conseil de l'Europe, qui a été révisée récemment<sup>122</sup>. Le nouveau Règlement général

<sup>117</sup> Cf. en détail EPINEY/FREI, p. 10 ss.

<sup>118</sup> Accord entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis Schengen, RS 0.362.31 ; Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre ou en Suisse, RS 0.142.392.68.

<sup>119</sup> Directive 95/46 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO 1995 L 281, 31.

<sup>120</sup> Règlement 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO 2016 L 119, 8.

<sup>121</sup> Cf. par rapport aux nouveautés du RGPD, avec d'autres références, EPINEY/FREI, p. 13 ss.

<sup>122</sup> Cf. par rapport à cette révision DE TERWANGNE, p. 39 ss.

sur la protection des données a été élaboré en tenant compte de cette révision ; il est ainsi censé mettre en œuvre cette révision au niveau de l'UE. Dans ce sens, il peut être considéré comme une pratique subséquente par rapport à un accord international qui doit être prise en compte pour l'interprétation de l'accord (*cf.* art. 31 ss. Convention de Vienne sur le droit des traités). Puisqu'il s'agit de plus de la pratique de 27 parties contractantes, cette pratique revêt une certaine importance.

- Par ailleurs, le RGPD prévoit une application extraterritoriale sous certaines conditions (*cf.* art. 3 al. 2 RGPD). Au vu des relations (économiques) étroites de la Suisse avec l'UE, ces conditions seront souvent remplies avec pour conséquence que le RGPD devra aussi être respecté pour les traitements de données en Suisse couverts par cette application extraterritoriale<sup>123</sup>.
- Ensuite, l'article 45 RGPD prévoit que l'Union européenne peut décider de l'adéquation du niveau de protection des données dans un pays tiers. Actuellement, la Suisse bénéficie d'une telle décision<sup>124</sup> ; toutefois, celle-ci sera sans aucun doute réévaluée prochainement au vu du nouveau Règlement général sur la protection des données. La Suisse a dès lors tout intérêt à viser un niveau de protection comparable à celui en vigueur au sein de l'Union.
- Finalement, d'un point de vue du droit comparé, il est toujours intéressant d'observer comment des questions juridiques sont traitées ailleurs ; ceci vaut spécialement pour un domaine comme le droit de la protection des données qui est largement influencé par le droit international – tant par la Convention 108 du Conseil de l'Europe déjà mentionnée que par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>125</sup> – et pour lequel les problèmes structurels et dogmatiques se posent de manière comparable dans différents pays.

## B. Quelques arrêts topiques

La CJUE s'est penchée à plusieurs reprises sur des questions touchant au droit d'accès. Nous avons choisi quelques arrêts topiques qui seront brièvement résumés et commentés ci-après. Comme le droit d'accès est repris dans le RGPD en s'appuyant sur le concept de la Directive 95/46, ces arrêts restent

<sup>123</sup> *Cf.* en détail par rapport à l'application extraterritoriale MÉTILLE/ACKERMANN, p. 77 ss.

<sup>124</sup> *Cf.* Décision 2000/158, JO 2000 L 215, 1.

<sup>125</sup> *Cf.* par rapport aux implications de la CEDH pour la protection des données EPINEY/SCHLEISS, *in* BELSER/EPINEY/WALDMANN, § 3 N 9 ss.



pertinents dans le cadre du RGPD. De plus, ces arrêts concernant la Directive 95/46 sont à prendre en considération par la Suisse sur la base des accords d'association Schengen/Dublin<sup>126</sup>.

### *1. Affaire C-553/07 (Rijkeboer)*

Dans l'affaire C-553/07<sup>127</sup>, la Cour a souligné – en lien avec la transmission de données à des tiers – que le droit d'accès selon l'article 12 Directive 95/46 prévoit un droit d'accès à l'information sur les destinataires ou les catégories de destinataires des données ainsi qu'au contenu de l'information communiquée non seulement pour le présent, mais aussi pour le passé. Les États membres peuvent certes fixer un délai de conservation de cette information ainsi qu'un accès corrélatif à celle-ci ; toutefois, ils doivent veiller à garantir un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt de la personne concernée à protéger sa vie privée, notamment au moyen des voies d'intervention et de recours prévus par la directive et, d'autre part, la charge que l'obligation de conserver cette information représente pour le responsable du traitement.

Dans tous les cas, une réglementation qui limite la conservation de l'information sur les destinataires ou les catégories de destinataires des données et le contenu des données transmises à une durée d'un an (ce qui limite automatiquement l'accès à cette information de la même manière), alors que les données de base sont conservées beaucoup plus longtemps, ne saurait constituer un juste équilibre des intérêts et obligations en cause, à moins qu'il ne soit démontré qu'un délai de conservation plus long de ces informations constituerait une charge excessive pour le responsable du traitement.

Cet arrêt clarifie donc de manière très limpide les obligations du maître de fichier concernant des traitements de données (notamment des communications à des tiers) pour le passé. Les principes découlent au fond du droit fondamental à la protection de la vie privée tel qu'ancré aux articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux mais aussi à l'article 8 CEDH.

### *2. Affaires jointes C-141/12, C-372/12 (YS)*

Les affaires jointes C-141/12 et C-372/12<sup>128</sup> concernaient des demandes d'accès à des projets de décision et aux analyses juridiques qui en faisaient partie dans le domaine des autorisations de séjours. La question centrale ici était celle de

<sup>126</sup> Cf. VI.A.

<sup>127</sup> CJUE, C-553/07 (*Rijkeboer*) du 7 mai 2009.

<sup>128</sup> CJUE, affaires jointes C-141/12, C-372/12 (*YS*) du 17 juillet 2014.

savoir si l'entier de ces projets de décision constituait des données concernant la personne qui en demande l'accès.

La Cour a, d'une part, souligné que le demandeur d'un titre de séjour dispose d'un droit d'accès à l'ensemble des données à caractère personnel le concernant qui font l'objet d'un traitement par les autorités, y compris les données personnelles figurant dans le projet de décision et dans l'analyse juridique. D'autre part, ceci ne signifie pas qu'il doit avoir accès à l'ensemble de l'analyse juridique qui ne constitue en soi pas une donnée personnelle ; au contraire, il suffit de transmettre au demandeur un aperçu complet des données le concernant sous une forme permettant à la personne concernée de prendre connaissance de ces données et de vérifier qu'elles sont exactes et traitées de manière conforme aux dispositions légales.

Cet arrêt illustre bien la difficulté de délimiter la notion de données concernant une personne. Nous pouvons en déduire qu'il est possible – en cas de demande d'accès à des données personnelles – de limiter l'accès aux documents concernés et qu'il n'est dès lors pas nécessaire de transmettre tout le document dans lequel des données personnelles figurent à des endroits différents, un résumé étant considéré comme suffisant. Ainsi, l'arrêt démontre également la différence – au niveau conceptionnel – entre le droit d'accès à ses propres données (justement limité à ces données) et le droit d'accès à des documents en lien avec le principe de transparence.

### 3. *Affaire C-434/16 (Nowak)*

Dans l'affaire C-434/16<sup>129</sup>, la Cour a dû se prononcer sur l'accès d'une personne qui a passé un examen écrit à la copie de cet examen, y compris les annotations de l'examineur. Le point de départ des considérations de la Cour était le fait que le droit d'accès se réfère à toute information respectivement donnée à caractère personnel, cette notion devant être interprétée de manière large. Elle n'est pas restreinte aux informations sensibles ou d'ordre privé, mais englobe toute sorte d'informations, tant objectives que subjectives, sous forme d'avis ou d'appréciations, à condition que celles-ci concernent la personne en cause.

Il est dès lors déterminant que l'information, en raison de son contenu, sa finalité ou son effet, soit liée à une personne déterminée. Selon la Cour, cette condition est clairement remplie pour les réponses écrites fournies par un candidat à un examen car de telles informations sont liées à sa personne, le contenu de ces réponses reflétant le niveau de connaissance et de compétence du candidat dans le domaine en question ainsi que, le cas échéant, ses réflexions et son argumentation. De même, les annotations éventuelles de l'examineur

<sup>129</sup> CJUE, C-434/16 (*Nowak*) du 20 décembre 2017.

sont liées à sa personne puisque le contenu de celles-ci reflète l'avis ou l'appréciation de l'examineur sur les performances individuelles du candidat lors de l'examen, et notamment sur ses connaissances et ses compétences dans le domaine en question. Cette constatation n'est pas infirmée par le fait que ces annotations constituent également des informations concernant l'examineur.

Il est important de noter que la Cour attribue un sens large à la notion de donnée concernant une personne, une approche qui est convaincante au vu de l'objectif du droit de la protection des données. Il ressort également de cet arrêt qu'une même donnée peut être une donnée personnelle de plusieurs personnes et que l'évaluation faite par une tierce personne constitue en règle générale une donnée personnelle de la personne évaluée.

#### 4. *Affaire C-210/16 (Wirtschaftsakademie)*

La notion du responsable de traitement/maître de fichier était au centre de l'affaire C-210/16<sup>130</sup>. Cette notion doit être comprise dans un sens large et englobe aussi l'administrateur d'une page fan hébergée sur un réseau social. En effet, l'administrateur d'une telle page fan offre, par sa création, au réseau social (en l'occurrence à *Facebook*) la possibilité de placer des cookies sur l'ordinateur ou sur tout autre appareil de la personne ayant visité sa page fan, que cette personne dispose ou non d'un compte *Facebook*. En particulier, l'administrateur de la page fan peut demander à obtenir – et donc que soient traitées – des données démographiques concernant son audience cible, par exemple par rapport aux catégories de produits ou de services qui l'intéressent. Bien que ces statistiques d'audience établies par *Facebook* soient seulement transmises à l'administrateur de la page fan sous une forme anonymisée, il n'en demeure pas moins que l'établissement de ces statistiques repose sur la collecte préalable de données par *Facebook* et donc un traitement de données au moyen de cookies.

Cette interprétation large de la notion de responsable du traitement de données implique aussi qu'il doit répondre, le cas échéant, à des demandes d'accès, ce qui peut être difficile dans certaines circonstances.

#### 5. *Affaire C-486/12 (X)*

La question des coûts pour l'accès à ses données personnelles était au centre de l'affaire C-486/12<sup>131</sup>. D'après la Cour, le droit de l'Union ne s'oppose pas à la perception de frais à l'occasion de la communication de données

<sup>130</sup> CJUE, C-210/16 (*Wirtschaftsakademie*) du 5 juin 2018.

<sup>131</sup> CJUE, C-486/12 (*X*) du 12 décembre 2013.

personnelles à la personne concernée. Toutefois, les Etats membres sont tenus de garantir l'exercice du droit d'accès sans contrainte, sans délais excessifs et sans frais excessifs. Dans ce sens, les frais doivent être proportionnés et il convient de fixer leur montant à un niveau qui constitue un juste équilibre entre l'intérêt de la personne concernée à protéger sa vie privée et la charge que l'obligation de communiquer les données personnelles concernées représente pour le responsable du traitement. En aucun cas, les frais ne doivent être fixés à un niveau susceptible de constituer un obstacle à l'exercice du droit d'accès ; de plus, ils ne doivent pas dépasser les coûts réels de la communication.

Sans pour autant déterminer de manière exacte le montant des frais « acceptables », l'arrêt illustre tout de même les limites de la marge de manœuvre des États membres dans ce contexte.

## **VII. Conclusion**

Le droit d'accès à ses données personnelles est souvent négligé quant à son importance pour le droit de la personne à la protection de sa personnalité. La présente contribution a mis en exergue les grandes lignes et conditions pour l'exercice de ce droit. Il sied également de relever que la même problématique existe en droit de l'Union, et que les principes développés par la CJUE sont aussi pertinents pour le droit suisse.

Le droit d'accès est également lié au principe de transparence : si la personne n'a pas accès aux documents concernés parce qu'ils ne contiennent pas de données la concernant, un accès sur la base des lois sur la transparence peut être envisagé pour autant qu'il s'agisse de documents en possession d'un organe public. Toutefois, les possibilités de restreindre l'accès sont probablement plus larges dans le cadre du principe de transparence, puisque dans la pesée d'intérêt qui est souvent décisive, l'accès d'une personne à ses propres données pèse souvent plus qu'un « simple » intérêt à avoir accès à un document administratif, ceci nonobstant le fait que le principe de transparence, respectivement le droit d'accès aux documents en possession de l'administration, constitue également un droit fondamental. De plus, les constellations dans lesquelles il existe réellement une raison pouvant justifier une restriction du droit d'accès à ses propres données sont beaucoup plus rares – ce que la jurisprudence illustre parfaitement ; en effet, il est souvent difficile d'argumenter en quoi l'accès d'une personne à ses propres données peut être refusé.

Ces différences au niveau des possibilités de restriction d'accès entre le droit d'accès à ses propres données, d'une part, et l'accès sur la base des lois sur la transparence, d'autre part, illustre également la grande importance du premier et l'impact de la notion de données personnelles qui concernent le

demandeur, une notion qui – du moins d'un point de vue de la CJUE – doit être interprétée dans un sens large.

## VIII. Bibliographie

### A. Littérature

**Bruno BAERISWYL/Kurt PÄRLI** (éds), *Stämpfli Handkommentar, Datenschutzgesetz*, Berne 2015 (cité : SHK DSG-Auteur) ; **Eva Maria BELSER/Astrid EPINEY/Bernhard WALDMANN** (éds), *Datenschutzrecht – Grundlagen und öffentliches Recht*, Berne 2011 (cité : AUTEUR, in BELSER/EPINEY/WALDMANN) ; **Yaniv BENHAMOU/Guillaume BRAIDI/Arnaud NUSSBAUMER**, La restitution d'informations : quelques outils à la disposition du praticien, in *PJA* 2017, pp. 1302 ss ; **Nicolas BRACHER/Eyal I. TAVOR**, Das Auskunftsrecht nach DSG – Inhalt und Einschränkung im Vorfeld eines Zivilprozesses, in *SJZ* 109/2019, pp. 45 ss ; **François CLÉMENT/Bertil COTTIER/Gilles MONNIER**, Journalisme citoyen et protection des sources, in *Medialex* 2010, pp. 183 ss ; **Coralie DEVAUD**, L'information en droit médical, thèse, Zurich 2009 ; **Antoine EIGENMANN**, Succession et secret, in Paul-Henri STEINAUER/Michel MOOSER/Antoine EIGENMANN (éds), *Journée de droit successoral* 2019, Berne 2019 ; **Antoine EIGENMANN/Sébastien FANTI**, Successions, données personnelles, numériques et renseignements, in *SJ* 2017 II 193, pp. 193 ss ; **Astrid EPINEY/Nula FREI**, Die Datenschutzgrundverordnung : Grundsätze und ausgewählte Aspekte, in Astrid EPINEY/Sophia ROVELLI (éds), *Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) : Tragweite und erste Erfahrungen / Le règlement général sur la protection des données (RGPD) : portée et premières expériences*, Forum Europarecht Nr. 41, Zurich 2020, pp. 1 ss ; **Alexandre FLÜCKIGER/Stéphanie DAHMEN**, Jurisprudence actuelle en matière de protection des données, in Astrid EPINEY/Daniela NÜESCH (éds), *La révision de la protection des données en Europe et en Suisse*, Forum Europarecht Nr. 38, Zurich 2016, pp. 1 ss ; **Alexandre FLÜCKIGER/Stéphanie EMERY-DAHMEN**, Jurisprudence actuelle en matière de protection des données, in Astrid EPINEY/Déborah SANGSUE (éds), *L'ère numérique et la protection de la sphère privée*, Forum Europarecht Nr. 39, Zurich 2018, pp. 117 ss ; **Oliver GNEHM**, Das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht, in Astrid EPINEY/Daniela NÜESCH (éds), *La mise en œuvre des droits des particuliers dans le domaine de la protection des données*, Forum Europarecht Nr. 35, Zurich 2015, pp. 77 ss ; **Agnès HERTIG PEA**, La protection des données personnelles médicales est-elle efficace ? Étude des moyens d'action en droit suisse, thèse, Bâle 2013 ; **Sandra HUSI-STÄMPFLI**, DSG-Revision : Schritt in die richtige Richtung, in *digma* 2017, pp. 50 ss ; **Markus KERN/Tobias EGLI**, Aktuelle Rechtsprechung im Datenschutzrecht, in Astrid EPINEY/Déborah SANGSUE (éds), *Protection des données et droit de la santé Suisse*, Forum Europarecht Nr. 40, Zurich 2018, pp. 99 ss ; **Marie MAJOR**, Le droit d'accès de l'employé à son dossier personnel, in Jean-Philippe DUNAND/Pascal MAHON (éds), *La protection des données dans les relations de travail*, Genève/Zurich/Bâle 2017, pp. 287 ss ; **Dominique MANAI**, *Droit du patient face à la biomédecine*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2013 ; **Urs MAURER-LAMBROU/Gabor P. BLECHTA** (éds), *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz – Öffentlichkeitsgesetz*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2014 (cité : BSK DSG-[AUTEUR]) ; **Philippe MEIER**, *Protection des données – Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne 2010 ; **Sylvain MÉTILLE**, *Internet et droit : Protection de la personnalité et questions pratiques*, Zurich 2017 (cité : MÉTILLE, Internet) ; **Sylvain MÉTILLE**, Un profil de personnalité n'est pas

nécessaire pour juger de la solvabilité d'une personne, *in* Medialex 2017, pp. 176 ss (cité : MÉTILLE, Profil); **Sylvain MÉTILLE/Annelise ACKERMANN**, RGPD : application territoriale et extraterritoriale, *in* Astrid EPINEY/Sophia ROVELLI (éds), Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) : Tragweite und erste Erfahrungen / Le règlement général sur la protection des données (RGPD) : portée et premières expériences, Forum Europarecht Nr. 41, Zurich 2020, pp. 77 ss; **Gilles MONNIER**, Le droit d'accès aux données personnelles traitées par un média, thèse, Berne 1999; **Gérald PAGE**, Le droit d'accès aux données personnelles : Fondements, étendue, limites, *in* Mario PEDRAZZINI ET AL. (éds), La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne 1994, pp. 113 ss; **Nicolas PASSADELIS**, Datenschutzrechtliches Auskunftrecht erlaubt keine Beweisausforschung (BGE 138 III 425), *in* Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, 4 mars 2013; **Nicolas PASSADELIS/David ROSENTHAL/Hanspeter THÜR (éds)**, Datenschutzrecht : Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Bâle 2015 (cité : AUTEUR *in* PASSADELIS/ROSENTHAL/THÜR); **David ROSENTHAL**, Der Vorentwurf für ein neues Datenschutzgesetz : Was er bedeutet, *in* Jusletter 20 février 2017; **David ROSENTHAL/Yvonne JÖHRI (éds)**, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zurich 2008 (cité : HK DSG-AUTEUR); **Cécile DE TERWANGNE**, La Convention 108+ du Conseil de l'Europe : traité international modernisé pour la protection des données à caractère personnel, *in* Astrid EPINEY/Sophia ROVELLI (éds), Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) : Tragweite und erste Erfahrungen/Le règlement général sur la protection des données (RGPD) : portée et premières expériences, Forum Europarecht Nr. 41, Zurich 2020, pp. 39 ss; **Amédéo WERMELINGER/Daniel SCHWERI**, Teilrevision des Eidgenössischen Datenschutzrechts – Es nützt nicht viel, schadet es etwas ?, *in* Jusletter 3 mars 2008; **Lukas WIGET/Daniel SCHOCH**, Das Auskunftsrecht nach DSGVO – eine unkonventionelle Art der Beschaffung von Beweismittel ?, *in* PJA 2010, pp. 999 ss.

## **B. Documents officiels**

**Conseil fédéral**, Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II pp. 421 ss (cité : Message LPD 1988); **Conseil fédéral**, Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15 septembre 2017, FF 2017 pp. 6565 ss (cité : Message LPD 2017); **Conseil fédéral**, Message relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne sur la reprise de la décision-cadre 2008/977/JAI du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, FF 2009 pp. 6091 ss; **Conseil fédéral**, Message relatif à la révision de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) et à l'arrêté fédéral concernant l'adhésion de la Suisse au Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données du 19 février 2003, FF 2002 pp. 1915.

---

# Étude empirique du droit d'accès à ses données personnelles

Livio DI TRIA

Doctorant en droit et assistant diplômé à l'Université de Lausanne, Maîtrise en droit

Kastriot LUBISHTANI

Doctorant en droit et assistant diplômé à l'Université de Lausanne, Maîtrise en droit

## Table des matières

I.	Introduction.....	30
II.	Droit d'accès en théorie .....	31
	A. Notions .....	32
	1. Traitement (art. 3 let. e LPD).....	32
	2. Donnée personnelle (art. 3 let. a LPD).....	33
	3. Caractéristiques essentielles.....	36
	B. Droit actuel (art. 8 LPD).....	38
	1. Droit de savoir (al. 1).....	38
	2. Droit d'être renseigné (al. 2).....	39
	3. Modalités d'exercice .....	41
	a) Destinataire.....	42
	b) Justification de l'identité.....	43
	c) Forme de la demande et de la communication.....	43
	d) Format des données .....	45
	e) Procédure et délai .....	45
	f) Gratuité.....	46
	4. Restrictions (art. 9 et 10 LPD) .....	47
	C. Droit futur (art. 25 nLPD).....	48
III.	Droit d'accès en pratique .....	50
	A. Méthodologie.....	51
	B. Résultats et problématiques soulevées.....	51
	1. Entreprise privée de surveillance .....	52
	a) Faits .....	52
	b) Analyse.....	53
	2. Entreprises de renseignements de solvabilité.....	55
	a) Faits .....	55
	b) Analyse.....	56
	3. Entreprises du commerce de détail.....	59
	a) Faits .....	59
	b) Analyse.....	60
	4. Assurance privée .....	62
	a) Faits .....	62
	b) Analyse.....	62

5.	Entreprise de paiement mobile de parking .....	63
a)	Faits .....	63
b)	Analyse.....	63
6.	Plateforme de streaming.....	64
a)	Faits .....	64
b)	Analyse.....	65
7.	Prestataires de services financiers .....	66
a)	Faits .....	66
b)	Analyse.....	66
8.	Entreprise de services technologiques.....	68
a)	Faits .....	68
b)	Analyse.....	68
9.	Entreprise du commerce électronique .....	70
a)	Faits .....	70
b)	Analyse.....	71
C.	Synthèse et recommandations pratiques.....	72
IV.	Conclusion.....	73
A.	Littérature.....	73
B.	Documents officiels.....	75

## I. Introduction

Depuis son adoption, la Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données<sup>1</sup> consacre le droit d’avoir accès à ses données personnelles ou, plus succinctement, le droit d’accès (*Auskunftsrecht*, *diritto d’accesso*, *right to information*). Ancré aujourd’hui à l’article 8 LPD et bientôt à l’article 25 nLPD<sup>2</sup>, il permet à toute personne (ci-après : un « requérant »), qu’elle ait un rapport juridique avec le maître du fichier ou non, de lui demander si des données la concernant font l’objet d’un traitement et qu’il les lui transmette. À ce titre, ce droit est une institution fondamentale de la protection des données et vise, d’une part, à assurer la transparence de tout traitement de données personnelles, mais aussi, d’autre part, à garantir aux personnes concernées une maîtrise des données les concernant<sup>3</sup>.

Dans un monde où l’« ubiquité numérique » est désormais la norme, le droit d’accès est d’autant plus capital que les traitements de données personnelles sont de plus en plus nombreux, mais aussi méconnus des personnes concernées elles-mêmes. Si un traitement de données semble aller de soi dans le contexte d’une relation contractuelle, tel n’est pas toujours le cas.

<sup>1</sup> LPD ; RS 235.1.

<sup>2</sup> FF 2020 7397.

<sup>3</sup> SHK DSG-RUDIN, N 1 *ad* art. 8 ; BSK DSG-GRAMINGA/MAURER-LAMBROU, N 1 *ad* art. 8 ; MEIER, N 964 s. ; Message LPD 1988, FF 1988 II p. 460.



En effet, il existe de nombreux tiers traitant des données de personnes avec lesquels il n'existe pas de rapport juridique et sans qu'elles ne le sachent, à l'instar, notamment, des entreprises de renseignements de solvabilité ou des *data broker*. De cette pratique, aussi licite soit-elle, découle de façon inhérente un risque accru d'atteinte à la personnalité par un traitement de données pouvant être erronées. La presse s'est dernièrement fait l'écho de « *l'affaire Jean-Christophe Schwaab* » illustrant parfaitement cette problématique<sup>4</sup>.

Les études doctrinales touchant de près ou de loin le droit d'accès sont relativement nombreuses<sup>5</sup>. Pourtant, plus rare, voire inexistante est la littérature juridique s'intéressant à la mise en pratique du droit d'accès et les déficiences qu'elle pourrait révéler. La présente contribution a dès lors pour objectif de combler cette lacune au travers d'une étude empirique, afin de mettre en évidence la manière par laquelle le droit d'accès est concrètement mis en œuvre, pour apporter un regard critique sur cette institution dans la pratique.

Ainsi, nous étudierons dans un premier temps le droit d'accès sur un plan théorique aussi bien sous l'angle du droit actuel que du droit qui entrera prochainement en vigueur (II.). Il s'agira ensuite de présenter et de discuter les résultats obtenus ensuite d'une étude empirique du droit d'accès (III.), pour terminer la présente contribution avec une appréciation critique et globale des enjeux y relatifs (IV.).

## II. Droit d'accès en théorie

À titre liminaire, il convient de définir quelques notions de base de la protection des données (A.), car elles sont nécessaires à la bonne compréhension de l'institution qu'est le droit d'accès, dont nous présenterons ensuite les caractéristiques essentielles (B.). Nous examinerons par après l'institution en droit aujourd'hui (art. 8 LPD) (C.) et ensuite telle qu'elle sera consacrée par l'entrée en vigueur prochaine de l'art. 25 nLPD (D.).

<sup>4</sup> *Infra* III./B./2./b).

<sup>5</sup> Voir notamment : ERARD, N 500 ss ; BRUDERER, p. 293 ss ; BENHAMOU/BRAIDI/NUSSBAUMER, p. 1302 ss et p. 1310 ss ; ROSENTHAL, Jusletter du 27 novembre 2017, N 1 ss ; GNEHM, p. 77 ss ; SHK DSG-RUDIN, N 1 *ad* art. 8 ; BSK DSG-GRAMINGA/MAURER-LAMBROU, N 1 ss *ad* art. 8 ; MEIER, N 961 ss ; RUDOLPH, p. 1672 ss ; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, N 1 *ad* art. 8.

## **A. Notions**

Le droit d'accès fait appel à deux notions élémentaires, mais pourtant larges et imprécises<sup>6</sup>, de la protection des données : le traitement (1.) et la donnée personnelle (2.).

### *1. Traitement (art. 3 let. e LPD)*

Le « traitement » est défini à l'article 3 lettre e LPD comme « *toute opération relative à des données personnelles – quels que soient les moyens et procédés utilisés – notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données* ».

Pour déterminer si un traitement de données a lieu ou non, il sied de segmenter les étapes liées au déploiement d'une telle opération. Au préalable, le maître du fichier doit procéder à sa « planification », afin de s'assurer du respect des principes fondamentaux de la protection des données, mais cette action ne constitue pas encore un traitement. En outre, et même si l'analyse d'impact relative à la protection des données n'est pas obligatoire pour l'heure, elle est vivement recommandée en pratique, car elle permet de répertorier les risques relatifs à un traitement<sup>7</sup>. Ainsi, le traitement débute ensuite de la planification par la « collecte » de données personnelles et, une fois collectées, il se poursuit lorsque le maître du fichier met en œuvre leur « exploitation », par des outils divers et variés. Finalement, le traitement prend fin avec la « suppression » des données, laquelle constitue également un traitement.

La collecte, l'exploitation et la suppression des données sont donc les principales étapes du traitement au sein desquelles évoluent les données. La forme que ces opérations peuvent prendre est diverse et varie surtout en fonction du traitement dont il est question. C'est la raison pour laquelle nous estimons que presque toute opération relative à des données personnelles constitue un traitement de données entrant dans le champ d'application matériel de la LPD. À cet égard, il sied de souligner que le traitement de données est essentiel au bon fonctionnement de notre société contemporaine, que ce soit pour les entreprises ou les administrations. Si des données personnelles sont traitées depuis bien avant l'entrée en vigueur de la LPD actuelle en 1993, l'évolution constante des technologies de l'information et leur usage pour procéder à leur traitement a transfiguré l'importance à la fois du traitement et

<sup>6</sup> MEIER, N 422 et 521.

<sup>7</sup> L'obligation de réaliser une AIPD est prévue, sous certaines conditions, dans la nouvelle LPD en son art. 22, cf. DI TRIA, AIPD, pp. 121 ss et 127.

des données personnelles. En effet, l'automatisation du traitement de données dans un gain de temps et d'efficacité est aujourd'hui commun<sup>8</sup>.

## 2. Donnée personnelle (art. 3 let. a LPD)

Le traitement a pour objet toute « donnée personnelle ». Cette notion est définie à l'article 3 lettre a LPD comme « toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable ». Selon le droit actuel, aussi bien les données se rapportant à une « personne physique » qu'à une « personne morale » sont des données personnelles (art. 3 let. a LPD)<sup>9</sup>.

D'une part, une personne est « identifiée » lorsqu'il appert directement selon les informations en possession qu'il s'agit d'une personne déterminée « et d'elle seule »<sup>10</sup>. D'autre part, une personne est « identifiable » cette fois-ci lorsque les données en possession permettent, par « corrélation indirecte d'informations tirées des circonstances ou du contexte », de l'identifier<sup>11</sup>. Le fait que l'identification d'une personne soit théoriquement possible n'est pas suffisant en soi pour retenir qu'elle est « identifiable »<sup>12</sup>, pas plus que la situation dans laquelle l'identification requiert des moyens allant au-delà de ce qui est raisonnable<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Centrale d'enregistrement et d'analyse pour la sûreté de l'information Melani, pp. 1 et 6 s.

<sup>9</sup> Le Conseil fédéral a proposé l'exclusion des données des personnes morales, en raison de la faible « portée pratique » de la protection dont elles jouissent par la législation relative à la protection des données (Message LPD, FF 2017 p. 6595). Le législateur a suivi la proposition gouvernementale et la nLPD (FF 2020 7397) ne consacrerait plus de protection pour les personnes morales. Critique à juste titre selon nous, cf. HIRSCH, N 128 ss.

<sup>10</sup> MEIER, N 431. Il en va ainsi d'une pièce d'identité (ATF 138 II 346 = JdT 2013 I 71, consid. 6.1) ou d'une carte de visite (cf. PROBST, pp. 1423 et 1429). Voir également : BSK DSG-BLECHTA, N 8 ss *ad* art. 3 ; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, N 20 *ad* art. 3 ; Message LPD 1988, FF 1988 II p. 452.

<sup>11</sup> MEIER, N 432. Il en va ainsi d'une décision de blâme à l'adresse d'un avocat, même lorsque le nom de celui-ci est caviardé, en raison des circonstances de l'espèce (Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de droit administratif et public GE.2017.0188 du 16 janvier 2020), ou de la photographie d'une personne, quoiqu'avec un visage flouté, en raison de l'environnement de la photo (ATF 138 II 346 = JdT 2013 I 71, consid. 6.2). Voir également : BSK DSG-BLECHTA, N 8 ss *ad* art. 3 ; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, N 20 *ad* art. 3 ; Message LPD 1988, FF 1988 II p. 452.

<sup>12</sup> BRUDERER, p. 299 ; MEIER, N 445.

<sup>13</sup> ATF 138 II 346 = JdT 2013 I 71, consid. 6.1 ; ATF 136 II 508 = JdT 2011 IV 256, consid. 3.2. Voir en doctrine HIRSCH/JACOT-GUILLARMOD, pp. 151 et 158 s.

Ainsi, toutes les données pouvant être mises en relation avec une personne concernée, au moyen d'une référence ou d'un rapport de connexité, sont des données personnelles<sup>14</sup>. À cet égard, citons quelques exemples de données personnelles<sup>15</sup> qui sont souvent donnés : le nom, le prénom, la date de naissance, le numéro AVS, le numéro de téléphone, le numéro d'immatriculation, le numéro de compte bancaire, les images de vidéosurveillance, l'adresse IP, l'adresse postale, les photographies, les empreintes digitales ou le numéro d'une carte de fidélité.

La portée de la notion de « donnée personnelle » est extrêmement large, ainsi que l'a démontré l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne en *l'affaire Peter Nowak contre le Commissaire irlandais à la protection des données*<sup>16</sup>. En effet, il a été jugé que les réponses écrites fournies par un candidat à un examen constituent des données personnelles, en ce qu'elles reflètent « *le niveau de connaissance et de compétence du candidat dans un domaine donné ainsi que, le cas échéant, son jugement et son esprit critique* », mais aussi des informations sur « *son écriture* »<sup>17</sup>. Il en va de même des annotations de l'examineur, car leur contenu donne des informations sur son « *avis ou appréciation [...] sur les performances individuelles du candidat lors de l'examen, et notamment sur ses connaissances et compétences dans le domaine concerné* »<sup>18</sup>.

S'il ne lie pas la Suisse, cet arrêt est intéressant à plus d'un titre quant à l'étendue de l'interprétation de la notion ici discutée, étant donné que les définitions suisse et européenne sont peu ou prou les mêmes. C'est la raison pour laquelle cette jurisprudence peut, selon nous, être transposée en droit suisse. Néanmoins, il nous faut relever à cet égard que la jurisprudence helvétique ne permet la consultation d'un procès-verbal d'examen que si un « *règlement d'examen en prévoit explicitement la tenue et qu'il ne réserve pas son usage à l'interne* »<sup>19</sup>. Or à notre connaissance, pareille question n'a jamais

<sup>14</sup> GNEHM, p. 90 s.

<sup>15</sup> Indépendamment de savoir si ce sont des données sensibles au sens de l'art. 3 let. c LPD.

<sup>16</sup> CJUE, C-434/16 (*Nowak*) du 20 décembre 2017. Il est à noter que l'arrêt a été rendu sous l'empire de la désormais abrogée Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 sur la protection des données.

<sup>17</sup> CJUE, C-434/16 (*Nowak*) du 20 décembre 2017, § 36.

<sup>18</sup> CJUE, C-434/16 (*Nowak*) du 20 décembre 2017, § 43.

<sup>19</sup> TAF B-1261/2019 du 30 décembre 2019, consid. 5.1.1. Voir également dans la jurisprudence du Tribunal fédéral TF 2C\_505/2019 du 13 septembre 2019, consid. 4.1.1 ; TF 2C\_646/2014 du 6 février 2015, consid. 2.1 ; TF 2P.23/2004 du 13 août 2004, consid. 2.4. Dans la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, voir TAF B-1660/2014 du 28 avril 2015, consid. 5 ; TAF B-3542/2010 du 14 octobre 2010, consid. 7 ; TAF B-6511/2009 du 26 janvier 2010, consid. 3.1 ; TAF B-5988/2008 du 9 janvier 2009, consid. 3.

été tranchée à la lumière du droit de la protection des données et du droit d'accès en particulier. Ainsi, un établissement public<sup>20</sup> ou privé de formation en charge d'organiser des examens et de délivrer des diplômes recevant une demande de droit d'accès devrait selon nous remettre tous les documents contenant des données personnelles, y compris les examens et la feuille de correction des examens, puisque ces documents contiennent de telles données. Cette considération vaut pour autant que les documents en question n'aient pas été détruits conformément à la dimension temporelle du principe de la proportionnalité<sup>21</sup> et il y a lieu de toujours réserver une éventuelle restriction telle que prévue à l'article 9 LPD.

Technologiquement neutre, la notion large de données personnelles ainsi établie dans la loi dans les années nonante pouvait paraître limpide aux yeux du législateur, à une époque où les données personnelles traitées dans un calepin se limitaient au prénom et nom, à la date de naissance, une adresse, puis ensuite un numéro de téléphone et une adresse électronique. Aujourd'hui, les entreprises en particulier ont recours à des technologies avancées, du type du *Big Data*, lesquelles permettent une analyse extrêmement fine du profil d'une personne, ce qui leur permet de déduire de nombreuses informations pouvant révéler l'orientation sexuelle, les affinités politiques ou les croyances religieuses<sup>22</sup>.

Au regard de l'évolution technologique et de la notion large de données personnelles, nous devons désormais prendre en compte d'autres types de données personnelles, à l'instar des métadonnées de télécommunication<sup>23</sup>, des métadonnées liées à un compte de divertissement cinématographique et télévisuel mis à disposition par le biais d'une plateforme en ligne, mais aussi des informations résultant de l'analyse des données collectées à partir d'une carte de fidélité, le possible rapport établi au sujet d'un employé, la photographie résultant d'un radar de contrôle routier, la journalisation volontaire d'un traitement de données si elle est incorporée dans un dossier comportant

<sup>20</sup> S'agissant de l'établissement public de formation, notons que le régime juridique auquel il est soumis sera décisif et le droit d'accès doit tantôt être exercé sur la base de l'art. 8 LPD que sur le fondement de la législation cantonale sur la protection des données.

<sup>21</sup> Sous réserve d'une obligation légale de conservation, il n'existe pas d'intérêt pour un établissement de formation de garder *ad eternam* de tels documents. La bonne pratique voudrait que l'établissement informe les personnes concernées, une fois les délais de recours échus, que ces documents se trouvent être disponibles et, dans le cas où ces personnes ne souhaitent pas les recevoir, qu'elle les détruise.

<sup>22</sup> Voir notamment la thèse de ROSSI ; WACHTER, p. 6 s.

<sup>23</sup> ATF 144 I 126 = JdT 2018 I 191, consid. 8.3.5.

d'autres données personnelles<sup>24</sup>, l'enregistrement de la voix servant à l'authentification par reconnaissance vocale, l'indice de solvabilité, l'indice de désirabilité d'une application de rencontre, les informations de transaction, les courriers électroniques, *etc.*

### 3. *Caractéristiques essentielles*

Parce que la protection des données a pour but la protection de la personnalité (art. 1 LPD), le droit d'accès en est l'institution clé concrétisant cet objectif et sans lequel nul ne pourrait effectivement faire valoir ses droits en la matière<sup>25</sup>. Pour ce faire, cela suppose pour une personne de non seulement connaître les traitements portant sur des données la concernant, mais aussi le contenu de ces données. Le droit d'accès permet ainsi de vérifier leur exactitude et, le cas échéant, de les faire rectifier ou détruire<sup>26</sup>. Qui plus est, il permet un contrôle du respect des principes du droit de la protection des données, comme la collecte des données par des procédés licites et conformes à la bonne foi et au principe de la proportionnalité, mais aussi de s'assurer que les données n'ont pas été traitées dans un but étranger à celui indiqué lors de leur collecte ou qui ressort des circonstances<sup>27</sup>.

Ainsi, le droit d'accès tire sa raison d'être en premier lieu dans la protection de la personnalité<sup>28</sup>. Il assume un rôle de contrôle concrétisant la garantie constitutionnelle à l'autodétermination en matière informationnelle (art. 13 al. 2 Cst.)<sup>29</sup>. En outre, et au vu du fait que le maître du fichier est susceptible de recevoir une demande de droit d'accès à n'importe quel moment, le droit d'accès revêt également une composante préventive, en ce qu'il oblige tout maître à traiter les données avec le soin nécessaire à tout stade du traitement<sup>30</sup>.

Aussi bien les personnes physiques que morales au sujet desquelles des données personnelles sont traitées par un maître du fichier sont aujourd'hui

<sup>24</sup> Par exemple, il est possible qu'une bibliothèque garde la trace des opérations d'un lecteur (locations, retours, perte, *etc.*).

<sup>25</sup> GNEHM, p. 77 s. ; SHK DSG-RUDIN, N 1 *ad* art. 8 ; BSK DSG-GRAMINGA/MAURER-LAMBROU, N 1 *ad* art. 8.

<sup>26</sup> Message LPD 1988, FF 1988 II p. 460.

<sup>27</sup> ATF 138 III 425, consid. 5.3. Voir en doctrine GNEHM, p. 82 s.

<sup>28</sup> ATF 138 III 425, consid. 5.3. Voir en doctrine GNEHM, p. 77 s.

<sup>29</sup> SHK DSG-RUDIN, N 1 *ad* art. 8 ; BSK DSG-GRAMINGA/MAURER-LAMBROU, N 2 *ad* art. 8 ; MEIER, N 965. Sur la question de l'autodétermination en matière de données personnelles, voir FLÜCKIGER, p. 837 ss.

<sup>30</sup> BSK DSG-GRAMINGA/MAURER-LAMBROU, N 1 *ad* art. 8 ; MEIER, N 965 ; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, N 1 *ad* art. 8.

titulaires du droit d'accès et peuvent l'exercer. Ce droit n'est de surcroît pas subordonné à l'existence d'un quelconque intérêt, bien que la preuve de celui-ci puisse être nécessaire lorsque le maître du fichier refuse ou restreint l'accès dans la pesée des intérêts en jeu ou en cas d'abus de droit<sup>31</sup>. Sur ce dernier point, la jurisprudence est très restrictive dans l'acceptation de l'abus de droit, mais le Tribunal fédéral l'a admis pour des requérants exerçant leur droit d'accès dans le seul but de récolter des preuves pour déterminer les chances de succès d'une éventuelle action civile contre le maître du fichier<sup>32</sup>. En outre, le droit d'accès est indépendant de la licéité du traitement. À cet égard, il sied de souligner une différence fondamentale entre les législations suisse et européenne sur la protection des données<sup>33</sup>. En Suisse, un traitement de données personnelles est licite *a priori* et *a fortiori* lorsqu'il repose sur les motifs des articles 12 et suivants LPD ; il n'est donc pas illicite *per se*<sup>34</sup>. À l'inverse, le traitement en droit européen repose sur une présomption d'illicéité et n'est rendu licite que s'il satisfait à l'une des conditions prévues par l'article 6 RGPD<sup>35</sup>.

Il se peut que le droit d'accès comporte un élément d'extranéité, notamment parce que la personne exerçant ce droit ou le maître du fichier est à l'étranger. Dans ce contexte, le champ d'application territorial de la réglementation instituant le droit d'accès est décisif. Or en Suisse, la LPD est muette sur cette question, mais la jurisprudence retient qu'elle s'applique à tout traitement déployant des effets en Suisse, indépendamment du lieu de situation du maître du fichier ou des personnes dont les données sont traitées<sup>36</sup>. Ainsi, une personne en vacances en Suisse et domiciliée à l'étranger est tout à fait fondée à exercer son droit d'accès auprès de l'établissement hôtelier dans lequel elle a séjourné sur la base de l'article 8 LPD. De même, le ressortissant suisse vivant à

<sup>31</sup> TF 4A\_277/2020 du 18 novembre 2020, consid. 5.3. Voir également : ATF 141 III 119, consid. 7.1.1 et 7.2 ; TF 1C\_522/2018 du 8 mars 2019, consid. 3.2.

<sup>32</sup> TF 4A\_277/2020 du 18 novembre 2020, consid. 5.3. Voir également : ATF 141 III 119, consid. 7.1.1 ; TF 4A\_125/2020 du 10 décembre 2020, consid. 1.7.2 ; TF 1C\_522/2018 du 8 mars 2019, consid. 3 ; TAF A-6356/2016 du 19 avril 2018, consid. 3.2.3 ; ATF 138 III 425, consid. 5.5 ; ATF 123 II 543, consid. 2e). Voir en doctrine : WYLER, p. 108ss ; GNEHM, p. 86 ss.

<sup>33</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (Règlement général sur la protection des données), JO 2016 L 119, 8.

<sup>34</sup> MEIER, N 1526. Voir également SHK DSG-WERMELINGER, N 1 *ad art.* 12 ; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, N 2 *ad art.* 12.

<sup>35</sup> GDPR-KOTSCHY, p. 329 ; DSGVO-ALBRECHT, N 1 *ad art.* 6.

<sup>36</sup> ATF 138 II 346 = JdT 2013 I 71, consid. 3.3. Voir à ce propos : OFJ, Rapport, pp. 1 et 13.

l'étranger peut également requérir du Département fédéral des affaires étrangères l'accès à l'ensemble de ses données personnelles, notamment celles en lien avec le système d'information « Administration en réseau des Suisses de l'étranger ». À cela, encore faut-il tenir compte des règles particulières prévues par la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé<sup>37</sup>, dont les articles 129 *cum* 130 alinéa 3 définissent le for d'une action en exécution du droit d'accès<sup>38</sup>. Au-delà du droit suisse, des ordres juridiques étrangers instaurent un champ d'application extraterritorial au sein de leur législation sur la protection des données. Tel est le cas du droit européen avec l'article 3 paragraphe 2 RGPD, dans le but affiché de protéger au mieux les personnes se trouvant sur le territoire européen, cela indépendamment du lieu de situation de la personne traitant les données<sup>39</sup>. Ainsi, un maître du fichier suisse peut se voir adresser une demande de droit d'accès basée sur la législation européenne.

Enfin, la matérialisation du droit d'accès nécessite la coopération du maître du fichier détenteur des données personnelles requises. C'est la raison pour laquelle le législateur l'oblige de par la loi à s'organiser pour permettre l'exercice du droit d'accès, en vertu des articles 38 alinéa 2 LPD *cum* article 9 alinéa 2 de l'Ordonnance du 14 juin 1993 relative à la loi fédérale sur la protection des données<sup>40</sup>.

## **B. Droit actuel (art. 8 LPD)**

Ancré à l'article 8 LPD, le droit d'accès se décompose en un droit de savoir (1.) et un droit d'être renseigné (2.).

### *1. Droit de savoir (al. 1)*

Dans sa forme actuelle, l'article 8 alinéa 1 LPD dispose que « *toute personne peut demander au maître d'un fichier si des données la concernant sont traitées* ». Ainsi, le droit d'accès porte premièrement sur une information ayant

<sup>37</sup> LDIP ; RS 291.

<sup>38</sup> À ce propos, la révision n'est pas revenue sur la solution existante (Message LPD 2017, FF 2017 p. 6739).

<sup>39</sup> MÉTILLE/ACKERMANN, pp. 77 et 81 ss ; VASELLA, p. 220 s.

<sup>40</sup> OLPD ; RS 235.11.



pour objet le fait que « *des données sont effectivement traitées ou non* » au sujet du requérant<sup>41</sup>.

La disposition légale consacre dès lors un *droit de savoir*, en permettant à chaque individu, qu'il ait un rapport juridique avec le maître du fichier ou non<sup>42</sup>, de demander à ce dernier si des « données » le concernant font l'objet d'un « traitement ». Dans sa dimension négative, ce droit permet d'obtenir la confirmation qu'aucune donnée personnelle n'est traitée<sup>43</sup> et, dans sa dimension positive, que tel est effectivement le cas.

## 2. *Droit d'être renseigné (al. 2)*

À lui seul, le droit de savoir est incomplet et ne permettrait pas de réaliser pleinement la finalité du droit d'accès. Il est dès lors complété à l'article 8 alinéa 2 LPD par un *droit d'être renseigné* venant concrétiser la dimension positive du droit de savoir. Cette disposition prévoit que la personne concernée par un traitement de données n'est pas seulement en droit de savoir si un traitement existe, mais que le maître du fichier doit en outre lui communiquer deux éléments en particulier.

En premier lieu, l'article 8 alinéa 2 lettre b LPD astreint le maître du fichier à communiquer au requérant « *le but et éventuellement la base juridique du traitement, les catégories de données personnelles traitées, de participants au fichier et de destinataire des données* ». La communication a ainsi quatre objets distincts qui ont tous trait aux informations gravitant autour des données personnelles, mais pas celles-ci directement.

La communication porte tout d'abord sur le « but » du traitement, afin de permettre à la personne concernée de vérifier le respect du principe de finalité et de déterminer que le traitement reste dans les limites initialement prévues (art. 4 al. 3 LPD). Ensuite, le maître du fichier doit éventuellement communiquer la « base juridique » du traitement, notion qui est plus large que celle de « base légale » et englobe donc non seulement l'activité des organes fédéraux<sup>44</sup>, mais aussi celle des personnes privées<sup>45</sup>. Pour ces dernières, et par opposition aux premiers, la base juridique n'est pas la loi, mais il peut s'agir d'un contrat,

<sup>41</sup> MEIER, N 1026.

<sup>42</sup> Par exemple dans l'hypothèse d'un contrat de vente qui aurait nécessité un traitement de données personnelles pour que celui-ci puisse être exécuté.

<sup>43</sup> SHK DSG-RUDIN, N 1 *ad* art. 8 ; BSK DSG-GRAMINGA/MAURER-LAMBROU, N 24 *ad* art. 8 ; MEIER, N 1026 ; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, N 16 *ad* art. 12.

<sup>44</sup> Ceux-ci sont tenus par le principe de la légalité (art. 17 ss LPD).

<sup>45</sup> MEIER, N 1043 ss ; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, N 17 *ad* art. 8.

conclu avec le requérant ou un tiers<sup>46</sup>, au sein duquel le traitement de données personnelles est directement prévu ou l'est indirectement par renvoi à des conditions générales ou à une politique de confidentialité. Le contrat en tant que tel et les autres documents précités n'ont pas à être remis au requérant sur la base de l'article 8 alinéa 2 lettre b LPD, mais il doit être informé des informations relatives à ce contrat, à l'instar de sa nature « *sous réserve d'un secret d'affaires légitime, de l'identité du partenaire contractuel* »<sup>47</sup>. Troisièmement, la communication doit indiquer les « catégories de données personnelles traitées » et le maître du fichier peut à cet égard s'inspirer du Formulaire modèle du PFPDT pour la déclaration de fichiers (*cf.* art. 11a LPD)<sup>48</sup>. L'information doit qui plus est porter sur les catégories « de participants au fichier », soit toute personne en droit « *d'introduire des données dans le fichier ou d'y procéder à des mutations* » (art. 3 al. 1 let. g OLPD), sans que l'identité de ces participants n'ait à être révélée<sup>49</sup>. Dernièrement, les catégories « de destinataires des données » doivent également être fournies<sup>50</sup>, ce qui ne comprend en principe pas leur identité<sup>51</sup>.

En second lieu, l'article 8 alinéa 2 lettre a LPD oblige le maître du fichier à communiquer au requérant « *toutes les données [le] concernant qui sont contenues dans le fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données* ». Si « toutes » les données personnelles relatives au requérant doivent être communiquées par le maître du fichier, encore doivent-elles être contenues dans le « fichier » (art. 3 let. g LPD)<sup>52</sup>. Cette notion paraît de prime abord limiter le droit d'accès, mais elle n'a plus véritablement de sens

<sup>46</sup> MEIER, N 1045. *Contra* : BSK DSG-GRAMINGA/MAURER-LAMBROU, N 28 *ad* art. 8, pour qui « *der Dateninhaber aufgrund von Art. 8 Abs. 2 DSG nicht verpflichtet sein, Verträge mit Dritten offenzulegen, soweit diese keine Personendaten enthalten* ». Or HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, N 17 *ad* art. 8 soulignent que, s'il en allait ainsi, alors « *kann die betroffene Person die Rechtmässigkeit gar nicht beurteilen* ».

<sup>47</sup> MEIER, N 1045.

<sup>48</sup> MEIER, N 1047.

<sup>49</sup> MEIER, N 1049.

<sup>50</sup> Le formulaire du PFPDT peut également servir de référence ici, même s'il demeure abstrait (MEIER, N 1051).

<sup>51</sup> Deux exceptions sont essentiellement envisagées : en présence d'une communication ponctuelle des données à un tiers n'appartenant pas à la liste des destinataires indiqués, alors l'identité de ce destinataire doit être fournie (MEIER, N 1049) ; il en va également ainsi lorsque le lien entre l'identité du ou des destinataires et les données personnelles est tel que l'identité en devient une donnée personnelle propre (ATF 125 II 225 = JdT 2001 I 327, consid. 4 ; voir en doctrine : BSK DSG-GRAMINGA/MAURER-LAMBROU, N 30 *ad* art. 8).

<sup>52</sup> Selon cette disposition, le fichier est « *tout ensemble de données personnelles dont la structure permet de rechercher les données par personne concernée* ».

aujourd'hui et est désuète, raison pour laquelle elle est vouée à disparaître<sup>53</sup>. Qui plus est, elle doit être interprétée largement<sup>54</sup>, si bien qu'elle peut même englober une boîte aux lettres électronique.

Ainsi, le droit d'accès ne se limite donc pas à informer le requérant de l'existence d'un traitement (art. 8 al. 1 LPD) et de lui communiquer diverses informations se rapportant aux données (art. 8 al. 2 let. b LPD), mais il a également et surtout pour objet les données personnelles elles-mêmes du requérant. Lorsque ces données figurent sur un document et qu'il est impossible de dissocier les données du document, alors il convient de remettre le document lui-même au requérant<sup>55</sup>. En revanche, le fichier en tant que tel n'a pas à être communiqué et les données personnelles de tierces personnes ne doivent en aucun cas être transmises<sup>56</sup>. Conformément à l'obligation d'organisation prévue par l'article 38 alinéa 2 LPD *cum* article 9 alinéa 2 OLPD, le maître du fichier doit dès lors trier les données personnelles ou les désagréger, voire les caviarder au besoin.

En outre, « *les informations disponibles sur l'origine des données personnelles* » doivent également être communiquées (art. 8 al. 1 let. a LPD). Ne figurant initialement pas dans la loi, cette extension du droit d'accès a été rajoutée en 2006 à des fins de transparence, dès lors qu'il se peut qu'un requérant ait un intérêt légitime à remonter à la source de la collecte des données personnelles<sup>57</sup>.

### 3. Modalités d'exercice

L'exercice du droit d'accès et la réponse sont soumis au respect de différentes modalités, lesquelles sont prévues en partie à l'article 8 LPD, mais surtout aux articles 1 et 2 OLPD<sup>58</sup>. Seront présentés ci-après le destinataire d'une demande d'accès (a.), la justification de l'identité (b.), la forme de la demande et de la

<sup>53</sup> *Infra* II./C.

<sup>54</sup> Pour la doctrine, l'élément décisif pour retenir l'existence d'un « fichier » est que le rattachement d'une donnée à une personne n'entraîne pas d'efforts disproportionnés, *cf.* BSK DSG-BESLER, N 32 *ad* art. 3 ; MEIER, N 563.

<sup>55</sup> ROSENTHAL, Jusletter du 27 novembre 2017, N 113, se montre critique et note qu'en Suisse, par rapport à ce qui se pratique dans le droit européen, « *die Gerichte bis hin zum Bundesgericht setzten sich bisher über diese Einschränkung konsequenterweise hinweg und behandelten das Auskunftsrecht so, als wäre es ein Anspruch auf Urkundenedition* ».

<sup>56</sup> MEIER, N 1029.

<sup>57</sup> Message LPD 2003, FF 2003 p. 1946.

<sup>58</sup> S'agissant du maître du fichier public, l'art. 13 OLPD renvoie aux art. 1 à 2 OLPD.

communication (c.), le format des données (d.), les délais et la procédure (e.), ainsi que la gratuité (f.).

a) *Destinataire*

La demande d'accès doit être adressée au maître du fichier (art. 8 al. 1 LPD *cum* art. 1 al. 1 OLPD). Lorsque le traitement est effectué par un tiers et que le maître du fichier n'est pas en mesure de donner suite à la demande, il la transmet au tiers (art. 1 al. 6 OLPD). La coexistence de plusieurs maîtres du fichier, gérant en commun un ou plusieurs fichiers, a pour effet que le droit d'accès « *peut être exercé auprès de chacun d'eux, à moins que l'un d'eux soit responsable du traitement de l'ensemble des demandes de renseignements* », mais aussi que le maître du fichier « *transmet la requête à qui de droit* » lorsqu'il n'est pas lui-même autorisé à répondre (art. 1 al. 5 OLPD).

En fonction de sa forme juridique, une entreprise peut en réalité être « plurielle » et se décomposer en plusieurs sous-entreprises, avec des succursales notamment. Cela peut avoir pour conséquence qu'il peut être plus difficile pour un requérant d'exercer son droit d'accès auprès de la bonne entité. Toutefois, il est fréquent que la politique de confidentialité de la société ou sa déclaration de protection des données, généralement disponibles sur Internet, contiennent l'adresse générique du département responsable de la protection des données par le biais d'une adresse électronique générique de type « *privacy@societe.com* » ou « *datenschutz@societe.ch* », auquel la demande d'accès peut être adressée.

Cela étant, il n'existe pas dans la LPD ou son ordonnance une règle similaire à l'article 8 de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative<sup>59</sup>, aux termes de laquelle l'autorité administrative incompétente « *transmet sans délai l'affaire à l'autorité compétente* ». Selon nous toutefois, il découle du devoir interne d'organisation prévu par les articles 38 alinéa 2 LPD et 9 alinéa 2 OLPD qu'un maître du fichier qui n'est pas compétent pour répondre à la demande doit la transmettre au maître du fichier qui l'est.

Dans la perspective interne de l'entreprise, le traitement de la demande pourrait concerner plusieurs secteurs. Elle devrait donc être coordonnée par la personne la plus à même de la traiter dans chaque secteur, car les données sont susceptibles d'être logées à tous les niveaux de l'entreprise, rendant la tâche d'autant plus délicate. Il peut donc être justifié de demander au requérant des précisions pour sa demande d'accès, ce qui est tout à fait autorisé.

<sup>59</sup> PA ; RS 172.021.

*b) Justification de l'identité*

Tout requérant doit justifier de son identité (art. 1 al. 1 OLPD). Il ne s'agit pas à proprement parler d'une « identification », mais d'une « authentification », en ce sens que le maître du fichier doit vérifier que le requérant est bien la personne concernée dont les données personnelles sont traitées<sup>60</sup>.

L'identité est le plus souvent justifiée en pratique en annexant à la demande d'accès une copie de la carte d'identité ou du passeport. Il s'agit d'un document qui est sensible, raison pour laquelle nous sommes d'avis que le maître du fichier devrait détruire la copie du document d'identité aussitôt la demande d'accès reçue et l'identité confirmée. En outre, il ne nous paraît pas nécessaire que soient transmises au maître du fichier toutes les données y figurant. Pour procéder à la vérification de l'identité en effet, le nom, le prénom et la date de naissance suffisent. Ainsi, un requérant est en droit selon nous d'anonymiser toutes les autres données figurant sur le document d'identité, à l'instar de la photo, du numéro du document, de la taille ou de son lieu d'origine.

Si la copie d'un document d'identité représente le moyen le plus commode pour procéder à la vérification de l'identité du requérant, il ne s'agit pas de la seule option. Par exemple, un système de questions/réponses, à travers lequel le maître du fichier vérifie la connaissance de plusieurs éléments, parmi lesquels le numéro client, l'adresse électronique, le numéro de téléphone, un numéro d'une facture, etc., est également envisageable. Qui plus est, en présence de données concernant un service en ligne, la vérification de l'identité peut avoir lieu par la connexion audit service via le nom d'utilisateur et le mot de passe<sup>61</sup>. En outre, l'utilisation d'une signature électronique comme prévue par la Loi fédérale du 18 mars 2016 sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique et des autres applications des certificats numériques<sup>62</sup> suffit également à prouver l'identité<sup>63</sup>.

*c) Forme de la demande et de la communication*

L'exercice du droit d'accès doit « en règle générale » se faire par écrit (art. 8 al. 5 LPD et art. 1 al. 1 OLPD). À ce principe de l'écrit répond l'exception de la voie électronique, laquelle est possible à condition que le maître du fichier prévienne « expressément » cette possibilité et que les exigences propres à ce mode de communication soient satisfaites (art. 1 al. 2 OLPD). À notre sens, la mise à disposition d'une adresse électronique, soit directement dans une

<sup>60</sup> OFJ, Commentaire, p. 2.

<sup>61</sup> MEIER, N 1058.

<sup>62</sup> LSCSE ; RS 943.03.

<sup>63</sup> OFJ, Commentaire, p. 2.

communication individuelle soit indirectement par l'intermédiaire de la politique de confidentialité ou de la déclaration de fichiers, autorise un requérant à envoyer une demande d'accès par voie électronique<sup>64</sup>.

En ce qui concerne la communication du maître du fichier des renseignements demandés, elle est « en règle générale » fournie « par écrit, sous forme d'imprimé ou de photocopie » (art. 8 al. 5 LPD)<sup>65</sup>. La voie électronique est également possible, si, comme nous l'avons dit, le maître du fichier le prévoit expressément, mais aussi et surtout s'il prend les mesures adéquates pour garantir l'identification de la personne concernée et protéger les données de tout accès de tiers non autorisés lors de la communication des renseignements (art. 1 al. 2 OLPD)<sup>66</sup>. Cette obligation fait écho au principe de sécurité de l'article 7 LPD qui exige du maître du fichier de protéger les données personnelles contre tout traitement non autorisé par des mesures organisationnelles et techniques appropriées. Les moyens techniques pour protéger la communication des renseignements sont multiples à cet égard<sup>67</sup>. En revanche, ni la loi ni l'ordonnance ne prévoient de règles spécifiques quant à la sécurité dans le cas de la communication écrite. Il n'en demeure pas moins que celle-ci demeure guidée par le principe de sécurité précité<sup>68</sup>.

À côté des voies écrite et électronique, l'article 1 alinéa 3 1<sup>re</sup> phrase OLPD permet au maître du fichier de communiquer les données « sur place », en invitant le requérant à se déplacer dans ses locaux pour qu'il les consulte, sans que le requérant ne puisse exiger une telle communication de la part du maître du fichier<sup>69</sup>. Le maître du fichier ne saurait toutefois imposer unilatéralement une telle façon de procéder au requérant qui peut librement la refuser<sup>70</sup>. En outre, les données personnelles peuvent également être communiquées oralement, pour autant que le requérant y consente et qu'il ait été identifié (art. 1 al. 3 2<sup>e</sup> phr. OLPD). Dans un cas comme dans l'autre, ces deux voies de communication additionnelles n'éteignent pas le droit du requérant d'obtenir

<sup>64</sup> MEIER, N 1072.

<sup>65</sup> ATF 141 III 119, consid. 8.1 ; ATF 125 II 321, consid. 5b).

<sup>66</sup> Notons que si le maître du fichier n'a pas prévu de voie électronique pour communiquer, mais qu'il reçoit tout de même une demande de droit d'accès adressée par cette voie-là, alors il doit s'assurer que la demande est traitée.

<sup>67</sup> Pour ce faire, le maître du fichier peut procéder à un envoi électronique par courrier électronique, par l'envoi d'un lien de téléchargement ou par l'envoi d'une clé USB contenant les données personnelles. Toutefois, pour satisfaire au principe de sécurité, l'envoi doit être chiffré. Le maître du fichier peut alors faire parvenir au requérant la clé de déchiffrement par l'intermédiaire d'un SMS.

<sup>68</sup> L'envoi d'un courrier recommandé ou d'une remise en main propre est ici à favoriser.

<sup>69</sup> MEIER, N 1076.

<sup>70</sup> ATF 141 III 119, consid. 8.1 ; ATF 125 II 321, consid. 3.

les « traces » de la communication, car il conserve le droit d'exiger une copie écrite des renseignements<sup>71</sup>. En raison de la subsistance de ce droit, la communication « sur place » devrait permettre au requérant de prendre lui-même des photographies des documents contenant les données personnelles, voire d'utiliser un scanner portable pour tout document papier, d'autant plus qu'il n'existe aucun fondement juridique interdisant cette pratique.

*d) Format des données*

Sans égard au mode de communication retenu, le maître du fichier doit s'assurer que les données communiquées au requérant le sont dans un format qui soit « intelligible », en vertu de l'article 8 lettre b de la Convention 108<sup>72</sup>. Par conséquent, les données doivent être ordonnées avant leur transmission<sup>73</sup>.

*e) Procédure et délai*

Aussitôt la demande d'accès reçue par le maître du fichier, ce dernier doit impérativement « geler » le traitement, en ce sens qu'il n'est plus autorisé à supprimer des données personnelles<sup>74</sup>.

La demande doit être traitée et les renseignements remis au requérant dans les 30 jours suivant sa réception. Les traitements de données survenant durant ce laps de temps doivent être pris en compte dans la réponse. Si le maître du fichier n'est pas en mesure de respecter ce délai, il doit en informer le requérant et lui indiquer le délai dans lequel interviendra la réponse (art. 1 al. 4 OLPD). Il s'agit d'un délai d'ordre dont l'inobservation n'a aucune conséquence juridique en soi, si ce n'est qu'elle ouvre la voie à un possible dépôt d'une action judiciaire en exécution du droit d'accès<sup>75</sup>.

Les litiges portant sur le droit d'accès à ses données personnelles sont de nature non patrimoniale<sup>76</sup>. Selon l'article 15 alinéa 4 LPD et l'article 243

<sup>71</sup> MEIER, N 1077 ; ATF 125 II 321, consid. 3.

<sup>72</sup> Convention du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (RS 0.235.1). Notons que cette exigence figure également à l'art. 9 al. 1 let. b de la Convention 108 révisée et telle qu'amendée par le Protocole d'amendement du 10 octobre 2018 (aussi dite « Convention 108+ »). L'Assemblée fédérale a autorisé le Conseil fédéral à ratifier cet instrument (FF 2020 5559).

<sup>73</sup> BENHAMOU/BRAIDI/NUSSBAUMER, p. 1312 et note de bas de page 91 ; BSK DSG-GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, N 49 *ad* art. 8.

<sup>74</sup> MEIER, N 1069.

<sup>75</sup> MEIER, N 1099.

<sup>76</sup> TF 4A\_406/2014 du 12 janvier 2015, consid. 2.1 = JdT 2015 II 109.

alinéa 2 lettre d du Code de procédure civile du 19 décembre 2008<sup>77</sup>, l'action judiciaire en exécution du droit d'accès est soumise aux principes de la procédure simplifiée et peut être intentée au tribunal du domicile ou du siège de l'une des parties (art. 20 let. d CPC). Sur la question des coûts d'une telle action judiciaire, des frais judiciaires et des dépens sont à prévoir. Il est à souligner que certains cantons prévoient la gratuité pour les procédures portant sur des contrats conclus avec des consommateurs<sup>78</sup> et qu'une action en exécution du droit d'accès fondé sur un contrat de consommation est tout à fait envisageable.

### *f) Gratuité*

L'exercice du droit d'accès est en principe gratuit selon l'article 8 alinéa 5 OLPD. Toutefois, une participation équitable aux frais, d'un maximum de CHF 300.–, peut exceptionnellement être demandée au requérant (art. 2 al. 2 OLPD) dans deux cas de figure (art. 2 al. 1 OLPD) et pour autant qu'il en soit informé préalablement pour pouvoir, le cas échéant, retirer sa demande dans un délai de dix jours (art. 2 al. 2 OLPD)<sup>79</sup>.

Il en va ainsi premièrement lorsque les renseignements requis ont déjà été communiqués au requérant « *dans les douze mois précédant la demande, et que ce dernier ne peut justifier d'un intérêt légitime, telle la modification non annoncée des données le concernant* » (art. 2 al. 1 let. a OLPD). Selon nous, cette hypothèse vise l'exercice répété du droit d'accès dans la même année, car la *ratio legis* est d'éviter les demandes d'accès « abusives et chicanières »<sup>80</sup>. Toutefois, certains traitements de données personnelles produisent de nouvelles données personnelles de manière quasi-quotidienne<sup>81</sup>. Dans un tel cas, il nous semble que le requérant pourrait exercer sa demande de droit d'accès de manière régulière sans que cette exception ne puisse s'appliquer, mais l'abus de droit demeure réservé.

La seconde exception à la gratuité concerne la situation dans laquelle « *la communication des renseignements demandés occasionne un volume de travail considérable* » (art. 2 al. 1 let. b OLPD). Un tel motif ne peut être invoqué cependant si le travail occasionné résulte d'une mauvaise organisation interne

<sup>77</sup> CPC ; RS 272.

<sup>78</sup> Il en va ainsi dans le canton de Vaud, selon l'art. 37 al. 3 du Code du 12 janvier 2010 de droit privé judiciaire vaudois (CDPJ ; BLV 211.02), mais aussi dans le canton de Genève, selon l'art. 22 al. 5 de la Loi genevoise du 11 octobre 2012 d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile (LaCC ; LG E 1 05).

<sup>79</sup> TAF B-1769/2019 du 24 juillet 2019, consid. 4.4.

<sup>80</sup> OFJ, Commentaire, p. 3.

<sup>81</sup> À l'instar des métadonnées de télécommunication.



à l'entreprise<sup>82</sup>. Il ne peut l'être non plus pour faire supporter au requérant les coûts d'impression des documents qui lui sont remis ou d'envois postaux.

#### 4. Restrictions (art. 9 et 10 LPD)

S'il est inconditionnel, le droit d'accès n'est pas pour autant absolu, en ce sens qu'il peut faire l'objet de restrictions<sup>83</sup>. Celles-ci sont exhaustivement prévues aux articles 9 et 10 LPD<sup>84</sup>. Alors que la première disposition a un caractère général, la seconde s'en distingue en n'ayant trait qu'aux médias. Qui plus est, des lois spéciales peuvent également prévoir des restrictions, à l'instar des articles 63 et suivants de la Loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement<sup>85</sup>.

En synthèse et de manière générale, le législateur fédéral peut lui-même avoir prévu une restriction au droit d'accès (art. 9 al. 1 let. a LPD)<sup>86</sup> et elle peut également être exigée en raison des intérêts prépondérants d'un tiers (let. b). Lorsque le maître du fichier est un organe fédéral, un intérêt public prépondérant, par exemple la « *sûreté intérieure ou extérieure de la Confédération* », peut entrer en jeu pour restreindre le droit d'accès (al. 2 let. a), tout comme le fait que la communication de renseignements « *risque de compromettre une instruction pénale ou une autre procédure d'instruction* » (let. b). Enfin, la personne privée maître du fichier peut également invoquer ses propres intérêts pour restreindre le droit d'accès, à condition qu'ils soient prépondérants et que les données personnelles ne soient pas communiquées à des tiers (al. 4).

Relativement à la nature inconditionnelle du droit d'accès, il est important de souligner que sa restriction en raison d'« intérêts prépondérants » quels

<sup>82</sup> MEIER, N 1088.

<sup>83</sup> Le droit d'accès et plus largement la LPD (art. 2) – ou la législation cantonale y relative – doivent être applicables, faute de quoi il existe implicitement une restriction à l'accès aux données personnelles. Ainsi, il n'existe notamment pas de droit d'accès à des données personnelles traitées par une personne physique dans le cadre d'un « *usage exclusivement personnel* » et sans communication à des tiers (art. 2 al. 2 let. a LPD, cf. MEIER, N 378 ss) ou lorsqu'une procédure « *civile, pénale, d'entraide judiciaire internationale ainsi que de droit public et de droit administratif* » est pendante (let. c, cf. HIRSCH, N 1 ss).

<sup>84</sup> HK DSG-ROSENTHAL, N 3 ad art. 9.

<sup>85</sup> LRens ; RS 121.

<sup>86</sup> Il en va ainsi du secret professionnel de l'art. 321 du Code pénal (CP ; RS 311.0) ou du secret bancaire de l'art. 47 de la Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB ; RS 952.0). Au sujet de ce dernier, voir : ATF 141 III 119, consid. 5.

qu'ils soient implique une pesée des intérêts. Celle-ci a pour corollaire inévitable en pratique que le requérant devra motiver son intérêt de façon accrue dans sa demande d'accès, en ce sens qu'il lui appartiendra de démontrer que son intérêt prévaut sur l'intérêt qui lui est opposé<sup>87</sup>.

### **C. Droit futur (art. 25 nLPD)**

La révision de la LPD donnera un droit d'accès avec une nouvelle allure au moment de son entrée en vigueur dans le courant de l'année 2022 ou début 2023. Sans qu'il ne connaisse une véritable révolution, il a toutefois subi des modifications importantes. Dans la nouvelle loi, le droit d'accès est ancré dans la première disposition du Chapitre 4 dédié aux « droits de la personne concernée », à savoir l'article 25 nLPD.

Par rapport au droit actuel, l'article 25 alinéa 1 nLPD reprendra quasiment mot pour mot le droit de savoir prévu par l'article 8 alinéa 1 LPD, avec une adaptation terminologique remplaçant la notion de « maître du fichier » par « responsable de traitement » (art. 4 let. i nLPD). La gratuité restera le principe et le Conseil fédéral continuera de « prévoir des exceptions » (art. 25 al. 6 1<sup>re</sup> phr. nLPD) dans une ordonnance comme tel est le cas aujourd'hui (art. 8 al. 5 2<sup>e</sup> phr. LPD), mais le législateur a précisé que l'exception à la gratuité sera possible « *notamment si la communication de l'information exige des efforts disproportionnés* » (art. 25 al. 6 2<sup>e</sup> phr. nLPD). En outre, le délai de 30 jours actuellement prévu à l'article 1 alinéa 4 OLPD a été intégré à la loi au cours des travaux parlementaires (art. 25 al. 7 nLPD). Ainsi, les modifications apportées sont donc mineures et d'ordre rédactionnel uniquement.

La véritable innovation se situe à l'article 25 alinéa 2 nLPD qui précise l'objet du droit d'être renseigné de l'article 8 alinéa 2 LPD, cela en deux temps. Tout d'abord, la première phrase de la nouvelle disposition prévoit que « *la personne concernée reçoit les informations nécessaires pour qu'elle puisse faire valoir ses droits selon la présente loi et pour que la transparence du traitement soit garantie* ». Pour le Conseil fédéral, le libellé de la norme vise à mettre en lumière le but du droit d'accès pour qu'il ne soit pas détourné de sa fin première, notamment pour la récolte de preuves dans le contexte de procédures civiles<sup>88</sup>. Deuxièmement, le droit d'accès aura pour objet des

<sup>87</sup> MEIER, N 1124. Voir dans la jurisprudence par exemple : TAF A-7368/2006 du 10 juillet 2007, consid. 4.4.

<sup>88</sup> Message LPD 2017, FF 2017 p. 6683. ROSENTHAL, Jusletter du 20 février 2017, N 54, parle de « *grassierenden Missbrauch des Auskunftsrechts für datenschutzfremde Zwecke* ».

« informations » devant être transmises et qui ne sont pas exhaustivement mentionnées dans la norme<sup>89</sup>, sauf pour celles qui doivent « dans tous les cas » être fournies à un requérant, à savoir : l'identité et les coordonnées du responsable du traitement (let. a) ; les données personnelles traitées (let. b) ; la finalité du traitement (let. c) ; la durée de conservation des données personnelles ou, si cela n'est pas possible, les critères pour fixer cette dernière (let. d) ; l'origine des données personnelles, dans la mesure où ces données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée (let. e) ; le cas échéant, l'existence d'une décision individuelle automatisée ainsi que la logique sur laquelle se base la décision (let. f) ; et, enfin, le cas échéant, les destinataires ou les catégories de destinataires auxquels des données ont été communiquées, ainsi que les informations prévues à l'article 17 alinéa 4 nLPD. Certaines informations figurant à l'article 8 LPD, à l'instar de la base juridique ou des catégories de données personnelles, ont été supprimées<sup>90</sup>.

Selon nous, l'expression « dans tous les cas » (« *in jedem Fall* ») indique que les informations prévues dans la liste devront obligatoirement être remises à tout requérant. En revanche, elle ouvre la porte à la transmission d'informations n'étant pas comprises dans cette liste qui n'est pas exhaustive<sup>91</sup>, à la seule condition que l'exercice du droit s'inscrive dans le but de « *faire valoir [l]es droits selon la présente loi et pour que la transparence du traitement soit garantie* », ce qui présuppose une justification de la demande à cet égard. Si cette exigence n'est pas satisfaite, le responsable du traitement serait fondé à ne pas donner suite à cette demande de droit d'accès, mais il devrait tout de même en avvertir le requérant. Par ailleurs, compte tenu du fait que le futur droit d'accès aura pour objet des « informations », sa portée sera donc élargie à cet égard<sup>92</sup>.

Au cours des travaux parlementaires, l'article 25 nLPD n'a fait l'objet que d'une seule<sup>93</sup> modification matérielle importante par rapport au projet du Conseil fédéral concernant ses deux premiers alinéas. Celle-ci a été introduite par le Conseil national<sup>94</sup> et acceptée par le Conseil des États, malgré un premier

<sup>89</sup> Message LPD 2017, FF 2017 p. 6683. Voir également : FÜZESSERY/SCHNEIDER, pp. 139 et 154.

<sup>90</sup> ROSENTHAL, Jusletter du 16 novembre 2020, N 117.

<sup>91</sup> ROSENTHAL, Jusletter du 16 novembre 2020, N 118.

<sup>92</sup> Dans le même sens, cf. ROSENTHAL, Jusletter du 27 novembre 2017, N 113.

<sup>93</sup> Notons que le Conseil national avait voulu restreindre l'art. 25 al. 2 1<sup>re</sup> phr. nLPD, en excluant que le droit d'accès puisse être exercé pour « *que la transparence du traitement soit garantie* » (BO 2019 N 1816-1818), mais le Conseil des États en est resté au projet du Conseil fédéral (BO 2019 E 1245) et la chambre basse s'y est finalement rallié (BO 2020 N 152).

<sup>94</sup> BO 2019 N 1816-1818.

refus<sup>95</sup> : parmi les informations qui devront « dans tous les cas » être communiquées, le droit d'accès n'aura plus pour objet « les données personnelles traitées », mais les « données personnelles traitées en tant que telles » (« *bearbeiteten Personendaten als solche* ») (al. 2 let. b). La notion de « données personnelles en tant que telles » émane des travaux de la Commission des institutions politiques du Conseil national et a pour objectif de limiter cette fois-ci la portée du droit d'accès, afin d'exclure que soit transmise « toute la documentation qui peut contenir » les données personnelles, ce que le législateur a jugé « disproportionné »<sup>96</sup>. Or la loi actuelle ne permet pas l'accès à la documentation contenant les données, mais seulement à ces dernières<sup>97</sup>. C'est pourquoi une minorité parlementaire a souhaité ne pas faire figurer l'expression « en tant que telles », d'autant plus qu'elle n'apporte, à juste titre selon nous, « *keine Klarheit und schon gar keine Rechtssicherheit* »<sup>98</sup>. Si ROSENTHAL y voit un ajustement rédactionnel permettant de contrebalancer la portée étendue du droit d'accès aujourd'hui<sup>99</sup>, nous estimons au contraire que la notion ne résoudra pas forcément le problème soulevé<sup>100</sup>. Même avec le nouveau droit en effet, les documents contenant des données personnelles ne pouvant être extraites ou au prix d'un travail disproportionné devraient continuer à être communiqués en pratique.

### III. Droit d'accès en pratique

Le droit d'accès n'est pas un instrument récent et il existe depuis l'entrée en vigueur de la LPD en 1993. En 2011, MEIER relevait toutefois qu'il « est très peu utilisé »<sup>101</sup>. Dans la mesure où il s'agit d'un instrument de droit privé, cela peut expliquer qu'il n'existe aucune étude statistique à cet égard. Enfin, quelques médias ont réalisé une enquête de terrain<sup>102</sup>, sans procéder à une

<sup>95</sup> BO 2019 E 1245 ; BO 2020 E 293.

<sup>96</sup> BO 2020 N 150. Dans le même sens voir : ROSENTHAL, Jusletter du 27 novembre 2017, N 113.

<sup>97</sup> À cet égard, voir la critique de ROSENTHAL, Jusletter du 27 novembre 2017, N 113.

<sup>98</sup> BO 2019 N 1813.

<sup>99</sup> ROSENTHAL, Jusletter du 27 novembre 2017, N 113. Voir également : ROSENTHAL, Jusletter du 16 novembre 2020, N 120.

<sup>100</sup> *Contra* : ROSENTHAL, Jusletter du 16 novembre 2020, N 122, qui se demande néanmoins (N 121) : « *Dies führt zur Frage, wo ein Personendatum aufhört : Hat eine Person einen Vertrag unterschrieben, ist dann der gesamte Vertrag ihr Personendatum oder nur ihre Unterschrift ? Die Frage kann natürlich nicht pauschal beantwortet werden* ».

<sup>101</sup> MEIER, N 967.

<sup>102</sup> RTS, Enquête ouverte : donnez-moi mes données, 26 mai 2015, mis à jour le 7 juin 2019, disponible sous : <<https://www.rts.ch/la-1ere/programmes/on-en-parle/6813759->

analyse sur le plan juridique des diverses questions soulevées par les réponses reçues.

C'est donc guidé par un intérêt pour le droit d'accès et une certaine curiosité que nous avons décidé de mener une étude empirique, afin de déterminer comment se matérialise en pratique le droit d'accès ou plus exactement son exercice. Nous présenterons la méthodologie de l'étude dans un premier temps (A.) puis les résultats obtenus et analyserons certaines des réponses en fonction des questions qu'elles ont suscitées (B.) avant de réunir dans une synthèse les différentes problématiques qui nous paraissent importantes, couplées à des recommandations pratiques (C.).

## A. Méthodologie

L'étude a consisté dans l'envoi de 2017 à 2020 de demandes de droit d'accès en français, formulées sur la base du document « Demande de renseignements simple » mis à disposition par le PFPDT<sup>103</sup> et destinées à des entreprises privées, des organes fédéraux et cantonaux<sup>104</sup>. Les destinataires ont été sélectionnés en fonction des possibles liens existants avec les auteurs du présent article, mais sans égard quant à la taille de l'entreprise, son secteur d'activité ou sa situation géographique. Enfin, les demandes ont été adressées à la fois par courrier postal B, A ou recommandé, mais également par courrier électronique lorsqu'une adresse électronique était disponible à cet effet.

## B. Résultats et problématiques soulevées

Au total, 40 demandes de droit d'accès ont été envoyées. Seules 2 demandes (5%) sont restées sans réponse. S'agissant des réponses reçues, le délai de 30 jours a été respecté dans 33 cas (86.8%), alors que seules 5 réponses ont été

enquete-ouverte-donnez-moi-mes-donnees-.html#timeline-anchor-1559897573732> (consulté le 20 octobre 2020) ; DELAFOI/RONGA, Reprenez le contrôle de vos données ! « Le Temps » propose une expérience participative, *in* Le Temps, 7 janvier 2019. L'expérience participative menée par ces deux journalistes a abouti à la publication d'une enquête, voir à ce propos DELAFOI/RONGA, Traquer son ombre numérique, *in* Le Temps, 5 octobre 2020, disponible sous : <<https://labs.letemps.ch/interactive/2020/longread-donnees-personnelles/>> (consulté le 31 octobre 2020).

<sup>103</sup> <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home.html> > Protection des données > Documentation > Lettes-type > Demandes générales (consulté le 31 octobre 2020).

<sup>104</sup> Dans ce cas, les demandes reposent sur les législations cantonales de protection des données. Puisque le champ d'application des législations cantonales est différent de celui prévu par la LPD, nous ne discuterons pas dans la présente contribution des réponses des administrations cantonales.

transmises au-delà du délai sans information préalable (13.2%). Finalement, 13 réponses (34.2%) ont semblé, *prima facie*, susciter notre questionnement d'un point de vue juridique, alors que les 25 autres réponses (65.8%) ne prêtaient pas le flanc à la critique.

L'étendue limitée de la présente contribution ne permet pas de présenter toutes les réponses, raison pour laquelle nous avons fait le choix d'en sélectionner neuf – représentant près du quart de celles-ci (23.7%) –, en raison soit de la question juridique qu'elles soulèvent et qui nous paraît pertinente soit de ce qu'elle permet d'illustrer. Compte tenu de ce qui précède et des réponses obtenues, la discussion qui suivra se concentrera sur les entreprises privées. Ainsi, nous présenterons chaque cas en distinguant les faits (a.) et l'analyse qui s'en suit (b.).

## *1. Entreprise privée de surveillance*

### *a) Faits*

Le requérant a travaillé dans une entreprise privée de surveillance entre décembre 2012 et mars 2013. Il a exercé son droit d'accès vis-à-vis de cette personne morale le 27 avril 2020 par l'intermédiaire de l'adresse électronique du conseiller à la protection des données telle qu'elle figure dans la déclaration de protection des données de l'entreprise. Le conseiller a accusé réception de la demande le jour même et a demandé, en allemand, des informations complémentaires au requérant, afin de faciliter le traitement de la demande. En particulier, il a requis du requérant qu'il précise sa demande en rapport à la relation entretenue avec l'entreprise privée de surveillance (employé, client, fournisseur, ...), qu'il indique la succursale avec laquelle le requérant a eu contact dans le cadre de sa relation et, finalement, quand le requérant était en contact avec l'entreprise privée de surveillance. Ces informations ont immédiatement été transmises par le requérant.

Par courrier recommandé du 20 mai 2020, l'entreprise privée de surveillance a transmis au requérant une clé USB chiffrée contenant les fichiers archivés et enregistrés sous forme de copies électroniques, tandis que la clé de déchiffrement a été envoyée au requérant par courrier électronique. Sur ce support figuraient 32 fichiers électroniques, en sus d'un tableau résumant pour chacun d'entre eux leur but, leur durée de stockage, la catégorie de données personnelles qu'ils contiennent, les transmissions entre chaque service de l'entreprise et l'éventuel transfert transfrontalier de données. Les 32 fichiers électroniques contiennent de nombreuses données personnelles basées sur la relation contractuelle telles que : le dossier personnel du collaborateur, la copie des correspondances adressées, du congé, les décomptes d'heures de travail, les fiches de salaires,

une copie des notes internes, des copies de courriers électroniques internes au sujet du requérant, un extrait du dossier personnel issu de la base de données de l'entreprise privée de surveillance et la décision de la Police cantonale vaudoise relative à l'octroi d'une carte de légitimation.

b) *Analyse*

D'un point de vue théorique, le fait de demander au requérant des informations complémentaires, certes afin de faciliter la demande, n'est pas problématique en soi. Certes, le requérant n'est pas supposé apporter de telles précisions et une demande d'accès généralisée aux données personnelles doit suffire, car l'article 8 LPD dispose que le droit d'accès porte sur « toutes » les données personnelles. Dans tous les cas, il appartient au débiteur du droit d'accès d'organiser ses fichiers de sorte à pouvoir identifier le requérant, comme le requiert l'article 9 alinéa 2 OLPD (*cf.* également art. 38 al. 2 LPD). Néanmoins, cette façon de procéder – et plus généralement une collaboration de la part du requérant – permet de faciliter les recherches. Ainsi, elle n'est pas à exclure lorsque le requérant est en mesure de les faciliter<sup>105</sup>, étant précisé que le maître du fichier reste tenu par la demande générale et doit transmettre toutes les données dont il dispose. De ce fait, ce procédé nous semble tout à fait admissible, d'autant plus que le délégué à la protection des données est situé en Suisse alémanique, alors que la relation contractuelle liant le requérant à l'entreprise privée de surveillance a été nouée et exécutée en Suisse romande. Dès lors, le délégué a dû se renseigner auprès de la succursale de Suisse romande pour obtenir les renseignements demandés.

Il est fréquent que les entreprises centralisent les demandes de droit d'accès par le biais d'un délégué à la protection des données. Cela a pour avantage que le délégué peut s'assurer du respect de la procédure. Toutefois, le délégué n'a pas forcément accès à l'entier de la base de données, celui-ci pouvant être restreint géographiquement. Ainsi, il devra donc s'adresser à des collègues à l'interne pour coordonner sa réponse. *A contrario*, lorsqu'aucun délégué à la protection des données n'officie au sein d'une entreprise, il peut être compliqué pour le collaborateur sans connaissance spécifique du domaine d'apporter une réponse. Dans toutes les hypothèses, la collaboration du requérant ne dispense pas le maître du fichier de procéder aux recherches qu'il est raisonnablement possible d'attendre de lui pour déterminer les données personnelles traitées du requérant.

La langue de la demande de renseignements adressée au requérant pose la question du respect de l'« intelligibilité » de la communication sous l'angle de l'article 8 lettre b de la Convention 108 (art. 9 al. 1 let. b de la

<sup>105</sup> Voir à cet égard : OFJ, Commentaire, p. 2 et *supra* II./B./3./a).

Convention 108+). En effet, elle a été effectuée en allemand, alors que le requérant avait rédigé sa requête en français et qui l’était également pour la relation contractuelle. Une réponse dans la langue du requérant aurait été préférable à notre sens, mais il ne s’agit pas pour autant d’une violation du principe d’intelligibilité. En revanche, il ne peut assurément pas être exigé que les données traitées et transmises soient traduites<sup>106</sup>.

Enfin, au sein de ces 32 fichiers électroniques, un document intitulé « Feuille de qualification » aura retenu notre attention particulière :

1. COMPETENCES PERSONNELLES		
Compétence physique	<input type="checkbox"/> sportif <input type="checkbox"/> endurant <input type="checkbox"/> normale <input checked="" type="checkbox"/> faible	0,5
Faculté intellectuelle	<input type="checkbox"/> compréhension rapide <input type="checkbox"/> normale <input checked="" type="checkbox"/> difficile (après explication, répétition) <input type="checkbox"/> intelligence vive <input type="checkbox"/> intelligence plutôt mauvaise	
Caractère	<input type="checkbox"/> persévérant <input type="checkbox"/> prend des initiatives <input type="checkbox"/> de confiance <input type="checkbox"/> accepte les remarques <input checked="" type="checkbox"/> n'accepte pas les remarques <input type="checkbox"/> routinier <input type="checkbox"/> instable <input checked="" type="checkbox"/> mou <input checked="" type="checkbox"/> peu ambitieux <input type="checkbox"/> ..... <input type="checkbox"/> .....	
2. ATTITUDES PROFESSIONNELLES		
Discipline	<input type="checkbox"/> excellente <input type="checkbox"/> de bon commandement <input type="checkbox"/> dévoué <input type="checkbox"/> difficile et irrégulière <input checked="" type="checkbox"/> mauvaise	0,5
Conscience professionnelle	<input type="checkbox"/> minutieux <input type="checkbox"/> consciencieux <input checked="" type="checkbox"/> négligent	
Moralité	<input type="checkbox"/> intègre et honnête <input checked="" type="checkbox"/> moyenne <input type="checkbox"/> sans scrupules	
Exactitude	<input type="checkbox"/> aucun <input checked="" type="checkbox"/> exceptionnels <input type="checkbox"/> fréquents <input type="checkbox"/> Retards motivés : <input type="checkbox"/> aucun <input checked="" type="checkbox"/> exceptionnels <input type="checkbox"/> fréquents <input type="checkbox"/> Retards sans motifs : <input type="checkbox"/> ne s'excuse pas <input type="checkbox"/> absences maladies/accident fréquents <input type="checkbox"/> absences douteuses	
Attitude	<input type="checkbox"/> envers le public : <input type="checkbox"/> courtois <input type="checkbox"/> ferme <input checked="" type="checkbox"/> calme <input type="checkbox"/> entretient <input type="checkbox"/> respectueux <input type="checkbox"/> sens du service clientèle <input type="checkbox"/> agressif <input type="checkbox"/> influençable <input type="checkbox"/> envers l'entreprise : <input type="checkbox"/> positive <input type="checkbox"/> normale <input checked="" type="checkbox"/> indifférente <input type="checkbox"/> négative <input type="checkbox"/> envers les collègues : <input type="checkbox"/> bon camarade <input type="checkbox"/> esprit d'équipe <input checked="" type="checkbox"/> normale <input type="checkbox"/> mauvais camarade <input type="checkbox"/> envers ses supérieurs : <input type="checkbox"/> courtoise <input checked="" type="checkbox"/> normale <input type="checkbox"/> indifférente <input type="checkbox"/> négative	
3. COMPETENCES PROFESSIONNELLES		
Manière de travailler	<input type="checkbox"/> rapide <input checked="" type="checkbox"/> capable <input type="checkbox"/> exécute bien les ordres <input type="checkbox"/> lent <input type="checkbox"/> peu capable <input type="checkbox"/> a du rendement <input type="checkbox"/> a et prend des initiatives <input checked="" type="checkbox"/> n'a pas et ne prend pas d'initiative	1
Utilisation professionnelle de langues étrangères	Allemand : <input type="checkbox"/> bilingue <input type="checkbox"/> niveau avancé <input type="checkbox"/> conversation de base <input type="checkbox"/> non Anglais : <input type="checkbox"/> bilingue <input checked="" type="checkbox"/> niveau avancé <input type="checkbox"/> conversation de base <input type="checkbox"/> non	
Spécialisations	<input type="checkbox"/> Service d'ordre <input type="checkbox"/> Protection de biens <input type="checkbox"/> Protection de personne <input type="checkbox"/> Accompagnement de personne <input type="checkbox"/> Bâton <input type="checkbox"/> Conducteur de chien <input type="checkbox"/> .....	
Formations spécifiques	<input type="checkbox"/> X-Ray <input type="checkbox"/> Hygiène <input type="checkbox"/> .....	

Figure 1 : Feuille de qualification de l’entreprise privée de surveillance

Conformément à l’article 328b du Code des obligations du 30 mars 1911<sup>107</sup>, l’employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l’exécution du contrat de travail. Pour le surplus, la LPD reste applicable. Il est donc tout à fait possible pour l’employeur de vérifier les connaissances de son employé. Toutefois, il est intéressant de

<sup>106</sup> Exception faite du cas dans lequel il ne s’agit ni d’une langue nationale ni de l’anglais, cf. MEIER, N 1079.

<sup>107</sup> CO ; RS 220.



relever dans le présent cas de figure que le requérant n'a jamais été formellement évalué. C'est pourquoi il apparaît douteux d'imaginer qu'une personne ait pu, sans observation aucune, apprécier les aptitudes du requérant telles qu'elles figurent sur ce document. La qualification de la « moralité » est la plus étonnante : comment est-elle définie et évaluée pour pouvoir la qualifier de « moyenne » ? Sur la base de quels standards, observations, valeurs ? Il est également permis de douter de l'efficacité d'un formulaire de cases à cocher pour évaluer le personnel par le biais d'observations inexistantes, ou à tout le moins unilatérales. Ainsi, le traitement de données effectué et relatif à ce document nous paraît difficilement compatible avec la protection de la personnalité du travailleur (art. 328b CO) et donc en violation du principe de licéité du traitement (art. 4 al. 1 LPD).

Enfin, ce document permet d'illustrer la difficulté, voire l'impossibilité selon nous, pour un maître du fichier d'y extraire les données personnelles qu'il contient. Quelles devraient être les données que le maître du fichier, en rapport à ce document, devrait transmettre au requérant, sur la base de l'article 25 alinéa 2 lettre b nLPD ? À notre sens, la révision ne devrait pas aboutir à un changement dans ce contexte et le maître du fichier demeurerait obligé de fournir le document lui-même.

## 2. *Entreprises de renseignements de solvabilité*

### a) *Faits*

Le requérant a fait parvenir une demande d'accès à quatre entreprises suisses de renseignements de solvabilité en date du 5 mars 2020 par courrier postal « A ». Elles ont respectivement fait parvenir leur réponse en date du 16, 20 et 23 mars 2020 par courrier « A » ou « B ». Deux des quatre entreprises ont informé le requérant qu'elles ne disposaient pas de données le concernant. L'une d'elles a indiqué au requérant que les informations contenues dans sa base de données proviennent de fournisseurs d'adresses, ainsi que de sources publiques telles que la Feuille officielle suisse du commerce et d'agences de recouvrement. Les deux autres entreprises ont répondu disposer de données sur le requérant qu'elles lui ont transmises et ont toutes deux joint à leur réponse leur déclaration relative à la protection des données contenant le but du traitement, la base légale (*cf.* art. 13 al. 2 let. c LPD), les sources, les catégories de données enregistrées, les destinataires, la durée et le droit à la rectification, ainsi qu'un extrait de leur base de données électronique.

b) *Analyse*

Peu transparentes et aux méthodes parfois douteuses<sup>108</sup>, de nombreuses entreprises de recouvrement opèrent en Suisse et procèdent à l'examen de la solvabilité des personnes pour permettre à des tiers de se renseigner à cet égard, sans qu'il n'existe de relation contractuelle entre une personne concernée et l'une de ces entreprises. Les données que traitent ces dernières proviennent en règle générale de sources officielles telles que les données du registre du commerce<sup>109</sup>, de l'office des poursuites<sup>110</sup>, du contrôle des habitants<sup>111</sup> et du registre foncier<sup>112</sup>. Toutefois, le degré de véracité des données laisse à désirer, si bien que le danger d'être fiché « insolvable » à tort et de subir un traitement illicite (*cf.* art. 4 al. 1 LPD) est réel et peut avoir des répercussions néfastes dans la vie quotidienne.

<sup>108</sup> À cet égard, voir Conseil fédéral : Encadrement des pratiques des maisons de recouvrement. Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat Comte 12.3641 du 15 juin 2012, 22 mars 2017, p. 28 : « *il semble incontestable que les moyens employés pour procéder aux recouvrements ne correspondent pas toujours à ce que l'on peut attendre d'une procédure d'encaissement convenable* ».

<sup>109</sup> Les données sont accessibles en ligne via <[www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)> (*consulté le 31 octobre 2020*).

<sup>110</sup> Selon l'art. 8a al. 1 de la Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et faillites, toute personne peut consulter les procès-verbaux et les registres des offices des poursuites et des offices de faillites et s'en faire délivrer des extraits à condition qu'elle rende son intérêt vraisemblable. Nous ajouterons ici qu'il arrive fréquemment que des entreprises de renseignements de solvabilité fassent paraître des annonces publicitaires dans le moteur de recherche *Google* (ou le moteur de recherche *Bing*) pour la commande d'un extrait du registre des poursuites (par exemple avec les mots-clés : commande, extrait, registre, poursuite). La personne faisant preuve d'un manque d'attention pourrait se laisser bernier par ce service qui se chargera de commander l'extrait du registre des poursuites avant de lui le faire parvenir.

<sup>111</sup> Le contrôle des habitants est régulièrement sollicité par des particuliers, des autorités administratives, des organismes privés voire des entreprises commerciales. Dans le canton de Vaud, et sous réserve de certaines conditions, toute personne physique ou morale peut s'adresser au contrôle des habitants pour accéder à certaines données personnelles concernant de tierces personnes. Plus d'informations sont disponibles au sein du « Guide pratique : la protection des données s'invite au contrôle des habitants », fruit de la collaboration entre le Service de la population, le Bureau de la Préposée cantonale à la protection des données et à l'information, de l'Association vaudoise du contrôle des habitants et de l'Association vaudoise des responsables informatiques communaux.

<sup>112</sup> En application des art. 970 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 220), 26 ss de l'Ordonnance fédérale du 23 septembre 2011 sur le registre foncier (ORF ; RS 211.432.1), la désignation de l'immeuble et son descriptif, le nom et l'identité du propriétaire sont accessibles sans justifier d'un intérêt particulier.

## 1. Décision

Prénom: [Donnée anonymisée]  
 Nom: [Donnée anonymisée]  
 Sexe: [Donnée anonymisée]  
 Forme légale: [Donnée anonymisée]  
 Date de naissance: [Donnée anonymisée]  
 Nom de jeune fille:  
 Lieu d'origine:  
 Rue: [Donnée anonymisée]  
 NPA: [Donnée anonymisée]  
 Localité: [Donnée anonymisée]  
 Contact: [Donnée anonymisée]  
 Décision: VERT



La couleur verte signale qu'aucun des critères décisifs n'est altéré.

## 2. Matrice de décision

Élément: Score  
 Rating: vert  
 Valeur: 511  
 Interprétation des données: Le score est une valeur statistique qui exprime la probabilité qu'un défaut de paiement se produise dans les 12 prochains mois. Des scores dans la zone rouge annoncent une probabilité de défaut de paiement très élevée. Des scores dans la zone jaune annoncent une probabilité de défaut de paiement moyenne. Des scores dans la zone verte annoncent une probabilité de sinistre faible. Plus le score est élevé, plus la probabilité de sinistre est faible. Le score est principalement basé sur les facteurs suivants: nombre, gravité et degré d'actualité des informations de recouvrement et poursuites. Plus le nombre des sinistres est élevé, plus le degré de gravité est important. De même, un sinistre récent est plus important qu'un sinistre de longue date.

Élément: Expériences des paiements  
 Rating: vert  
 Valeur: aucune  
 Interprétation des données: Nous nous basons sur les expériences de défaut de paiements. Ceux-ci sont catégorisés en quatre parties: A (rien à signaler), B (Infos négatives moindre), C (Infos négatives importantes), D (Infos négatives graves). Les détails relatifs à cette info sont détaillés dans la rubrique expériences de paiement. La catégorisation est principalement basée sur les facteurs suivants: nombre, gravité et degré d'actualité des informations de recouvrement et poursuites. Plus le nombre des sinistres est élevé, plus le degré de gravité est important. De même, un sinistre récent sera plus important qu'un sinistre de longue date.

Élément: Niveau de correspondance  
 Rating: vert  
 Valeur: person / firme trouvé  
 Interprétation des données: Au cas où la personne n'a pas pu être trouvée dans la base de données, il est recommandé de recourir à une identification via une méthode alternative (p.ex. contrôle des habitants, permis de véhicule, permis de conduire).

Élément: Statut de la personne  
 Rating: vert  
 Valeur: actif  
 Interprétation des données: L'état de la personne sert à reconnaître les personnes mineures, sous tutelle voire décédées. Dans le cas où la date de naissance est inconnue, il est admis que la personne est majeure. Avec l'état décédé, il est recommandé d'opérer une vérification approfondie, il se peut qu'il y ait eu une confusion sur la personne.

Élément: Confirmation officielle des membres du ménage  
 Rating: vert  
 Valeur: 0  
 Interprétation des données: Cette rubrique contrôle s'il y a un époux ou une épouse voire une concubine ou un concubin connu. Un statut jaune n'implique pas une mauvaise solvabilité. Le fait que toutes les personnes solidairement responsables (en particulier le conjoint) sont énumérées dans le formulaire de demande devrait être vérifié. En cas de doute, les faits doivent être vérifiés avec le demandeur. Ensuite, nous vous recommandons de vérifier avec [donnée anonymisée] la solvabilité de toutes les personnes responsables conjointement et solidairement.

Décision: vert

Figure 2 : Extrait de la décision pour déterminer si une personne est solvable

En l'occurrence, les deux réponses reçues des entreprises possédant des données concernant le requérant contiennent des erreurs flagrantes, notamment en ce qui concerne les personnes partageant son domicile, sans qu'elle n'ait engendré dans le cas présent une atteinte à la personnalité. Cela caractérise une

violation du principe d'exactitude des données au sens de l'article 5 LPD et entraîne une présomption d'illicéité du traitement (art. 12 al. 2 let. a LPD).

En outre, l'une des deux sociétés procède à une décision pour déterminer si une personne est solvable ou non, ce qui se traduit par une « couleur de feu ». Elle est le résultat d'une « matrice de décision » composée des cinq critères : score, expérience des paiements, niveau de correspondance, statut de la personne et confirmation officielle des membres du ménage :

Parmi ces critères, celui relatif au score est étonnant. Comme indiqué sur le document, il s'agit d'une valeur statistique qui exprime la probabilité qu'un défaut de paiement se produise dans les douze prochains mois : plus le score est élevé, plus la probabilité de « sinistre » (de non-paiement) est faible. Les facteurs « principaux » permettant l'établissement du score sont en outre indiqués. Dans la mesure où il est attribué à une personne, le score constitue une donnée personnelle (art. 3 let. b LPD). Il est imagé à l'aide d'un graphique :

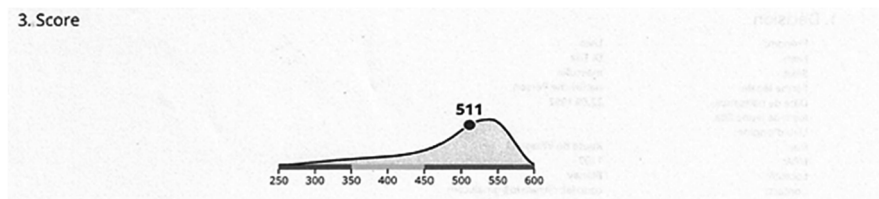


Figure 3 : Score de solvabilité selon la décision

Censé démontrer la solvabilité du requérant, ce score n'est pas parfait et le requérant a une note de 511 sur 600, alors même qu'il est financièrement irréprochable. Dans le cas présent, ce score n'engendre pour le requérant aucune difficulté, même s'il pose la question de savoir s'il existe une différence entre une personne notée différemment au sein de la même catégorie, cas échéant les motifs de cette différence. Toutefois, il en aurait été autrement si le requérant oscillait à la frontière de deux « couleurs de feu ». Les informations transmises pour comprendre pourquoi et comment ce score a été attribué dans le cas d'espèce sont limitées, d'où la question : la donnée est-elle véritablement « intelligible » ? Ce questionnement n'est pas dénué d'importance, car le droit d'accès n'a de sens que s'il est effectif. Or que faire d'une donnée à son propre sujet qu'il est impossible de décrypter et dont seul le maître du fichier connaît le secret ? Nous touchons ici à une limite du droit d'accès.

Enfin, il nous est permis ici de faire le parallèle avec l'exemple évoqué dans l'introduction concernant l'ex-Conseiller national Jean-Christophe SCHWAAB, lequel s'est vu refuser la possibilité de régler par facture l'achat en ligne du DVD de la Fête des Vignerons 2019 sur le site de la RTS. L'entreprise mandatée par la RTS pour gérer ses factures de paiement le considérait insolvable, car sous curatelle et/ou mineur, en raison de ses intérêts

politiques<sup>113</sup>. Pour parvenir à ces conclusions, ladite entreprise s'est elle-même adressée à une entreprise de renseignements de solvabilité qui détenait des données factuellement erronées<sup>114</sup>. Or si la RTS devait être saisie d'une demande d'accès, elle n'aurait pas à désigner nommément l'entreprise avec laquelle elle travaille comme nous l'avons vu<sup>115</sup>. Dans un cas tel que celui de Jean-Christophe SCHWAAB, l'absence de réponse concernant le détenteur des données fausses laisse penser que le droit d'accès n'est d'aucune utilité, puisqu'il ne permet pas d'atteindre son but premier de protection de la personnalité (*cf.* art. 1 LPD). Non juridique, mais plutôt humaine, la conséquence est une sensation des personnes concernées de perte de maîtrise de leurs données personnelles.

### 3. *Entreprises du commerce de détail*

#### a) *Faits*

Le requérant a envoyé une demande d'accès à deux groupes de sociétés deux entreprises actives dans le commerce de détail en Suisse en date du 31 janvier 2020 : par courrier « B » à la première ; par courrier « recommandé » à la seconde, mais à l'attention du conseiller à la protection des données désigné par la déclaration de protection des données de l'entreprise. La première entreprise n'a jamais donné suite à la demande. Quant à l'autre, elle a partiellement répondu en date du 12 février 2020, en arguant que « *toute demande d'information concernant celles en mains d'autres entreprises du [groupe de sociétés] doit être adressée directement à ces dernières* ». Elle a ainsi fourni un formulaire contenant les données de base du requérant, les informations générales concernant le traitement des données, ainsi que certaines données liées à son profil de consommation rendu possible par sa souscription au programme de fidélité de l'entreprise. Une seconde demande d'accès a été envoyée à la direction du programme de fidélité de la seconde entreprise, conformément au « sous-site web » du programme de fidélité. Le requérant a reçu en retour un profil de consommation similaire, ainsi que quatre années de tickets de caisse.

<sup>113</sup> MONNAT, Firmes ; MONAT, Insolvable.

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> *Supra* II./C./2.

b) *Analyse*

La récolte de données sur les clients est une pratique courante aujourd'hui et permet notamment de segmenter la clientèle, notamment en vue d'offres publicitaires ciblées<sup>116</sup>. Les cartes de fidélité offrent en effet un aperçu du profil de consommation du client, les données comprenant en règle générale la fréquence d'achat par semaine, la fidélité à la marque, les préférences en matière de produits et sa réactivité aux campagnes marketing opérées en sus des données personnelles habituelles, à l'instar des données démographiques ou géographiques<sup>117</sup>.

S'agissant de la première entreprise qui n'a pas répondu à la demande, son comportement caractérise une violation de l'obligation d'informer le requérant du fait de savoir si elle opère ou non un traitement de données personnelles à son égard (art. 8 al. 1 LPD). Cela étant, la question de la preuve de la violation, en raison de l'envoi de la demande par courrier « B », n'est pas à négliger dans un tel cas de figure. En outre, l'obligation étant de droit privé, sa violation n'est pas constitutive d'une infraction pénale au sens de l'article 34 alinéa 1 lettre a LPD<sup>118</sup>. Pour obtenir une réponse et faire sanctionner la violation, le requérant n'a que la possibilité d'ouvrir une action en exécution du droit d'accès (*cf.* art. 15 LPD)<sup>119</sup>.

Concernant la seconde entreprise, nous reproduisons ci-dessous un extrait anonymisé de sa (première) réponse au sujet du profil de consommation du requérant, notamment sa segmentation sur la base de trois critères : le motif d'achat, son comportement face au prix et sa situation de vie (*lifestage*) :

<sup>116</sup> Sur la question des cartes de fidélité, voir : COLL.

<sup>117</sup> COLL, p. 115.

<sup>118</sup> MEIER, N 1955.

<sup>119</sup> HK DSG-ROSENTHAL, N 18 *ad* art. 34.

Création d'un profil auprès de [donnée anonymisée]			
<b>Numéro de la carte de fidélité</b>	[Donnée anonymisée]	<b>XXXXX en cours d'expédition</b>	Oui
<b>Date de mutation</b>	27.11.2018	<b>Subito / Statut de blocage / Commentaire</b>	Utilisateur
<b>Date de mutation de l'adresse</b>	16.01.2002	<b>Statut de l'adresse</b>	Adresse connue
<b>Premier achat</b>	29.12.2001	<b>Statut du blocage</b>	Communication non bloquée
<b>Dernier achat</b>	11.02.2020	<b>Segmentation par motif d'achat</b>	Équilibre et qualité
<b>Centre de coûts du CA principal</b>	[Donnée anonymisée]	<b>Segmentation par prix</b>	Acheteurs de primes
<b>Centre de coûts de la fréquence principale</b>	[Donnée anonymisée]	<b>Segmentation lifestage</b>	Golden Ager
<b>CA en CHF depuis l'enregistrement</b>	171'001.05	<b>Points depuis l'enregistrement</b>	287'467
<b>CA en CHF pour l'année en cours</b>	1'635.25	<b>Points pour l'année en cours</b>	3'792
<b>CA en CHF pour la période de décompte en cours</b>	391.70	<b>Points pour la période de décompte en cours</b>	813

Figure 4 : Extrait du profil de consommation du requérant

L'établissement de ce profil de consommation par rapport à ces trois critères est obscur. Aucune information n'est transmise quant au fait de savoir comment il est procédé à la catégorisation<sup>120</sup>. Contrairement au cas précédent, les différentes catégories ne sont pas indiquées, si bien que la transparence et, dans une certaine mesure, la maîtrise par le requérant de ses données est encore plus restreinte.

En outre, les réponses distinctes obtenues suscitent le questionnement quant à la qualité de maître du fichier et de l'envoi complet des données. Selon la déclaration de protection des données, dans laquelle les coordonnées du conseiller à la protection des données sont affichées, la maison mère du groupe de sociétés est le maître du fichier, notamment en ce qui concerne les traitements de données personnelles dans le cadre du programme de fidélité. Par conséquent, il est difficilement concevable que toutes les données n'aient pas été remises dans le cadre de la première réponse. En l'occurrence, nous constatons ici un problème d'organisation interne à l'entreprise.

<sup>120</sup> Ou si celle-ci repose sur une décision automatisée. À cet égard, la nLPD prévoit de nouvelles obligations légales à l'égard du maître du fichier/responsable du traitement, cf. DI TRIA, nLPD.

#### 4. Assurance privée

##### a) Faits

Les représentants légaux du requérant ont souscrit pour lui une police d'assurance accidents le 1<sup>er</sup> janvier 1999 auprès d'une assurance privée. Le requérant a résilié ladite police en septembre 2018, en précisant dans sa lettre de résiliation retirer son consentement quant au traitement de données et requérir la suppression de ses données personnelles. En juin 2019, il a fait parvenir à l'assurance une demande d'accès par l'intermédiaire de l'adresse électronique du conseiller à la protection des données telle qu'elle figure dans sa déclaration de protection des données. L'assurance lui a remis les données qu'elle possédait par courrier « A », en précisant ne plus traiter de données personnelles concernant le requérant, sous réserve des obligations légales de conservation. Elle a joint à ce courrier : la lettre de résiliation précitée ; un extrait du dossier client du requérant sous forme de captures issues du *Customer Relationship Management (CRM)* ; des impressions du système informatique concernant les polices d'assurance ; et les décomptes de prime pour une période couvre les années 2014 à 2018.

##### b) Analyse

Cette demande d'accès met face à face la volonté du requérant de s'opposer à un traitement de données et l'obligation légale de conservation du maître du fichier. Tout d'abord, il nous paraît important de souligner que l'archivage de données personnelles tombe dans la notion de « traitement » (art. 3 let. e LPD). Sur la question de l'obligation légale de conservation, l'article 958f/CO prévoit, pour toute entreprise devant s'inscrire au registre du commerce en raison de sa forme juridique, qu'elle doit conserver ses livres comptables pendant dix ans, ce qui inclut également les pièces comptables et la correspondance commerciale, ainsi que tout document pertinent sur le plan comptable et/ou assurant la traçabilité d'une transaction<sup>121</sup>. Il s'agit en particulier de tous les documents en lien avec un contrat, tels que propositions, résiliations, polices, mais aussi les lettres et les courriels qui s'y rapportent.

Au regard de la demande expresse de suppression de données du requérant dans le cas présent, il est nécessaire de distinguer les pièces comptables et la correspondance commerciale qui se doivent d'être conservées des autres données personnelles qui ne sont pas soumises à l'obligation de conservation. Selon nous, ces dernières doivent être supprimées par le maître du fichier, car

<sup>121</sup> Voir à cet égard : CR CO II-TORRIONE/BARAKAT, N 1 ss *ad* art. 958f ainsi que l'Ordonnance fédérale du 24 avril 2002 concernant la tenue et la conservation des livres de compte (Olico ; RS 221.431).



elles ne sont d'aucune utilité à ce procédé d'archivage. Seules devraient être conservées les données personnelles permettant d'identifier le requérant pour le mettre en relation avec les pièces comptables et la correspondance commerciale tombant sous le coup de l'obligation légale de conservation.

Dans le cas présent, le document relatif au CRM fait état des « données partenaire » du requérant. Y figurent des données telles que le nom, le prénom, la date de naissance, le numéro de client, le numéro de téléphone, l'adresse physique et électronique, l'état civil, sa profession, le revenu annuel brut, les loisirs de la personne concernée, ses formations et encore le statut résidentiel (locataire ou propriétaire). En raison de l'obligation de conservation précitée, il est admis que le maître du fichier conserve les données relatives au nom, prénom, à la date de naissance et au numéro de client. En revanche, toutes les autres données ne sont aucunement nécessaires aux fins de l'obligation légale prévue par l'article 958<sup>f</sup>CO. Elles auraient donc dû être supprimées au moment de la résiliation du contrat d'assurance. Partant, leur conservation aujourd'hui encore constitue un traitement illicite ne reposant sur aucun motif justificatif (art. 4 al. 1 *cum* art. 13 al. 1 LPD).

## 5. *Entreprise de paiement mobile de parking*

### a) *Faits*

Par courriel du 6 août 2019, le requérant a envoyé une demande d'accès à l'entreprise de paiement mobile de parking en écrivant à l'adresse électronique de son délégué à la protection des données telle qu'apparaissant sur le site web de l'entreprise. Le courriel n'a jamais été délivré, car l'adresse électronique n'existe pas. Le même jour, le requérant a alors adressé sa demande par courrier recommandé. N'ayant pas eu de réponse dans le délai de 30 jours, le requérant a adressé par courrier recommandé une sommation à l'entreprise en date du 7 septembre 2019. L'entreprise concernée a pris contact avec le requérant par courriel en date du 16 septembre 2019, en l'invitant à lui communiquer son numéro de client, l'immatriculation de son véhicule, ainsi que son numéro de téléphone. Après avoir amené ces compléments de réponse tout en demandant leur fondement, le requérant a reçu par retour de courriel deux documents électroniques chiffrés, tandis que la clé de déchiffrement a été envoyée par SMS.

### b) *Analyse*

La justification de l'identité est une étape importante pour éviter que des données personnelles ne soient remises à des tiers. C'est pourquoi le législateur astreint lui-même la personne qui exerce son droit d'accès à justifier de son identité (art. 1 al. 1 OLPD).

Dans le cas présent, le requérant a annexé à sa demande une copie de sa carte d'identité et a ainsi respecté cette condition. Or cela n'a pas suffi à l'entreprise. Requérir des renseignements supplémentaires, à l'instar du numéro de client, de l'immatriculation du véhicule et du numéro de téléphone pour prouver l'identité, érige *a priori* un obstacle malvenu. L'entreprise a justifié cette pratique par des « raisons de sécurité » : même si elle a pu retrouver le requérant dans son système de données grâce à la copie de sa carte d'identité, elle a indiqué vouloir vérifier son identité avec trois informations personnelles qui se retrouvent dans le compte du requérant, afin d'assurer la confidentialité des données. Si un tel effort de protection est à saluer en soi, il n'en demeure pas moins que les exigences supplémentaires de l'entreprise ne sont pas fondées juridiquement au regard de l'article 1 alinéa 1 OLPD. Qui plus est, l'envoi de données personnelles par voie électronique en prévoyant un chiffrement déchiffrable uniquement grâce à l'envoi d'un SMS contenant le mot de passe respecte déjà ce devoir de protection des données personnelles contre tout accès de tiers non autorisés.

## 6. *Plateforme de streaming*

### a) *Faits*

Le 30 janvier 2020, le requérant a adressé par courriel une demande d'accès à une plateforme de *streaming* présente sur différents continents et disposant de plusieurs sièges à l'attention de son délégué à la protection des données. Il découle de ses conditions générales et de sa politique de confidentialité que le maître du fichier est au siège européen de l'entreprise basé aux Pays-Bas. Ainsi, la demande a été formulée tout d'abord en faisant référence non pas à l'article 8 LPD, mais à l'article 15 RGPD<sup>122</sup>. Le 6 février 2020, l'entreprise a répondu que le RGPD ne s'applique qu'aux résidents situés dans l'Espace économique européen et que le requérant a été identifié comme résidant en dehors de ce territoire. Elle n'a donc transmis aucune donnée personnelle au requérant, mais simplement indiqué de façon générale et en se référant au RGPD les données qu'elle traite, la finalité du traitement, les catégories de destinataires, la période de stockage prévue, ainsi que les conditions relatives à la communication transfrontière de données personnelles.

Une seconde demande d'accès a été adressée par retour de courriel le 12 février 2020, avec pour fondement l'article 8 LPD cette fois-ci. L'entreprise

<sup>122</sup> Notons que les modalités liées à l'exercice du droit d'accès sous l'angle du RGPD sont différentes (*cf.* art. 15 RGPD). Par exemple, le requérant n'a pas nécessairement l'obligation de faire parvenir une copie de sa carte d'identité mais doit malgré, pour des raisons de sécurité, prouver être le titulaire des données personnelles.

a accepté de traiter le fond de la demande à la condition que le requérant fasse parvenir une copie de sa carte d'identité, laquelle a été transmise immédiatement. Sans nouvelle en date du 19 mars 2020, le requérant s'est à nouveau adressé à l'entreprise, en lui impartissant un nouveau délai de dix jours pour répondre, faute de quoi l'autorité suisse et l'autorité néerlandaise de protection des données seraient informées de la situation. Par retour de courriel chiffré du 27 mars 2020, l'entreprise a fait droit à la demande d'accès, avec une réponse intégralement formulée en anglais et contenant cette fois-ci les données personnelles du requérant.

## b) Analyse

Le refus de l'entreprise de répondre à la demande d'accès sur la base de l'article 15 RGPD est étonnant. Le champ d'application *ratione loci* du RGPD distingue l'application « territoriale » imposant des obligations aux responsables de traitement qui se trouvent « sur le territoire de l'Union » (art. 3 al. 1 RGPD) et l'application « extraterritoriale » qui a pour vocation de protéger les personnes se trouvant sur le territoire de l'Union européenne, indépendamment du lieu où se trouve le responsable de traitement (art. 3 al. 2 RGPD)<sup>123</sup>. La présence « sur le territoire de l'Union » ou du responsable du traitement (art. 3 al. 1 RGPD) ou des personnes concernées, à certaines conditions pour ces dernières (al. 2), déclenche ainsi l'application du RGPD.

En l'occurrence, l'entreprise dispose d'un établissement dans l'Union européenne traitant des données personnelles du requérant, au sens de l'article 3 alinéa 1 RGPD. Partant, le RGPD est applicable, indépendamment de la nationalité ou du lieu où se trouvent les personnes concernées<sup>124</sup>. Le fait que l'article 3 alinéa 2 RGPD ne soit pas *in casu* opposable au responsable de traitement ne saurait rien y changer, car cette disposition ne fait que définir les conditions auxquelles le RGPD a un champ d'application extraterritorial. Toute autre solution signifierait que des traitements de données personnelles sur le territoire de l'Union européenne pourraient être opérés en omettant le RGPD et les standards élevés de protection des données qu'il consacre, ce qui est non seulement incompatible avec la lettre claire de la réglementation, mais aussi son esprit. En conclusion, le refus de donner suite à la requête de droit d'accès basé sur l'article 15 RGPD est donc contraire au droit européen.

Ce refus est d'autant plus surprenant que l'entreprise a en réalité donné suite à la demande d'accès fondée sur l'article 8 LPD... en répondant sur la base du RGPD. En effet, lors de la seconde demande renseignements, deux

<sup>123</sup> MÉTILLE/ACKERMANN, p. 79 ss.

<sup>124</sup> MÉTILLE/ACKERMANN, p. 81.

dossiers électroniques ont été remis au requérant : intitulé « *Member Information Request Response* », le premier contient ses données personnelles et la politique de confidentialité de l'entreprise, laquelle se repose exclusivement sur le RGPD, alors que le deuxième, nommé « *Member Data Portability Request Response* », est la concrétisation du droit à la portabilité des données au sens de l'article 20 RGPD<sup>125</sup>. Or ce droit n'est pas prévu par la LPD actuelle, même s'il le sera à l'avenir, le législateur ayant choisi de l'inclure dans la nLPD lors des débats parlementaires<sup>126</sup>, alors que le Conseil fédéral ne le proposait pas dans son projet de loi. Ainsi, il apparaît que l'entreprise n'opère aucune distinction entre résidents suisses et européens, en donnant suite aux demandes dont il est saisi conformément au RGPD.

## 7. *Prestataires de services financiers*

### a) *Faits*

Le requérant a fait parvenir une demande d'accès à son prestataire de services financiers par courrier « B » en date du 30 janvier 2020. Ce dernier y a donné suite le 26 février 2020 par courrier « A », en faisant parvenir au requérant une lettre, ainsi qu'un dossier de 110 pages contenant toutes les informations de base sur les données client et de compte recueillies dans les systèmes centraux du prestataire de services financiers en allemand. Il est en outre apparu que des documents d'autres clients du prestataire de services financiers ont été remis au requérant.

### b) *Analyse*

Tout d'abord, la communication de données personnelles (nom, prénom, adresse postale, préférence linguistique et date de naissance) de tiers est extrêmement problématique, de surcroît dans le domaine bancaire. Si les erreurs sont humaines et peuvent survenir plus facilement lorsqu'une réponse à une demande d'accès est aussi détaillée et administrée manuellement, il n'en reste pas moins que pareille communication est constitutive d'un traitement illicite de données personnelles (art. 4 al. 1 *cum* art. 13 al. 1 LPD) et potentiellement aussi d'une violation par négligence du secret bancaire au sens de l'article 47 LB. De tels manquements invitent à la vigilance, mais aussi et

<sup>125</sup> Ce dossier contient tout autant des données personnelles, mais il permet leur portabilité à un autre responsable de traitement. Sur l'art. 20 RGPD et le droit qu'il consacre, cf. REICHLIN, pp. 400, 403 ss et 414 s.

<sup>126</sup> Art. 28 nLPD.

surtout à la mise en place de contrôles pour que de telles erreurs ne puissent survenir.

Ensuite, la lettre d'accompagnement précitée indique ce qui suit : « *Afin de garantir l'exercice gratuit du droit d'accès, nous renonçons à la transmission des documents déjà envoyés dans le cadre de la relation d'affaires tels que les aperçus de fortune périodique (p.ex. relevés de compte, extraits de dépôts), les lettres types et autre correspondance ainsi qu'à la production de données relatives aux transactions et accès à nos systèmes dans le cadre de votre portefeuille clientèle. Vous pouvez accéder vous-même à l'historique des transactions par e-banking ; si cela n'est pas possible, nous vous prions de prendre contact avec nous* ». Cette lettre soulève plusieurs questions à notre sens.

Premièrement, ce procédé est-il admissible ? Dans le contexte d'une relation bancaire, l'ouverture d'un compte bancaire inclut le plus souvent, si ce n'est toujours, l'accès gratuit et automatique à un service d'*e-banking*. Ainsi, le client n'a pas besoin de télécharger et installer une application en particulier ou de procéder à une inscription ultérieurement. Dans une telle hypothèse, la mise à disposition des données personnelles et la possibilité de les télécharger via la plateforme *e-banking* peut être assimilée à la communication « par voie électronique » comme prévue par l'article 1 alinéa 2 OLPD<sup>127</sup>, cela même en l'absence d'un comportement actif que suggérerait une interprétation littérale du terme « communication ». Sous l'angle juridique, ce procédé est dès lors admissible selon nous, étant donné qu'il permet de satisfaire, du côté du maître du fichier, à ses obligations découlant de l'article 8 LPD et qu'il n'est pas invasif, en ce sens que la transmission de données personnelles supplémentaires n'est pas requise. Néanmoins, la communication électronique ne saurait être interprétée plus extensivement comme permettant au maître du fichier d'obliger un requérant à installer une application mobile dont la finalité n'est pas uniquement de mettre en œuvre le droit d'accès, mais poursuit d'autres finalités<sup>128</sup>. Une telle pratique constitue un obstacle à la fois injustifié et disproportionné à l'exercice du droit d'accès.

Deuxièmement, le requérant est-il fondé à requérir la communication des données sous une forme et/ou une autre ? Rappelons à cet égard que l'article 1 alinéa 2 OLPD envisage la communication électronique à des conditions précises. Si ces conditions sont satisfaites, alors il existe une alternative à cet égard entre la « voie physique ou papier » et la « voie électronique », valant

<sup>127</sup> Notons d'ailleurs qu'une telle façon de procéder correspond au système de téléchargement automatique de ses données personnelles par le biais de son compte utilisateur qui a été mis en place sur de nombreux sites web des géants technologiques, à l'instar de *Facebook, Google, LinkedIn, Instagram, Microsoft, Twitter, etc.*

<sup>128</sup> Nous pensons ici aux applications mobiles de certaines assurances maladies.

aussi bien pour le requérant qui exerce son droit d'accès que pour le maître du fichier qui y répond. De ce fait, le requérant ne peut exiger une communication papier ou physique de ses données. Il y a toutefois lieu de réserver les cas dans lesquels une communication électronique est impossible pour une quelconque raison, comme l'a justement envisagé l'entreprise dans le cas présent.

Enfin, l'entreprise justifie cette façon de procéder pour garantir la « gratuité » du droit d'accès, sous-entendant qu'elle pourrait facturer une réponse écrite avec tous les documents physiques. Rappelons à cet égard que l'article 2 alinéa 1 lettre b OLPD instaure une exception « exceptionnelle » à la gratuité qu'en présence d'un « volume de travail considérable »<sup>129</sup>. L'impression d'un nombre important de copies ne correspond pas en lui-même à un tel « volume de travail considérable », si bien qu'une facturation par page imprimée, fut-elle chiffrée en centimes, est contraire à la loi<sup>130</sup>.

## 8. *Entreprise de services technologiques*

### a) *Faits*

Le requérant recourt depuis plusieurs années à une entreprise de services technologiques pour une multitude de produits et services rattachés à un compte utilisateur sur Internet. L'entreprise permet à ses utilisateurs de télécharger leurs données personnelles liées aux différents produits et services qu'elle propose directement par l'intermédiaire de leur compte en ligne.

Le 15 mars 2020, le requérant a téléchargé l'historique de ses positions géographiques enregistrées par ses appareils et a utilisé un logiciel pour les lire les données reçues.

### b) *Analyse*

De nombreuses entreprises actives dans le domaine des services technologiques proposent à leurs utilisateurs le téléchargement de leurs données personnelles par l'intermédiaire de leur compte personnel. Comme indiqué précédemment, ce procédé respecte selon nous les principes de mise en œuvre du droit d'accès, pour autant que toutes les données personnelles soient fournies et qu'elles soient intelligibles. À cet égard, les données transmises peuvent poser problème aux néophytes de l'informatique, car certaines d'entre elles, comme dans le cas présent, nécessitent des applications spécifiques pour

<sup>129</sup> *Supra* II./B./3./f).

<sup>130</sup> *Supra* II./B./3./f).

pouvoir être véritablement comprises. En sus, le maître du fichier doit s'assurer que l'accès au téléchargement des données personnelles soit mis en évidence<sup>131</sup>.

Dans le cadre de cet exemple, nous n'avons téléchargé que l'historique des positions, afin de mettre en exergue l'importance croissante des technologies permettant le traçage des utilisateurs. Les données de géolocalisation peuvent permettre de déduire de nombreuses choses, à l'instar de la situation socioprofessionnelle, les quartiers fréquentés, les magasins privilégiés, les lieux de soin, les lieux de culte, les opinions politiques, etc. Ces technologies de géolocalisation sont souvent intégrées au sein du code d'applications mobiles et permettent alors d'attirer par la suite de potentiels clients avec des offres calibrées en conséquence<sup>132</sup>.

Grâce à une simple application web, nous avons pu mettre en évidence les déplacements du requérant dans sa vie quotidienne, les points fongés étant les lieux les plus fréquentés.

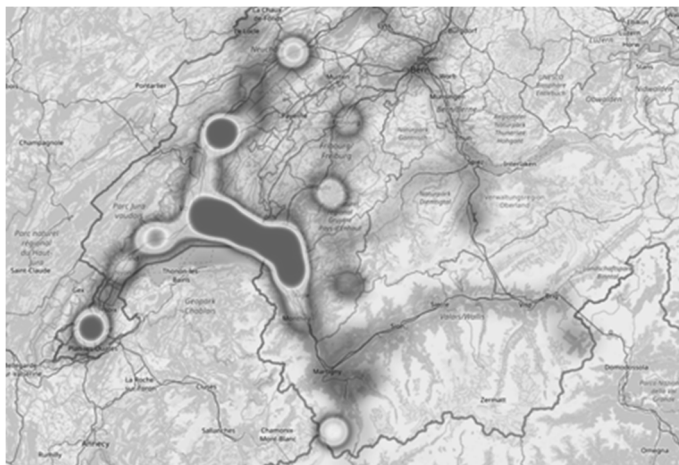


Figure 5 : Historique des positions du requérant

La carte étant interactive, il est possible de déduire exactement les lieux visités par le requérant avec une précision aiguisée. Dans le cadre d'un voyage à New York, il est d'ailleurs possible de suivre exactement les zones visitées et

<sup>131</sup> Par exemple, *Facebook* a modifié l'emplacement du lien permettant de télécharger ses données personnelles en le rendant plus accessible et plus visible lors de l'entrée en vigueur du RGPD.

<sup>132</sup> Les sociétés *Fidzup* et *Singlespot* avaient d'ailleurs été mises en demeure en France par la Commission nationale de l'informatique et des libertés, cf. : <<https://www.cnil.fr/fr/applications-mobiles-cloture-des-mises-en-demeure-lencontre-des-societes-fidzup-et-singlespot>> (consulté le 20 octobre 2020).

de déterminer par exemple le lieu d'hébergement, les restaurants visités, mais aussi les boutiques, ce qui permet de constituer un profil de consommation sur une longue période.



*Figure 6 : Historique des positions du requérant durant un voyage à New York*

## 9. *Entreprise du commerce électronique*

### a) *Faits*

Le requérant a envoyé à une entreprise active dans le commerce électronique une demande d'accès par courrier « A » datée du 13 février 2020. L'entreprise a pris contact par courriel avec le requérant en date du 26 février 2020, en lui indiquant que les documents souhaités seraient transmis par courriel dès que les données auront été collectées, ce qui pouvait prendre jusqu'à trois semaines.

Le 27 février 2020, seule une partie des données personnelles ont été transmises par courriel. En effet, à l'examen des documents envoyés dans leur intégralité, l'un des documents indique que divers traitements ont eu lieu, sans que les données personnelles relatives à ceux-ci n'aient été fournies. Ces traitements portaient sur « *l'analyse du comportement de la clientèle, en particulier relevé anonyme, personnel et par groupe du comportement des clients et de leur comportement d'achat passé et actuel ainsi que des besoins et des intérêts des clients ; établissement et analyse des données de localisation, profils de déplacement et analyse du panier de la ménagère* ». Sur la base de ce traitement de données personnelles, des publicités personnalisées sont d'ailleurs proposées à l'utilisateur lors de sa navigation Internet. Ces données personnelles n'ayant pas été transmises, le requérant a donc demandé des précisions à l'entreprise. Après plusieurs échanges électroniques,



l'entreprise a reconnu avoir fait une erreur dans les documents envoyés et remis le 12 mars 2020 l'intégralité des données personnelles cette fois-ci, y compris celles relatives à l'analyse du comportement de la clientèle.

*b) Analyse*

Bien que l'article 8 LPD oblige le maître du fichier à communiquer « toutes les données » personnelles du requérant, seule une partie d'entre elles ont été initialement remises, si bien que les renseignements fournis ne l'ont été que de façon incomplète en l'occurrence. Le cas présent démontre ainsi qu'il est parfois nécessaire de procéder à une minutieuse analyse des documents remis et de réitérer les demandes de renseignements, quitte à les préciser, pour obtenir toutes les données personnelles.

Le fichier *Excel* qui nous a été finalement envoyé contient 28 onglets dont le *tracking* réalisé par l'intermédiaire des cookies installés et contenant des milliers d'entrées diverses à l'instar des différents liens cliqués, de l'historique des recherches sur le site de la société de commerce électronique. À cet égard, nous reproduisons l'un des onglets relatifs au *tracking* de ci-dessous en ne reportant que les catégories de données, sans les informations relatives au requérant.

Date	fullVisitorId	ClientId	UserId
Uhrzeit	referralPath	campaign	Source
Medium	Keyword	adContent	adwordsClickInfo
isTrueDirect	campaignCode	browser	browserVersion
Browser Size	operatingSystem	operatingSystemVersion	isMobile
mobileDeviceBranding	mobileDeviceModel	mobileInputSelector	mobileDeviceInfo
mobileDeviceMarketingName	FlashVersion	javaEnabled	Language
Screencolor	screenResolution	deviceCategory	channelGrouping
Continent	subContinent	country	region
metro	city	cityId	networkDomain
latitude	longitude	networkLocation	socialEngagementType
visitID			

Figure 7 : Catégories des données récoltées dans le cadre d'un tracking

La notion de données personnelles est centrale en protection des données et a, ces dernières années, évolué de manière extensive. Au risque de nous répéter, un nom et un prénom peuvent suffire à identifier une personne. Bien

souvent, et comme nous l'avons démontré au long de ce chapitre dédié aux exemples pratiques, de nombreux traitements informatiques peuvent être réalisés comme l'analyse du comportement de la clientèle ou le suivi comportemental Internet. Nous considérons ces données comme « indirectes ». Elles font partie des données personnelles puisqu'elles sont rattachées à une personne et permettent de déduire des éléments caractéristiques du consommateur. Enfin, nous relevons que les données de *tracking* permettent de déterminer de nombreux éléments : la position géographique du réseau Internet, la longitude et la latitude de la personne profilée, le système d'exploitation, la résolution graphique de l'écran utilisé par le consommateur, du type d'appareils utilisés, comment la personne profilée est arrivée sur le site web, depuis quelle ville elle s'est connectée, *etc.*

### **C. Synthèse et recommandations pratiques**

Cette étude empirique révèle que dans la très grande majorité des cas (95%), les maîtres du fichier répondent aux demandes d'accès qui leur sont transmises. Cela étant, l'étude permet également de rendre compte d'un certain nombre de mauvaises pratiques du côté des maîtres du fichier, cela à raison de plus d'un tiers (34.2%) des réponses obtenues. En outre, l'échantillon de réponses met en lumière de nombreuses disparités. Par exemple, pourquoi faut-il récrire à une entreprise après la demande d'accès et la réponse pour qu'elle transmette l'analyse du comportement d'achat, alors même qu'une autre société, active dans un domaine similaire, la fait parvenir spontanément ? Pourquoi une entreprise transmet-elle les tickets de caisse de plusieurs années mais pas une autre ? Qui a tort dans sa pratique et qui a raison ?

Les démarches pour traiter une demande d'accès nécessitent les bons réflexes, c'est-à-dire une bonne formation du personnel ou du moins sa sensibilisation à ces problématiques. Dans tous les cas en présence d'une demande d'accès, il est donc conseillé de la remettre aussi rapidement que possible au service juridique de l'entreprise ou, s'il en existe un, au délégué à la protection des données pour traitement.

Qui plus est, répondre à un droit d'accès est une tâche qui s'inscrit en marge du travail principal du maître du fichier. Dans ce contexte, la gestion du patrimoine informationnel et du cycle de vie des données est vitale. C'est pourquoi, aux fins d'une prise en charge optimale d'une demande d'accès, nous recommandons aux maîtres du fichier de s'inspirer de ce qui est fait dans le cadre d'une analyse d'impact, en procédant à la description des opérations de traitement envisagées ou réalisées.

## IV. Conclusion

Le droit d'accès est sans nul doute une institution fondamentale, car il permet de contrôler de façon effective le respect de la personnalité au travers du traitement de données personnelles. À cet égard, le nombre élevé de réponses aux demandes déposées tend à confirmer à ce postulat. Cela étant, le droit d'accès connaît ses limites, notamment par l'impossibilité de vérifier l'exactitude des réponses obtenues. Seule une politique de confidentialité décrivant aussi précisément que possible les différentes données récoltées et les traitements opérés pourrait en partie pallier ce problème. En effet, son examen minutieux et une comparaison avec la réponse obtenue peut permettre de révéler des documents qui n'auraient pas été transmis, comme la présente étude l'a démontré.

Enfin, le droit d'accès tel qu'il sera consacré par l'article 25 nLPD ne devrait pas connaître de grand chamboulement en pratique, malgré des différences avec l'article 8 LPD d'aujourd'hui. L'incertitude demeure néanmoins sur l'étendue des données qui devront être transmises lors d'une demande d'accès, en raison de l'expression nouvelle de « données personnelles traitées en tant que telles » (art. 25 al. 2 let. b nLPD). Bien que ses effets devraient rester limités en pratique comme nous l'avons souligné, la volonté du législateur de restreindre le droit d'accès est claire et divers auteurs considèrent qu'elle marquera la fin du droit d'accès tel que nous l'avons connu jusqu'à ce jour avec ses (parfois nombreux) documents et les secrets qu'ils révèlent encore pour l'heure. Il appartiendra très certainement à la jurisprudence de prendre position et de déterminer l'étendue exacte de cette disposition.

## V. Bibliographie

### A. Littérature

**Bruno BAERISWYL/Kurt PÄRLI** (éds), *Datenschutzgesetz, Stämpfli Handkommentar*, Berne 2015 (cité : SHK DSG-AUTEUR) ; **Yaniv BENHAMOU/Guillaume BRAIDI/Arnaud NUSSBAUMER**, La restitution d'informations : quelques outils à la disposition du praticien, *in* PJA 11/2017, pp. 1302 ss ; **Hélène BRUDERER**, Les droits d'accès et de réutilisation des (bases de) données de recherche : de lege lata, de lege ferenda, *in* Jean-Philippe DUNAND/Anne-Sylvie DUPONT/Pascal MAHON (éds), *Le droit face à la révolution 4.0*, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 293 ss ; **Sami COLL**, Surveiller et récompenser – Les cartes de fidélité qui nous gouvernent, Genève/Zurich 2015 ; **Florian DELAFOI/Paul RONGA**, Reprenez le contrôle de vos données ! « Le Temps » propose une expérience participative, *in* Le Temps, 7 janvier 2019 ; **Livio DI TRIA**, L'analyse d'impact relative à la protection des données (AIPD) en droit européen et suisse, *in* sic ! 3/2020, pp. 119 ss (cité : DI TRIA, AIPD) ; **Livio**

**DI TRIO**, La Suisse se dote (enfin) d'une nouvelle Loi fédérale sur la protection des données – Tour d'horizon sur ce qu'elle réserve, in <www.swissprivacy.law/12>, 30 septembre 2020 (cité : DI TRIA, nLPD) ; **Frédéric ERARD**, Secret médical et protection des données de santé, in Olivier GUILLOD/Frédéric ERARD (éds), Droit médical, Bâle 2020, pp. 354 ss ; **Alexandre FLÜCKIGER**, L'autodétermination en matière de données personnelles, in PJA 6/2013, pp. 837 ss ; **Simone FÜZESSERY/Danielle SCHNEIDER**, La révision de la loi fédérale sur la protection des données, in Astrid EPINEY/Sophia ROVELLI (éds), Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) : Tragweite und erste Erfahrungen/Le Règlement général sur la protection des données (RGPD) : portée et premières expériences, Forum Europarecht Nr. 41, Zurich 2020, pp. 139 ss ; **Oliver GNEHM**, Das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht, in Astrid EPINEY/Daniela NÜESCH (éds), La mise en œuvre des droits des particuliers dans le domaine de la protection des données, Forum Europarecht Nr. 35, Zurich 2015, pp. 77 ss ; **Célian HIRSCH**, L'accès aux données d'une procédure au regard de la LPD, in Jusletter 17 septembre 2018 ; **Célian HIRSCH/Emilie JACOT-GUILLARMOD**, Les données bancaires pseudonymisées – Du secret bancaire à la protection des données, in RSDA 2/2020, pp. 151 ss ; **Christopher KÜNER/Lee A. BYGRAVE/Christopher DOCKSEY** (éds), GDPR – A commentary, Oxford 2020 (cité : GDPR-AUTEUR) ; **Urs MAURER-LAMBROU/Gabor-Paul BLECHTA**, Datenschutzgesetz (DSG)/Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ), Basler Kommentar, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2014 (cité : BSK DSG-AUTEUR) ; **Philippe MEIER**, Protection des données – Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011 ; **Sylvain MÉTILLE/Annelise ACKERMANN**, RGPD : application territoriale et extraterritoriale, in Astrid EPINEY/Sophia ROVELLI (éds), Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) : Tragweite und erste Erfahrungen / Le règlement général sur la protection des données (RGPD) : portée et premières expériences, Forum Europarecht Nr. 41, Zurich 2020, pp. 77 ss ; **Lucie MONNAT**, Ces firmes qui nous disent insolubles, mais se fichent de leurs erreurs, in 24 Heures, 23 novembre 2019 (cité : MONNAT, Firmes) ; **Lucie MONNAT**, Être fiché insolvable par erreur peut vite tourner au cauchemar, in le Matin Dimanche, 24 novembre 2019 (cité : MONNAT, Insolubles) ; **Thomas PROBST**, Die unbestimmte « Bestimmbarkeit » der von Daten betroffenen Person im Datenschutzrecht, in PJA 10/2013, pp. 1423 ss ; **Jeremy REICHLIN**, Le droit à la portabilité des données sous le RGPD, in Alexandra DAL MOLIN-KRÄNZLIN/Anne Mirjam SCHNEUWLY / Jasna STOJANOVIC (éds), Digitalisierung – Gesellschaft – Recht, Bâle/Fribourg/Zurich 2019, pp. 401 ss ; **David ROSENTHAL**, Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz – Was uns erwartet und was noch zu korrigieren ist, in Jusletter 27 novembre 2017 (cité : ROSENTHAL, Jusletter du 27 novembre 2017) ; **David ROSENTHAL**, Der Vorentwurf für ein neues Datenschutz-gesetz : Was er bedeutet, in Jusletter 20 février 2017 (cité : ROSENTHAL, Jusletter du 20 février 2017) ; **David ROSENTHAL**, Das neue Datenschutzgesetz, in Jusletter 16 novembre 2020 (cité : ROSENTHAL, Jusletter du 16 novembre 2020) ; **David ROSENTHAL/Yvonne JÖHRI**, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zurich 2008 (cité : HK DSG-AUTEUR) ; **Julien ROSSI**, Protection des données personnelles et droit à la vie privée : enquête sur la notion controversée de « donnée à caractère personnel », Thèse, Compiègne 2020 ; **Roger RUDOLPH**, Das Recht des Arbeitnehmers auf Einsicht in sein Personaldossier, in PJA 12/2014, pp. 1672 ss ; **Spiros SIMITIS/Gerrit HORNING/Indra SPIECKER**, Kommentar zur Datenschutzrecht, Baden-Baden 2019 (cité : DSGVO-AUTEUR) ; **Pierre TERCIER/Marc AMSTUTZ/Trindade Rita TRIGO** (éds), Commentaire romand – Code des obligations II, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017 (cité : CR CO II-Auteur) ; **David VASELLA**, Zum Anwendungsbereich der DSGVO, in digma 4/2017, pp. 220 ss ; **Sandra WACHTER**, Data Protection in the Age of Big Data, in Nature Electronics, 2/2019, pp. 6 ss ; **Rémy WYLER**, Droit du travail, in JdT 2015 II 107, pp. 107 ss.

## **B. Documents officiels**

**Centrale d'enregistrement et d'analyse pour la sûreté de l'information Melani**, Rapport semestriel 2019/2, 30 avril 2020 ; **Conseil fédéral**, Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II p. 421 ss (cité : Message LPD 1988) ; **Conseil fédéral**, Message relatif à la révision de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) et à l'arrêté fédéral concernant l'adhésion de la Suisse au Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données du 19 février 2003, FF 2003 p. 1915 ss (cité : Message LPD 2003) ; **Conseil fédéral**, Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15 septembre 2017, FF 2017 p. 6565 ss (cité : Message LPD 2017) ; **Office fédéral de la justice (OFJ)**, Commentaire à l'appui de l'ordonnance du 14 juin 1993 relative à la loi fédérale sur la protection des données (cité : OFJ, Commentaire) ; **Office fédéral de la justice (OFJ)**, Groupe d'accompagnement révision LPD, Esquisse d'acte normatif relative à la révision de la loi sur la protection des données, Rapport du 29 octobre 2014 (cité : OFJ, Rapport).



---

# Mise en œuvre judiciaire du droit d'accès LPD – aspects procéduraux choisis

Yaniv BENHAMOU<sup>1</sup>

Professeur, Docteur en droit, Avocat, Université de Genève, Digital Law Center (DLC)

## Table des matières

I.	Introduction.....	77
II.	Le droit d'accès.....	79
	A. Principe.....	79
	B. Objet.....	81
III.	Les restrictions au droit d'accès.....	83
	A. Motifs.....	83
	B. Types de restrictions.....	85
IV.	Aspects procéduraux choisis.....	86
	A. Compétence.....	86
	B. Légitimation.....	88
	C. Procédure applicable au droit d'accès.....	89
	D. Formulation des conclusions.....	90
	E. Fardeau de la preuve.....	92
	F. Modalités et étendue de l'accès aux données.....	95
	G. Inapplicabilité de la LPD en cas de procédure pendante.....	99
	H. Cumul d'actions.....	100
	I. Mesures provisionnelles.....	103
V.	Conclusion.....	104
VI.	Bibliographie.....	105
	A. Littérature.....	105
	B. Documents officiels.....	106

## I. Introduction

Le droit d'accès semblait peu utilisé par le passé dans le secteur privé<sup>2</sup>. En effet, le débiteur du droit d'accès se contentait souvent de refuser en pratique une demande d'accès en raison des faibles sanctions prévues, ce qui tendait à

<sup>1</sup> L'auteur remercie vivement Mes. Nicolas Béguin, Benjamin Vignieu et Célian Hirsch ainsi que l'éditeur pour leurs commentaires dans la finalisation de cette contribution.

<sup>2</sup> Contrairement au secteur public. À ce propos, voir HEINZMANN, p. 84 et Rapport LPD, FF 2012 p. 261.

dissuader le requérant de persévérer dans sa demande puisqu'il se voyait contraint d'introduire une procédure judiciaire avec les frais occasionnés<sup>3</sup>. Plus récemment, on constate toutefois une augmentation des litiges portant sur le droit d'accès LPD, du moins si l'on se réfère au nombre d'arrêts rendus par le Tribunal fédéral et par les tribunaux cantonaux dans ce domaine<sup>4</sup>. Cette augmentation de litiges peut s'expliquer du fait des problèmes rencontrés par les banques suisses avec le fisc américain qui ont conduit à plusieurs contentieux en matière de droit d'accès et de protection des données et de la personnalité. Cette tendance risque aussi de se poursuivre avec l'importance croissante de la protection des données et les facilités procédurales, dont la gratuité des procédures de demande d'accès LPD.

Pour exercer son droit d'accès, le titulaire peut le faire par le biais d'une demande d'accès extrajudiciaire, en envoyant sa demande directement au débiteur du droit d'accès. Le débiteur doit communiquer des informations complètes et exactes, sous peine de s'exposer à une action civile en exécution du droit d'accès (s'il refuse de communiquer les informations) et/ou à des sanctions pénales (s'il communique des informations inexacts ou incomplètes) (art. 34 al. 1 let. a LPD ; art. 60 al. 1 let. a nLPD)<sup>5</sup>. En cas de refus, de non-réponse ou de renseignements inexacts ou incomplets, le titulaire peut faire valoir son droit par une action judiciaire en exécution du droit d'accès (art. 15 al. 4 LPD ; art. 32 al. 2 nLPD).

Seul le droit d'accès LPD sera traité ici. Il faut toutefois préciser qu'il existe d'autres droits d'accès prévus par des lois spéciales<sup>6</sup> et que, en cas de procédure pendante, le droit d'accès LPD disparaît au profit des règles procédurales, en particulier le droit de consulter le dossier<sup>7</sup>. Il sera traité tant sous l'angle de la loi actuelle sur la protection des données personnelles (LPD)<sup>8</sup> que sous l'angle de la nouvelle loi (nLPD)<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> MEIER, N 1126, qui parle de rapport coût-bénéfice plaidant souvent en faveur de la résignation du titulaire du droit d'accès.

<sup>4</sup> Pour des arrêts récents, cf. TF 4A\_125/2020 du 10 décembre 2020 et TF 4A\_277/2020 du 18 novembre 2020 et les références citées. Cf. HEINZMANN, p. 84 et les références citées.

<sup>5</sup> MEIER, N 1027.

<sup>6</sup> Ordonnance Interpol (RS 366.1), LEI (RS 142.20), LAsi (RS 142.31), LCA (RS 221.229.1), LCC (RS 221.214.1), LTrans (RS 152.3).

<sup>7</sup> P.ex. art. 52 al. 2 CPC ; art. 97 CPP. Le droit de consultation procédural l'emporte en général puisque la LPD n'est pas applicable aux procédures pendantes à l'exception des procédures administratives de première instance (art. 2 al. 2 let. c LPD). Cf. *infra* IV.F.

<sup>8</sup> Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD ; RS 235.1).

<sup>9</sup> La LPD est en révision depuis le 9 décembre 2011 et a abouti à un projet de loi du 15 septembre 2017 (pLPD) et au projet final de loi fédérale du 25 septembre 2020 sur



La présente contribution se concentre par ailleurs sur la mise en œuvre judiciaire du droit d'accès LPD. Après le rappel de quelques principes relatifs au droit d'accès LPD (II.) et de ses restrictions (III.), nous traiterons plusieurs aspects procéduraux choisis (IV.).

## II. Le droit d'accès

### A. Principe

La LPD actuelle consacre un droit d'accès qui permet à toute personne de demander au maître d'un fichier<sup>10</sup> si des données la concernant sont traitées (art. 8 al. 1 LPD). Le droit d'accès a pour but de permettre à la personne concernée de faire valoir ses droits en matière de protection des données<sup>11</sup>.

Le titulaire du droit d'accès est la personne (physique ou morale) concernée par le traitement de données personnelles (art. 2 al. 1 LPD). Son droit d'accès est strictement personnel (la personne concernée ne peut pas renoncer à l'avance à son droit)<sup>12</sup>, en principe gratuit<sup>13</sup> et peut être invoqué

la protection des données (nLPD). Le projet tel qu'adopté par l'Assemblée fédérale a été publié au sein de la Feuille fédérale : FF 2020 7397.

<sup>10</sup> Le maître de fichier (*data controller*) est la personne qui a le pouvoir de contrôle sur les buts et le contenu du fichier (fixe les principes essentiels et la structure de la collecte et du traitement) (art. 3 let. i LPD). Le maître de fichier est ainsi à distinguer du sous-traitant (*data processor*), soit celui qui procède au traitement pour le maître du fichier et du participant à un fichier, soit la personne habilitée à traiter certaines données du fichier (inscription, modification, suppression par un accès direct au fichier) sans avoir le droit de déterminer le but ou la structure du fichier (ce qui en ferait un maître de fichier) ; MEIER, N 587 ss.

<sup>11</sup> ATF 138 III 425, consid. 5.3 ; Message LPD 1988, FF 1988 II p. 460 ; Message LPD 2017, FF 2017 p. 6683.

<sup>12</sup> MEIER, N 1008, indiquant que, après décès, les proches peuvent invoquer un droit d'accès et parlant de droit *sui generis* de consultation d'un dossier hors procédure fondé sur leur propre droit de la personnalité (art. 1 al. 7 OLPD ou art. 28 CC). Un droit spécifique de consultation des proches d'une personne décédée a été proposé à l'art. 16 pLPD mais finalement retiré du projet final. Pour une analyse récente du droit d'accès aux données de la personne décédée, ROUILLER/EPINEY, dans le même ouvrage, IV.

<sup>13</sup> Les renseignements sont, en règle générale, fournis gratuitement (art. 8 al. 5 LPD). Une participation équitable aux frais (CHF 300.– maximum) peut être exceptionnellement demandée lorsque les mêmes renseignements ont déjà été communiqués au requérant dans les douze mois précédant la demande ou lorsque la demande occasionne un volume de travail considérable (art. 2 OLPD).

indépendamment de toute atteinte aux droits de la personnalité<sup>14</sup> ou d'un quelconque intérêt<sup>15</sup>.

Le débiteur du droit d'accès est le maître du fichier. En cas de délégation de traitement à un sous-traitant (*data processor*), le débiteur du droit d'accès reste le maître de fichier, sauf si le sous-traitant ne révèle pas l'identité du maître du fichier, si le maître de fichier n'a pas de domicile en Suisse ou n'est pas capable de donner l'information (art. 8 al. 4 LPD ; art. 1 al. 6 OLPD). En cas de gestion commune de fichiers par plusieurs maîtres de fichier (p.ex. un logiciel CRM), le droit d'accès peut s'exercer auprès de chacun des maîtres de fichier (art. 1 al. 5 OLPD).

Avec la révision de la LPD, le droit d'accès reste inchangé dans ses principes. Toute personne peut demander au responsable du traitement si des données personnelles la concernant sont traitées (art. 25 al. 1 nLPD). La nLPD détaille les informations à fournir (art. 25 al. 2 nLPD)<sup>16</sup>. Le titulaire du droit d'accès est la personne physique dont les données personnelles sont traitées (art. 5 let. b nLPD)<sup>17</sup>. Son droit d'accès est strictement personnel (la personne concernée ne peut pas renoncer à l'avance à son droit) (art. 25 al. 5 nLPD), en principe gratuit<sup>18</sup>, et peut être invoqué indépendamment de toute atteinte aux droits de la personnalité ou d'un quelconque intérêt<sup>19</sup>. Le débiteur du droit d'accès est le responsable du traitement. En cas de délégation de traitement à

<sup>14</sup> MEIER, N 968.

<sup>15</sup> ATF 138 III 425 = SJ 2013 I 81, consid. 5.4. La preuve de l'intérêt du requérant peut cependant être nécessaire lorsque le maître du fichier refuse ou restreint l'accès, afin d'effectuer une pesée des intérêts en jeu ou en cas d'abus de droit. Cf. *infra* IV.D. Cf. TF 4A\_277/2020 18 novembre 2020, consid. 5.3 (« *Wie das Bundesgericht wiederholt festgehalten hat, kann das Auskunftsrecht grundsätzlich ohne Nachweis eines Interesses geltend gemacht werden. Indessen kann die nach Art. 9 DSGVO gebotene Abwägung der gegenseitigen Interessen erfordern, dass der um Auskunft Ersuchende seine Interessen darlegt.* »).

<sup>16</sup> Cf. *infra* II.B.

<sup>17</sup> L'abrogation de la protection des personnes morales a pour conséquence que celles-ci ne peuvent plus faire valoir un droit d'accès en vertu de la nLPD. Elles pourront toutefois faire valoir les droits procéduraux et d'autres prétentions matérielles permettant l'obtention d'information. Pour d'autres prétentions matérielles et procédurales permettant l'obtention d'informations, cf. BENHAMOU/BRAIDI/NUSSBAUMER, p. 1307. À propos de la LTrans permettant de consulter des documents officiels, cf. Message LPD 2017, FF 2017 p. 6633. Pour une analyse récente du droit d'accès sous l'angle de la LTrans, cf. BOILLAT/WERLY, dans le même ouvrage.

<sup>18</sup> La gratuité peut aussi faire l'objet d'exceptions qui seront précisées par le Conseil fédéral conformément à l'article 23 alinéa 6 nLPD. Celle-ci sera publiée et mise en consultation prochainement.

<sup>19</sup> Cf. *supra* note 14.

un sous-traitant, le débiteur du droit d'accès reste le responsable de traitement (art. 25 al. 4 nLPD).

## B. Objet

L'objet du droit d'accès porte sur toutes les données personnelles du requérant contenues dans un fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données (art. 8 al. 2 let. a LPD), le but et éventuellement la base juridique du traitement, les catégories de données personnelles traitées, de participants au fichier et de destinataires des données (art. 8 al. 2 let. b LPD)<sup>20</sup>.

La condition de *fichier* suppose de limiter le droit d'accès aux cas présentant un tel fichier, soit un ensemble de données personnelles structurées permettant de rechercher les données par personne concernée (art. 3 let. g LPD). Le fait que cela puisse exclure les données contenues hors fichiers (p.ex. données isolées ou non classifiées) n'est aujourd'hui pas pertinent car les outils informatiques (agrégation ou traitement automatisé) permettent généralement de rechercher tout type de donnée même isolée, potentielle<sup>21</sup>.

La condition de *données personnelles* suppose que le débiteur du droit d'accès transmette toutes les données personnelles, soit toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable (art. 3 let. a LPD ; art. 5 let. a nLPD). Cela inclut toute information qui se rapporte au requérant, qu'il s'agisse de faits ou de jugements de valeur (p.ex. dans une entreprise, toutes données relatives à un collaborateur, dossiers RH, notes de supérieurs hiérarchiques, à l'exclusion de données internes à l'entreprise sans rapport avec le collaborateur), de données matérielles ou factuelles permettant de remonter à une personne par l'agrégation ou la combinaison de données (p.ex. données de géolocalisation)<sup>22</sup>. Cela exclut en revanche les données concernant des tiers.

<sup>20</sup> Vu la frontière parfois ténue entre simple participant, maître de fichier et sous-traitant, il peut être difficile de savoir pour le maître de fichier s'il peut se contenter d'indiquer au requérant les catégories de destinataires et participants à qui les données ont été transmises (art. 8 al. 2 LPD) ou doit transmettre la demande directement au tiers parce qu'il n'aurait pas été en mesure de fournir le renseignement demandé (art. 1 al. 6 LPD).

<sup>21</sup> MEIER, N 1016.

<sup>22</sup> MEIER, N 1028 ; TF 4A\_506/2014 du 13 janvier 2014 et TF 4A\_524/2014 du 3 juillet 2015 ; concernant une demande d'accès d'un créancier envers un liquidateur d'une assurance qui a été condamné à remettre par écrit les documents contractuels relatifs à la négociation et à la résiliation du contrat, des notes téléphoniques et de réunion (à l'exception de notes destinées à un usage exclusivement personnel), des documents internes concernant les données du créancier (à l'exclusion des documents à l'usage exclusivement personnel de l'assurance) et toute la correspondance (à

Il appartient ainsi au débiteur du droit d'accès de s'organiser et de prendre les mesures de sécurité nécessaires (trier les données, caviarder les noms ou d'autres données) pour éviter que le requérant n'ait accès aux données de tiers (en particulier les données de tiers couverts par le secret de fonction ou professionnel), faute de quoi il risque de porter atteinte à la personnalité de tiers<sup>23</sup>.

Avec la révision de la LPD, l'objet du droit d'accès a été précisé. Il porte sur toutes les « *informations nécessaires pour [que le requérant] puisse faire valoir ses droits selon la présente loi et pour que la transparence du traitement soit garantie* » (art. 25 al. 2 nLPD) et dans tous les cas sur les informations suivantes (art. 25 al. 2 let. a-g nLPD) : «

- a. *l'identité et les coordonnées du responsable du traitement ;*
- b. *les données personnelles traitées en tant que telles ;*
- c. *la finalité du traitement ;*
- d. *la durée de conservation des données personnelles ou, si cela n'est pas possible, les critères pour fixer cette dernière ;*
- e. *les informations disponibles sur l'origine des données personnelles, dans la mesure où ces données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée ;*
- f. *le cas échéant, l'existence d'une décision individuelle automatisée ainsi que la logique sur laquelle se base la décision ;*
- g. *le cas échéant, les destinataires ou les catégories de destinataires auxquels des données personnelles sont communiquées, ainsi que les informations prévues à l'art. 19 al. 4 »*

Cette énumération des informations à fournir fait suite aux critiques par certains experts lors des travaux parlementaires<sup>24</sup>, selon lesquelles le droit

l'exclusion de la correspondance relative au mandat entre la FINMA et le liquidateur).  
*Cf. supra* IV.F.

<sup>23</sup> MEIER, N 1030. Cette exigence est délicate à mettre en œuvre. Par exemple si l'information concerne plusieurs personnes à la fois et indique un rapport entre elle, les renseignements à fournir doivent indiquer l'existence de ce rapport et la nature mais exclure l'information se rapporter directement à l'autre personne. Sous l'angle de la LTrans, cette exigence de caviardage est issue du principe de proportionnalité commandant qu'un document soit partiellement divulgué, après caviardage des parties couvertes par une exception, plutôt qu'entièrement refusé, *cf.* JUNOD, p. 258. *Cf.* aussi TF 4A\_125/2020 du 10 décembre 2020 : les informations disponibles sur l'origine des données au sens de l'art. 8 al. 2 let. a LPD ne s'étendent pas aux données que les employés du maître du fichier (*in casu* une banque) auraient mémorisées.

<sup>24</sup> Message LPD 2017, FF 2017 p. 6683.

d'accès est souvent utilisé à des fins étrangères à la protection des données, notamment en vue d'obtenir des preuves pour un procès futur sans lien avec la protection des données. Elle permettrait ainsi de savoir exactement quelles informations doivent être fournies sous l'angle d'une demande d'accès LPD et de la distinguer des autres droits d'accès<sup>25</sup>. Or, cette énumération est non exhaustive et il est envisageable de demander, subsidiairement et sur la base de la norme générale de la phrase introductive de l'article 25 alinéa 2 nLPD, toute autre information nécessaire pour faire valoir ses droits et garantir la transparence<sup>26</sup>. Ainsi, si cette énumération garantit une certaine sécurité du droit en tant qu'elle précise les informations à fournir, elle ne semble pas pour autant limiter les cas d'abus de droit ayant fait l'objet des critiques précitées.

### III. Les restrictions au droit d'accès

#### A. Motifs

Le débiteur du droit d'accès peut refuser, restreindre ou différer la communication des informations demandées en invoquant les restrictions au droit d'accès de la LPD, en particulier<sup>27</sup> :

- lorsqu'une loi au sens formel prévoit une telle restriction (p.ex. en matière de soupçons de blanchiment d'argent, l'intermédiaire financier ne doit informer ni les personnes concernées ni des tiers du fait qu'il a effectué une communication en vertu de l'art. 9 LBA) (art. 9 al. 1 let. a LPD ; art. 26 al. 1 let. a nLPD)<sup>28</sup>.
- lorsque des intérêts prépondérants de tiers exigent une telle restriction (art. 9 al. 1 let. b LPD ; art. 26 al. 1 let. b nLPD). Un tel intérêt existe lorsque les données à fournir sont intimement liées aux données de tiers et qu'il n'est pas possible de les séparer<sup>29</sup>. Un tel intérêt existe également lorsque l'anonymat de l'informateur est prépondérant parce que l'informateur s'est vu promettre l'anonymat ou la confidentialité, qu'il pouvait se fier de

<sup>25</sup> Message LPD 2017, FF 2017 p. 6683. Cf. *supra* note 5.

<sup>26</sup> Message LPD 2017, FF 2017 p. 6683, précisant que, lorsque le débiteur du droit d'accès traite une quantité importante de données, il doit pouvoir demander au requérant de préciser sur quelles données ou quelles opérations de traitement porte sa requête.

<sup>27</sup> Seules les restrictions générales au sens de l'art. 9 LPD, respectivement de l'art. 26 nLPD seront traitées ici, à l'exclusion des restrictions au droit d'accès applicables aux médias au sens de l'art. 10 LPD respectivement de l'art. 27 nLPD.

<sup>28</sup> ATF 141 III 119, consid. 5 (à propos de l'art. 47 LBA).

<sup>29</sup> MEIER, N 1145. Lorsqu'il est difficile ou impossible de séparer les données, on parle de bases de données mixtes inextricablement liées, cf. *infra* note 61.

bonne foi à cette garantie (vu la profession du débiteur du droit d'accès et la nature délicate de l'information, p.ex. accusation d'infractions pénales ou éléments de la vie familiale communiqués à un médecin) et que la levée de l'anonymat entraînerait un risque physique, psychique ou matériel pour lui ou ses proches<sup>30</sup>.

- lorsqu'un intérêt public prépondérant, en particulier la sûreté intérieure ou extérieure de la Confédération, exige une telle restriction (art. 9 al. 2 LPD ; art. 26 al. 2 let. b nLPD).
- lorsque les intérêts prépondérants du débiteur du droit d'accès exigent une telle restriction (à condition qu'il ne communique pas les données personnelles à un tiers) par exemple en cas d'intérêts économiques majeurs, lorsqu'il est rendu hautement vraisemblable que le requérant utilise le droit d'accès uniquement pour découvrir des secrets commerciaux ou industriels du débiteur du droit d'accès (espionnage économique) ou lorsque le débiteur du droit d'accès invoque son propre intérêt à garder la confidentialité de sa stratégie pour un litige passé ou futur (art. 9 al. 4 LPD ; art. 26 al. 2 let. a nLPD)<sup>31</sup>.

Enfin, le droit d'accès peut être refusé pour des raisons d'abus de droit (art. 2 CC ; art. 26 al. 1 let. c nLPD), en particulier lorsque le requérant utilise cet instrument exclusivement pour obtenir des moyens de preuve dans un procès civil qui n'a aucun lien avec la protection des données<sup>32</sup> ou exclusivement pour nuire au débiteur du droit d'accès<sup>33</sup>. Cette utilisation du droit d'accès permettrait en effet de se procurer, sous une forme que le droit de la procédure ne prévoit pas, des moyens de preuve qualifiés de données personnelles au sens de la LPD, tandis que la collecte des autres moyens de preuve qui ne sont pas des données personnelles suivrait les voies ordinaires du droit de la procédure.

Dans un arrêt du 17 avril 2012, le Tribunal fédéral a admis le bien-fondé d'une demande d'un client à sa banque tendant à la communication de toutes les données personnelles internes le concernant sur la base de la LPD, quand bien même il envisage d'introduire une action en responsabilité contre la

<sup>30</sup> MEIER, N 1147.

<sup>31</sup> MEIER, N 1157, qui parle de motif de restriction après un litige passé, soit le fait que le maître de fichier peut invoquer la confidentialité de la stratégie et des moyens de défense pour refuser à sa partie adverse qui se prévaut du droit d'accès l'accès au contenu de son dossier après la clôture de la procédure.

<sup>32</sup> TF 4A\_277/2020 du 18 novembre 2020, résumé *in* : Célian HIRSCH, Le droit d'accès abusif, 29 décembre 2020 *in* : <[www.swissprivacy.law/45](http://www.swissprivacy.law/45)> (consulté le 04 janvier 2021) ; ATF 138 III 425 = SJ 2013 I 81, consid. 5.3 ; ROSENTHAL, N 5.

<sup>33</sup> TF 4A\_36/2010 du 20 avril 2010, consid. 3.1.

banque. Selon le Tribunal fédéral, une telle possibilité existe tant qu'il n'y a pas de procédure civile pendante et sauf utilisation abusive du droit d'accès aux données<sup>34</sup>. Le risque qu'une future partie adverse n'utilise son droit d'accès aux données de manière abusive, pour une prospection répréhensible de preuves, ne suffit pas pour restreindre le champ d'application de la LPD (art. 2 al. 2 let. c LPD). Il faut plutôt tenir compte de ce risque dans chaque cas particulier pour décider d'une éventuelle utilisation abusive du droit d'accès garanti par la LPD<sup>35</sup>.

En somme, l'exercice du droit d'accès peut être considéré comme abusif s'il est exercé dans un but étranger à la protection des données, en particulier<sup>36</sup> :

- pour économiser les frais à payer normalement pour obtenir ces données ;
- exclusivement pour nuire au débiteur du droit d'accès ; ou
- exclusivement pour espionner une (future) partie adverse et de se procurer des preuves normalement inaccessibles.

Le droit d'accès reste donc envisageable même pour obtenir des moyens de preuve pour un potentiel litige à venir, sauf s'il s'agit d'un abus manifeste parce que la demande vise un but exclusivement étranger à la LPD<sup>37</sup>.

## B. Types de restrictions

La demande d'accès peut être refusée, restreinte ou différée par le débiteur du droit d'accès pour les motifs invoqués. Les types de restrictions dépendent toutefois de chaque cas d'espèce. Par exemple, lorsque l'anonymisation suffit à protéger les tiers, le droit d'accès ne devrait pas faire l'objet d'une plus grande restriction<sup>38</sup>. La liste des articles 9-10 LPD respectivement des articles 26-27

<sup>34</sup> ATF 138 III 425 = SJ 2013 I 81 consid. 4.3. Voir également ROSENTHAL, *Entwicklungen*, pp. 731 ss.

<sup>35</sup> ATF 138 III 425 = SJ 2013 I 81, consid. 4.3.

<sup>36</sup> HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, N 2 *ad* art. 9.

<sup>37</sup> ROSENTHAL, Jusletter du 20 février 2017, N 54, qui semble plus critique et propose des solutions pour limiter les abus, en particulier refuser les demandes ne visant pas prioritairement la protection des données, ou prévoir des modalités au droit d'accès faisant barrière aux motifs étrangers à la protection des données (p.ex. permettre au débiteur du droit d'accès de choisir que les données ne soient pas communiquées au requérant mais à un tiers indépendant qui vérifierait le respect de la protection des données, comme le fait déjà aujourd'hui le préposé fédéral dans certains cas, ou encore admettre que les données soient communiquées au titulaire mais en l'empêchant de les réutiliser pour d'autres fins que la protection des données, p.ex. comme moyen de preuve).

<sup>38</sup> TF 1C\_522/2018 du 8 mars 2019. Pour une approche similaire sous l'angle de la LTrans, *cf. infra* note 72.

nLPD n'est pas exhaustive (p.ex. renseignement par oral uniquement, renseignement assorti d'une condition, accord de confidentialité).

#### IV. Aspects procéduraux choisis

##### A. Compétence

La compétence des tribunaux ressort au tribunal du domicile ou du siège de l'une des parties (art. 20 let. d CPC).

En matière internationale, la compétence ressort aux tribunaux suisses de la résidence habituelle du débiteur du droit d'accès ou du lieu du délit (art. 129 et 130 al. 3 LDIP ; art. 130 al. 3 nLDIP ; art. 2 et 5 par. 3 CL), le délit pouvant être compris comme une entrave à l'exercice du droit d'accès, qui coïncide généralement avec le lieu de résidence du titulaire du droit d'accès<sup>39</sup>. De même, le droit applicable est en principe régi à choix par le droit de l'État de la résidence habituelle du débiteur du droit d'accès ou du lieu de l'atteinte (art. 139 al. 3 LDIP)<sup>40</sup>.

Lorsque le titulaire et le débiteur du droit d'accès sont liés par un contrat qui prévoit une clause d'élection de for et de droit, on peut se demander si la compétence des tribunaux et le droit applicable doivent être déterminés par les règles contractuelles (art. 112 ss et art. 116-117 LDIP). Or, le droit d'accès est un droit strictement personnel auquel le titulaire ne peut pas renoncer à l'avance (art. 8 al. 6 LPD ; art. 25 al. 5 nLPD). Dès lors, selon nous, toute clause d'élection de droit et de for doit être sans effet. De plus, même à supposer qu'une élection de for et de droit soit considérée comme valable, souvent les parties sont liées par un contrat de consommation. Or, les règles sur le contrat de consommation prévoient un for impératif au domicile du consommateur et excluent l'élection de droit (art. 114 al. 1 et 120 al. 1 et 2 LDIP ; art. 15-17 CL)<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Cf. *infra* note 46, l'arrêt du TF parlant d'aspect financier prédominant à l'égard du droit d'accès LPD. On pourrait ainsi considérer l'entrave au droit d'accès comme un délit, en particulier lorsqu'elle est susceptible de causer une atteinte au titulaire, par exemple lorsque l'absence des renseignements demandés entrave le titulaire dans la bonne marche de ses affaires. Pour des références concernant la compétence attribuée au lieu du délit : DESSEMONTET, p. 86 ; REYMOND, pp. 175 ss ; GILLIÉRON, p. 190.

<sup>40</sup> L'atteinte pouvant être aussi comprise une entrave à l'exercice du droit d'accès, qui coïncide généralement avec le lieu de résidence du titulaire du droit d'accès. Cf. BONOMI, N 16 *ad* art. 139.

<sup>41</sup> Ce for impératif du consommateur est applicable au professionnel qui « dirige ces activités vers cet État » (art. 15 al. 1 let. c CL), ce qui sera déterminé par un faisceau



Ainsi, même lorsque le débiteur du droit d'accès est situé à l'étranger et prévoit une clause d'élection de droit et de for à l'étranger, cette clause est sans effet et il est possible d'agir en Suisse en raison du for et droit impératif du consommateur et des règles en matière d'atteinte à la personnalité. Le droit d'accès devrait ainsi pouvoir être exercé en Suisse, étant précisé qu'il faudra faire ensuite reconnaître le jugement suisse à l'étranger.

Les voies de recours cantonales sont déterminées par le droit fédéral (CPC), la compétence matérielle et fonctionnelle par le droit cantonal (art. 4 al. 1 CPC). En matière privée, tout litige relatif au droit d'accès peut être porté devant le TF par un recours en matière civile (art. 72 al. 1 LTF), en tant que contestation non pécuniaire, pour laquelle la valeur litigieuse n'a pas à être atteinte (art. 74 LTF)<sup>42</sup>.

Les litiges relatifs au droit d'accès tendent à être considérés par la jurisprudence comme arbitrables<sup>43</sup>. La notion d'arbitrabilité se définit à la lumière de l'article 354 CPC (le litige doit avoir pour objet une prétention « *qui relève de la libre disposition des parties* »)<sup>44</sup> et de l'article 177 alinéa 1 LDIP pour l'arbitrage international (« *tout litige de nature patrimoniale* »). La notion de « *libre disposition* » du litige s'interprète largement et le droit de la protection des données personnelles est considéré comme une « *prétention qui relève de la libre disposition* » de son titulaire, même s'il ne peut pas renoncer par avance au droit d'accès (cf. art. 8 al. 6 LPD)<sup>45</sup>. De même, la notion de

d'indices appelés par certains le *targeting-test* par opposition à l'*accessibility-test*. Cette notion fait l'objet d'une abondante jurisprudence et littérature qui dépasse la présente contribution. Pour des références : REYMOND, pp. 175 ss.

<sup>42</sup> MEIER, N 1111.

<sup>43</sup> On peut imaginer que de tels litiges vont devenir fréquents, même lorsque la demande initiale d'accès concerne des données non-personnelles puisqu'elles pourraient être intégrées dans des bases données mixtes inextricablement liées. Vu le champ d'application large de la LPD et le phénomène d'absorption de celle-ci, c'est toute la base de données qui serait soumise à la protection des données et donc à cette question d'arbitrabilité. À propos des bases de données mixtes, cf. *infra* note 61.

<sup>44</sup> Selon la jurisprudence, il faut ainsi examiner si les parties peuvent renoncer à la prétention litigieuse ou transiger à son sujet : ATF 144 III 235, consid. 2.3.2 (« *ob die Parteien ohne Weiteres auf den fraglichen Anspruch verzichten oder sich darüber vergleichen können.* »).

<sup>45</sup> BK ZPO-PFISTERER, N 17 ad art. 354 (en référence aux droits de la personnalité). SHK DSG-BAERISWYL, N 63 ad art. 8, indiquant que, s'il n'est pas possible de renoncer « *par avance* » au droit d'accès, il est possible d'y renoncer ultérieurement ou de retirer une requête d'accès. On notera aussi que la tendance pour les litiges concernant les données personnelles est de proposer des systèmes alternatifs de résolution des litiges. Cf. OFJ, Rapport, p. 34 (en particulier procédure de conciliation et de médiation). *Contra* MEIER, N 1110.

« *nature patrimoniale* » s'interprète largement comme toute prétention qui représente pour l'une au moins des parties un intérêt pouvant être apprécié en argent<sup>46</sup> et le Tribunal fédéral, dans un arrêt de 2014, a considéré que le droit d'accès LPD est bien arbitral, pour autant que l'aspect financier soit prédominant<sup>47</sup>.

Cet arrêt du Tribunal fédéral doit être toutefois nuancé. Dans le cas d'espèce, le litige portait sur l'accès à des données de nature financière pertinente dans un cas de succession. En d'autres termes, la demande d'accès LPD était faite à des fins essentiellement financières, ce qui a conduit le Tribunal fédéral à retenir la « *nature patrimoniale* » du litige. Ainsi, selon nous, le caractère prédominant de l'objectif économique devra être toutefois analysé au cas par cas. Il conviendra de distinguer l'objectif « *financier* » de l'objectif « *idéal* » d'une demande d'accès LPD, les premiers étant de nature patrimoniale, les deuxièmes ne l'étant *a priori* pas. Ainsi, suivant les litiges, l'absence d'élément financier prédominant pourrait conduire le Tribunal fédéral à refuser l'arbitralité de certains litiges relatifs au droit d'accès.

## B. Légitimation

La légitimation active appartient à la personne dont les données sont traitées<sup>48</sup>. Les associations et les autres organisations d'importance nationale ou régionale qui sont habilitées aux termes de leurs statuts à défendre les intérêts (économiques ou idéaux) d'un groupe de personnes déterminé peuvent en leur propre nom agir en exécution du droit d'accès en relation avec une atteinte à la personnalité des membres de ce groupe (art. 89 al. 1 CPC)<sup>49</sup>.

La légitimation passive appartient au maître du fichier respectivement au responsable de traitement, que les parties soient ou non liées à un rapport contractuel. Par exemple dans le domaine des services informatiques, le titulaire du droit d'accès peut ainsi agir en exécution du droit d'accès soit contre un prestataire informatique avec qui il a contracté des services et lui a transmis ses données soit contre tout autre tiers qui détiendrait ses données à un autre titre (p.ex. sous-traitant, tel qu'un hébergeur informatique qui traite les données pour le compte du responsable de traitement). En cas de gestion commune, la

<sup>46</sup> BESSON, p. 157 et les références citées. Cf. aussi DE WERRA, p. 204, en référence aux litiges de droit moral considérés comme arbitraux même s'ils portent sur les intérêts personnels et non économiques de l'auteur de l'œuvre du droit d'auteur.

<sup>47</sup> TF 5A\_22/2013 du 30 juin 2014, consid. 2.

<sup>48</sup> À propos de l'abrogation des personnes morales dans la nLPD, cf. *supra* note 16.

<sup>49</sup> ATF 125 III 122 ; ATF 125 III 82 consid. 1a et 2.

légitimation passive appartient à chaque co-responsable de traitement. Vu le caractère personnel de l'action, une exécution par un tiers n'entre en principe pas en ligne de compte. On réservera le cas du sous-traitant, qui pourrait être contraint par le juge de s'exécuter en lieu et place du maître du fichier respectivement du responsable de traitement (art. 8 al. 4 LPD respectivement de l'art. 23 al. 4 nLPD)<sup>50</sup>.

### C. Procédure applicable au droit d'accès

L'action en exécution du droit d'accès est soumise à la procédure simplifiée. Celle-ci est simple et rapide (art. 15 al. 4 LPD et art. 243 CPC). En pratique, la juridiction saisie exigera une avance de frais (art. 98 CPC) et la partie succombante sera condamnée à payer des frais et dépens (art. 106 CPC). Avec la révision de la LPD, la procédure simplifiée est prévue sans frais. Il n'y aura pas lieu de fournir des sûretés (art. 99 al. 3 let. d nCPC), il ne sera pas non plus perçu de frais judiciaires (art. 113 al. 2 let. g nCPC, art. 114 let. f nCPC)<sup>51</sup>. Les dépens continuent en revanche d'être répartis selon les normes usuelles (*cf.* art. 104 ss CPC). Plusieurs scénarios sans réelle partie succombante peuvent être envisagés, par exemple lorsque le débiteur répond après 30 jours mais en cours d'instance ou qu'il ne répond pas mais qu'il n'a aucune donnée du titulaire. À notre avis, le juge devrait dans ces cas répartir les dépens selon le sort de la cause (art. 106 al. 2 CPC).

Lorsque l'action est exercée par un travailleur (art. 328b CO, par renvoi à la LPD), la gratuité s'appliquera aussi puisqu'il s'agira en principe d'une contestation non pécuniaire (art. 113 al. 2 let. d et 114 let. c CPC). Elle sera aussi soumise à la procédure simplifiée qui impose la maxime inquisitoire pour tout litige relatif au contrat de travail d'une valeur litigieuse inférieure à CHF 30'000.– (art. 247 al. 2 let. b CPC)<sup>52</sup>.

Lorsque l'action en exécution du droit d'accès est couplée à un autre moyen judiciaire fondé sur l'article 15 LPD respectivement l'article 32 nLPD (not. une

<sup>50</sup> MEIER, N 1114. Avec la nLPD, la précision de l'art. 8 al. 4 LPD, selon laquelle le sous-traitant peut être le débiteur du droit d'accès dans certains cas, a été supprimée. Dès lors, le sous-traitant n'est pas tenu de renseigner lui-même la personne concernée si elle lui adresse directement une demande d'accès (cas échéant il indiquera le nom du responsable du traitement ou transmettra la demande au responsable de traitement). Il ne doit toutefois pas entraver l'exercice du droit d'accès, *cf.* Message LPD 2017, FF 2017 p. 6683.

<sup>51</sup> Message LPD 2017, FF 2017 p. 6666.

<sup>52</sup> MEIER, N 1105.

action défensive), la règle procédurale spéciale sera écartée au profit des règles ordinaires applicables au litige dans son ensemble<sup>53</sup>.

La procédure simplifiée est aménagée de manière peu compliquée et accessible aux non-juristes (« procès civils à caractère social »)<sup>54</sup>. Quant à la forme, la demande en procédure simplifiée suppose d'abord le dépôt d'une procédure de conciliation (art. 198 CPC *a contrario*). Elle peut être ensuite formée de deux manières : soit par écrit en respectant les exigences de forme usuelles (art. 130 et 131 CPC), soit oralement par dictée au procès-verbal à faire auprès du greffe du tribunal (art. 244 al. 1 CPC). Quant au contenu, la demande doit respecter les exigences de l'article 244 alinéa 1 CPC (désigner chacune des parties ; exprimer des conclusions<sup>55</sup> ; décrire l'objet du litige ; indiquer la valeur litigieuse s'il s'agit d'une affaire patrimoniale ; dater et signer). Une motivation n'est pas nécessaire (mais demeure possible) (art. 244 al. 2 CPC). L'articulation des allégués et des moyens de preuve s'y rapportant n'est pas nécessaire, seule la description de l'objet du litige suffit<sup>56</sup>. Divers documents doivent être en outre joints à la demande (procuration du représentant s'il y en a un, autorisation de procéder et titres disponibles comme moyens de preuve) (art. 244 al. 3 CPC).

Les exigences relatives à la procédure simplifiée sont donc édulcorées en comparaison à la procédure ordinaire (art. 221 CPC) : les exigences concernant l'allégation des faits et l'indication pour chaque allégué des moyens de preuve proposés (art. 221 al. 1 let. d et e CPC) disparaissent et sont remplacées par un devoir de décrire l'objet du litige<sup>57</sup>. La demande ordinaire peut se dispenser d'une motivation juridique (art. 221 al. 3 CPC), tandis que la demande simplifiée dispense de toute motivation ; l'obligation de produire un bordereau des preuves invoquées (art. 221 al. 2 let. d CPC) disparaît s'agissant d'une demande simplifiée<sup>58</sup>.

## D. Formulation des conclusions

À propos de la formulation des conclusions, on rappellera que le demandeur doit formuler des conclusions de telle manière à pouvoir être cas échéant reprises à l'identique dans la décision et permettre une exécution forcée sans

<sup>53</sup> MEIER, N 1106. Pour la problématique du cumul d'actions, *cf. infra* IV.H.

<sup>54</sup> Message LPD 2017, FF 2017 p. 6666.

<sup>55</sup> À propos de la formulation des conclusions, *cf. infra* IV.D.

<sup>56</sup> JEANDIN/PEYROT, N 592.

<sup>57</sup> JEANDIN/PEYROT, N 593.

<sup>58</sup> JEANDIN/PEYROT, N 594.

qu'il soit nécessaire de se référer aux motifs<sup>59</sup>. On peut alors envisager deux solutions : (i) solliciter l'exécution directe<sup>60</sup> ou (ii) solliciter l'exécution indirecte, en présentant une requête au tribunal d'exécution accompagnée de tous les documents utiles, y compris l'attestation du caractère exécutoire de la demande<sup>61</sup>.

On rappellera aussi qu'avec la procédure simplifiée, le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 58 al. 2 CPC). En d'autres termes, il peut se départir des conclusions prises par les plaideurs et trancher différemment<sup>62</sup>.

Ainsi, le titulaire, qui souhaite exercer son droit d'accès, pour comprendre et vérifier la licéité du traitement, pourrait prendre les conclusions suivantes<sup>63</sup> :

*« Ordonner à [débitur du droit d'accès] de communiquer à [titulaire du droit d'accès] par écrit et sous forme électronique, dans un délai de [30 jours] et gratuitement, les informations suivantes existantes [au jour de la demande d'accès extrajudiciaire] : toutes les données personnelles concernant [le titulaire] qui sont stockées ou traitées [par le débiteur], le support (disque dur, documents papiers, etc.) n'ayant aucune importance ; la finalité du traitement ; la durée de conservation des données personnelles ; les informations disponibles sur l'origine des données personnelles, dans la mesure où ces données n'ont pas été collectées auprès du [titulaire] ; le cas échéant, l'existence d'une décision individuelle automatisée ainsi que la logique sur laquelle se base la décision ; le cas échéant, les sous-traitants et tout autre destinataire, auxquels des données personnelles sont communiquées, ainsi que le nom de l'État vers lequel elles sont*

<sup>59</sup> BOHNET, § 1, N 86.

<sup>60</sup> HOFMANN/LÜSCHER, p. 317 avec l'exécution directe, les mesures demandées sont prises par le tribunal saisi du fond du litige : dans son dispositif, le tribunal peut d'ores et déjà sur requête de l'une des parties, ordonner l'exécution de sa décision ou en fixer les modalités (art. 236 al. 3 CPC ; art. 337 al. 1 CPC).

<sup>61</sup> HOFMANN/LÜSCHER, p. 209 : après le dépôt de la requête en exécution, le tribunal de l'exécution examine d'office le caractère exécutoire de la décision présentée (art. 341 al. 2 CPC) et impartit un délai à la partie intimée pour se prononcer sur la requête (art. 339 al. 2 CPC) (qui peut notamment faire valoir que la condition n'est pas remplie ou que la contre-prestation n'a pas été effectuée) avant de décider d'une mesure d'exécution (indirecte) parmi celles prévues à l'art. 343 CPC.

<sup>62</sup> JEANDIN/PEYROT, N 15.

<sup>63</sup> Il ne s'agit que d'une simple proposition que tout praticien devra adapter à la situation concrète, qui est basée sur la formulation de l'art. 25 al. 2 nLPD et dont certains éléments sont inspirés du générateur de demandes de données personnelles, outil proposé dans le cadre de l'enquête « traquer son ombre » qui s'appuie sur le site : [wiki.personaldata.io <https://labs.letemps.ch/interactive/2020/demander-ses-donnees/>](https://labs.letemps.ch/interactive/2020/demander-ses-donnees/) (consulté le 20 novembre 2020).

*communiquées et, le cas échéant, les garanties prévues pour garantir un niveau de protection approprié.*

*Cette requête couvre toutes les données personnelles [du titulaire] et en particulier [p.ex. information sur le profilage ; données de géo-localisation, logs, etc.]*

*Confirmer que ces informations sont complètes et exactes et que dès réception de la requête d'accès extrajudiciaire, les informations demandées n'ont pas été modifiées ou supprimées ou, au cas où il ne devait y avoir aucunes données personnelles [du titulaire], confirmer que [le débiteur] ne stocke ou ne traite aucunes données personnelles concernant [le titulaire].*

*Au cas où [le débiteur] ne peut pas communiquer ces informations, ou seulement partiellement, ordonner [au débiteur] de motiver sa décision.*

*Le tout sous la menace de la peine d'amende prévue à l'art. 292 CP. ».*

## **E. Fardeau de la preuve**

Avec la procédure simplifiée relative au droit d'accès, le juge établit les faits d'office (art. 247 al. 2 let. a CPC). Cela doit aussi permettre à des particuliers d'accéder à un tribunal sans l'aide d'un avocat (maxime inquisitoire sociale)<sup>64</sup>. Cela n'oblige pas le juge à instruire d'office le litige lorsqu'un plaideur renonce à expliquer sa position ; en revanche, elle le contraint à interroger les parties et à les informer de leur devoir de collaborer à l'instruction et de fournir des preuves. Il est précisé les parties gardent l'obligation de collaborer, notamment en renseignant le juge sur les faits et en lui indiquant les moyens de preuve disponibles (art. 160 al. 1 CPC) et que le juge pourra tenir compte de l'attitude

<sup>64</sup> La maxime inquisitoire sociale doit être appliquée avec retenue lorsque la partie est accompagnée d'un avocat, cf. CR CPC-TAPPY, art. 247 CPC, N 25. Cf. aussi TF 4A\_125/2020 du 10 décembre 2020, consid. 3.1.2: rappelant que c'est au maître de fichier d'établir que les données sont correctes et complètes. Toutefois, en cas de preuve portant sur des faits négatifs (ici l'inexistence d'informations supplémentaires sur le défendeur qui n'ont pas encore été transmises), le seul de la preuve doit être fixé de manière raisonnable et le requérant doit coopérer de bonne foi, notamment en fournissant des contre-preuves ou au moins des indications concrètes de l'existence de données supplémentaires. À propos du fardeau de la preuve relative à des données pseudonymisées, cf. HIRSCH/JACOT-GUILLARMOD, p. 160, distinguant entre les faits générateurs de droit (ici l'existence de données personnelles invoquée par le demandeur) et les faits dirimants (ici la pseudonymisation des données invoquée par le défendeur).

des parties dans le cadre de la libre appréciation des preuves (art. 157 CPC)<sup>65</sup>. Plusieurs scénarios peuvent être envisagés, par exemple lorsqu'une personne ouvre des procédures en justice contre n'importe qui sans même rendre envisageable que des données sont traitées. Dans ces cas, le juge tiendra non seulement compte de l'attitude des parties dans l'appréciation des preuves mais aussi pour fixer les dépens (*cf. IV.C.*).

Si dans la procédure simplifiée le juge établit les faits d'office, la simple affirmation du titulaire selon laquelle les renseignements fournis sont incomplets ou inexacts ne suffira pas à admettre qu'il en est ainsi. Il devra au moins établir des soupçons concrets, qui lui permettent de nourrir des doutes quant à l'exactitude des renseignements.<sup>66</sup> De même, le débiteur du droit d'accès qui entend refuser l'accès doit indiquer le motif pour lequel il refuse, restreint ou diffère la communication des informations (art. 9 al. 5 LPD ; art. 26 al. 4 nLPD). Il ne peut se contenter d'affirmer le motif de refus. Il doit motiver sa décision de refus de manière suffisamment détaillée pour permettre au requérant de comprendre les raisons du refus et, au besoin, de les attaquer devant les tribunaux<sup>67</sup>.

Les restrictions prévues aux articles 9 et 10 LPD doivent être appliquées par le juge, lorsqu'elles sont invoquées par le débiteur du droit d'accès (art. 9 al. 5 LPD ; art. 26 al. 4 nLPD). Le juge devra alors effectuer une pesée des intérêts en jeu<sup>68</sup>.

La prépondérance de ces intérêts sera difficile à apprécier, en particulier en cas d'ensemble de données mixtes inextricablement liées et que le débiteur fait valoir ses intérêts ou ceux de tiers (p.ex. secret d'affaires)<sup>69</sup>. Le juge tiendra

<sup>65</sup> JEANDIN/PEYROT, N 594. *Cf.* aussi ATF 139 III 13, consid. 3.2.

<sup>66</sup> MEIER, citant TAF A-420/2007 du 3 septembre 2007, consid. 4.2 ; *cf.* aussi TAF A-7183/2008 du 7 mai 2009, consid. 6. Pour une décision récente dans laquelle le titulaire plaide l'existence d'informations supplémentaires que le débiteur détiendrait et n'aurait pas transmises et le débiteur plaide l'inexistence de telles informations, *cf.* TF 4A\_125/2020 du 10 décembre 2020, consid. 3.1.2, *supra* note 63.

<sup>67</sup> SHK DSG-BAERISWYL, N 42 et 44 *ad* art. 9, citant EDSK, 10 juillet 1997, VPB 62 (1998) n° 56 cons. III.b.4 (« *il appartient à l'organe fédéral qui s'oppose à la communication de données non seulement d'affirmer, mais de prouver le motif du refus* »).

<sup>68</sup> MEIER, N 1113, relevant que les restrictions des art. 9 et 10 LPD ne seront pas appliquées, lorsque l'accès repose sur l'art. 28 CC (mesure défensive de la personnalité), mais que les intérêts des tiers et du débiteur seront pris en compte dans le cadre du principe de proportionnalité de la mesure.

<sup>69</sup> Un « *ensemble de données mixtes inextricablement liées* » comporte à la fois des données à caractère personnel et des données à caractère non personnel qui sont inextricablement liées, ce qui correspond à la majorité des ensembles de données de l'économie des données (p.ex. avec l'Internet des Objets, l'intelligence artificielle et le *Big Data*). *Cf.* Lignes directrices relatives au règlement concernant un cadre applicable

aussi compte des intérêts du titulaire du droit d'accès et de son intention quant à l'exercice du droit d'accès, en particulier pour évaluer s'il y a un éventuel abus de droit<sup>70</sup>.

Pour ménager les intérêts des parties, en particulier les éventuels secrets d'affaires du débiteur ou les éventuels abus de droit du côté du titulaire, il serait intéressant que le juge adapte à l'avenir les modalités d'accès de façon flexible et créative. Par exemple, il pourrait : (i) d'abord examiner de façon confidentielle toutes les informations communiquées par le débiteur pour apprécier l'existence de secrets d'affaires et la prépondérance des intérêts des parties avant de décider de l'étendue des informations à communiquer au titulaire<sup>71</sup>, (ii) permettre au débiteur de choisir que les données ne soient pas communiquées au requérant mais à un tiers indépendant qui vérifierait le respect de la protection des données, ou encore (iii) admettre que les données soient communiquées au titulaire mais en conditionnant l'accès à une interdiction de réutiliser les données pour d'autres fins que la protection des données<sup>72</sup>.

Pour illustrer cette délicate pesée des intérêts, il suffit de songer à un litige en cours entre *Uber* et des groupes de chauffeurs *Uber*. Après plusieurs plaintes auprès des autorités nationales française et britannique, des groupes de chauffeurs ont déposé une action en justice auprès du tribunal d'Amsterdam, siège européen d'*Uber*<sup>73</sup>. Les chauffeurs réclament l'accès à leurs données afin de vérifier l'utilisation de leurs données, en particulier s'ils ne sont pas discriminés en fonction de leurs caractéristiques individuelles, tandis qu'*Uber* refuse de communiquer certaines données aux motifs qu'elles porteraient atteinte aux intérêts d'autres personnes<sup>74</sup>.

au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne, COM (2019) 250 final, 29 mai 2019, pp. 9-10. Pour une analyse des bases de données mixtes et des régimes légaux applicables, cf. BENHAMOU, p. 413.

<sup>70</sup> Sur la notion d'abus de droit dans le cadre d'une demande d'accès LPD, cf. *supra* III.B.

<sup>71</sup> Sur la notion de modalités et étendue du droit d'accès, cf. *supra* IV.F.

<sup>72</sup> Cf. ROSENTHAL, Jusletter du 20 février 2017, N 54.

<sup>73</sup> Site web de l'Union britannique des chauffeurs indépendants (ADCU) : <<https://www.adcu.org.uk/news-posts/uber-drivers-take-unprecedented-international-legal-action-to-demand-their-data>> (consulté le 21 novembre 2020).

<sup>74</sup> Site web d'*Uber*, page « Que contiennent vos données téléchargées ? » : <<https://help.uber.com/lite/riders/article/que-contiennent-vos-donnees-telchargees%C2%A0?nodeId=3d476006-87a4-4404-ac1e-216825414e05>> (consulté le 21 novembre 2020). La section mentionne que : « certaines informations ne sont volontairement pas incluses dans le téléchargement de vos données. Cela peut être pour des raisons de sécurité ou parce qu'il s'agit d'informations protégées. De même, nous n'incluons pas d'informations contenant des données personnelles de tiers que nous ne pouvons pas supprimer. »



Il sera intéressant de voir comment le Tribunal d'Amsterdam tranchera, soit si *Uber* peut se contenter d'une simple explication ou s'il devra au contraire ouvrir le cœur de son algorithme. À y regarder de plus près, le mémoire de demande des chauffeurs semble toutefois porter sur l'amélioration des conditions de travail plutôt que sur la protection des données, soit pour vérifier le lien de subordination des chauffeurs créé par l'algorithme d'*Uber* et ainsi qualifier la relation d'affaires en contrat de travail avec la protection sociale du travailleur et pour mieux négocier collectivement leurs conditions de travail<sup>75</sup>. Aussi légitime qu'une telle demande soit et en raisonnant en droit suisse, *Uber* pourrait tenter de plaider l'abus de droit (p.ex. utiliser un droit à des fins étrangères à son but) du fait que les chauffeurs cherchent à obtenir des moyens de preuve dans un procès futur sans lien avec la protection des données.

S'il est souvent difficile d'établir une intention des titulaires contraire à la protection des données et si l'abus de droit reste une *ultima ratio* difficile à plaider devant les tribunaux, le praticien prendra garde de toujours invoquer la protection des données, respectivement évitera de dévoiler une intention non conforme à la protection des données en procédure (p.ex. à travers son comportement et/ou dans son mémoire de demande), s'il veut éviter que la demande d'accès LPD soit rejetée.

## F. Modalités et étendue de l'accès aux données

Le débiteur du droit d'accès doit communiquer les renseignements par écrit et dans les 30 jours suivant la demande (art. 8 al. 5 LPD et art. 1 al. 4 OLPD ; art. 25 al. 6 et 7 nLPD)<sup>76</sup>. Les renseignements doivent être par ailleurs fournis sous une forme compréhensible et prendre les mesures de sécurité nécessaires

<sup>75</sup> Cf. mémoire en demande du 20 juillet 2020 déposé par des représentants de chauffeurs *Uber* contre *Uber BV* auprès du Tribunal civil d'Amsterdam (*Rechtbank Amsterdam, Sector Civiel*) disponible à l'adresse suivante : <<https://ekker.legal/wp-content/uploads/2020/07/Court-application-Uber.pdf>> (consulté le 21 novembre 2020). Le mémoire en demande fait notamment mention que « *The interest of transparency regarding data processing by Uber is important [to define] : employment relationship between Uber and the Uber drivers ; [...] to organize and to build collective bargaining power ; [...] to better express their interests in the discussion of public transport policy decisions.* »

<sup>76</sup> Le caractère écrit des données suppose que les données soient préparées avant transmission (p.ex. les décrypte si elles sont cryptées) et les remette de manière ordonnée (« *sous une forme intelligible* » selon l'art. 8 let. b Convention 108). Cf. MEIER, N 1071 ss, indiquant que d'autres modalités sont envisageables (p.ex. par voie électronique ou consultation sur place) mais que la personne concernée conserve en tout cas le droit d'exiger une copie écrite des informations.

(trier les données et caviarder les autres données). Le débiteur reste toutefois libre de choisir le format<sup>77</sup>, ce sous réserve des cas où le juge en décide autrement et décide d'imposer le format, par exemple parce que le titulaire l'aurait précisé dans ses conclusions que le juge aurait suivies.

Reste à savoir si le droit d'accès doit être complet ou peut être partiel, par exemple s'il doit porter sur la remise des documents de support contenant les données ou uniquement sur les données en tant que telles. Plusieurs jurisprudences en matière bancaire commencent à répondre à cette question.

Dans l'ATF 141 III 119, des ex-employés d'une banque s'opposaient à la remise par la banque de leurs données aux autorités américaines et demandaient une copie de leurs données<sup>78</sup>. Le Tribunal fédéral a condamné la banque à remettre par écrit à ses ex-employés les données personnelles les concernant et qui ont été transmises aux autorités américaines, en particulier au motif que les documents étaient pour partie caviardés et qu'aucun intérêt prépondérant de tiers, tels que les clients, ou de la banque, tels que des secrets d'affaires, ne s'y opposait (art. 9 LPD). La question est laissée ouverte de savoir s'il existait d'autres motifs pour refuser la remise de document, puisque la banque n'avait pas argumenté que les documents (non-caviardés) contenaient des données de tiers autres que celles des ex-employés. Seule était traitée la question de savoir si la consultation sur place peut être imposée au lieu de la remise d'une copie par écrit des données (art. 1 al. 3 OLPD).

Dans un arrêt du 3 juillet 2015<sup>79</sup> concernant une demande d'accès d'un créancier envers un liquidateur d'une assurance, le Tribunal fédéral a condamné ce dernier à remettre par écrit au créancier les documents suivants : documents contractuels, documents relatifs à la négociation et la résiliation du contrat, notes téléphoniques et de réunion (à l'exclusion des notes destinées à un usage exclusivement personnel exclues du champ d'application de la LPD au sens de l'art. 2 al. 2 let. a LPD), des documents internes concernant les données du créancier (à l'exclusion des documents à l'usage exclusivement personnel de l'assurance) et la correspondance, dont celle avec la FINMA (à l'exclusion de la correspondance relative au mandat entre FINMA et liquidateur). En revanche, le liquidateur ne devait pas remettre les états financiers annuels, états financiers consolidés et rapports d'audit, avec leurs

<sup>77</sup> Le droit à la portabilité (droit de transférer ses données numériques d'un prestataire à l'autre) et le droit à l'interopérabilité des données (droit d'exiger des formats compatibles d'un prestataire à un autre) ne sont pas prévus dans la LPD mais peuvent être éventuellement envisagés sur la base d'autres fondements, en particulier la LCart, cf. BENHAMOU/TRAN, p. 585. La nLPD prévoit dorénavant un droit à la portabilité des données sous certaines conditions sous forme d'un « *droit à la remise ou à la transmission de données personnelles* » (art. 28 nLPD).

<sup>78</sup> ATF 141 III 119.

<sup>79</sup> TF 4A\_506/2014 du 13 janvier 2014 ; TF 4A\_524/2014 du 3 juillet 2015.

annexes, car ils ne contiennent pas de données personnelles. Le liquidateur a essayé d'argumenter qu'il existait des motifs prépondérants de tiers ou du maître de fichier devant conduire à refuser ou ajourner la demande mais a été débouté.

Dans aucune jurisprudence, le débiteur du droit d'accès n'a argumenté que seules les données personnelles en tant que telles devaient être remises, à l'exclusion du reste, par exemple du fichier lui-même. Sur cette base, certaines banques répondent à des demandes d'accès LPD, en fournissant une simple liste descriptive des données personnelles traitées, compilant les données personnelles se trouvant dans les documents sous-jacents (en excluant la correspondance de la remise des données), au lieu de procéder à un tri complet entre la correspondance contenant des données personnelles de client et les autres.

La frontière reste donc encore floue entre la remise des données en tant que telles et des documents sur lesquels ces données sont enregistrées. Selon les principes mentionnés précédemment, il y a lieu de distinguer entre des documents contenant des données personnelles et des informations ne se rapportant pas directement à la personne concernée mais justifiant la remise en raison d'un test de « singularité »<sup>80</sup>.

La nLPD précise par ailleurs que le droit d'accès porte sur les « *données personnelles traitées en tant que telles* » (art. 25 al. 2 let. b nLPD). Cela pourrait être interprété comme une limitation du droit d'accès qui porterait ainsi sur « *les données en tant que telles [...], et non toute la documentation qui peut contenir ces données et qui peut être bien plus vaste, ce qui pourrait s'avérer disproportionné* »<sup>81</sup>.

À notre avis, c'est surtout l'intérêt sous-jacent à la demande d'accès LPD qui déterminera l'étendue des documents à fournir<sup>82</sup>. Par exemple, dans les

<sup>80</sup> En matière bancaire, le droit d'accès devra inclure les documents bancaires suffisamment singuliers par rapport au client (p.ex. profil de risque concernant le client), mais pas des directives internes sans lien avec les données personnelles du client, même si elles caractérisent la relation banque-client. On peut aussi se référer aux catégories de « *Client identifying data, CID* », directes (p.ex. prénom, deuxième nom, nom de famille), indirectes (p.ex. numéro de passeport) et potentiellement indirectes des clients (p.ex. combinaison de la date de naissance, de la profession, de la nationalité), cf. Circulaire FINMA 2008/21 Risques opérationnels – banques, Annexe 2, p. 32 N 10.

<sup>81</sup> HIRSCH, en référence à l'intervention du conseiller national Damien COTTIER, lors de l'élimination des divergences concernant la LPD, session du printemps 2020, 5 mars 2020, BO 2020 N 150.

<sup>82</sup> Sous l'angle du droit d'accès LTrans, le principe de proportionnalité commande qu'un document soit au moins partiellement divulgué, après caviardage des parties couvertes par une exception, plutôt qu'entièrement refusé. Cf. TAF A-3631/2009 du

litiges fiscaux entre les banques suisses et les autorités américaines, en cas d'envoi de données personnelles aux autorités américaines, le requérant fera une demande d'accès LPD afin de vérifier les garanties mises en place avant l'envoi des données à l'étranger. De même, en cas de mandat de gestion, le requérant fera une demande d'accès LPD afin de vérifier la bonne exécution du mandat. Dans ces cas, à notre avis, la remise d'une simple liste descriptive des données personnelles ne permettra pas de procéder à une pesée des intérêts entre ceux du débiteur et du titulaire du droit d'accès, de sorte que c'est bien le document comme tel qui devrait être remis, et non une simple liste décrivant des données.

En droit européen, la question s'est aussi posée de savoir si le requérant a droit à une copie du fichier original ou s'il suffit de lui communiquer un aperçu des données sous une forme intelligible. La CJUE répond à cette question à la lumière du but du droit d'accès qui permet à la personne concernée de prendre connaissance de ses données et de vérifier que ces dernières sont exactes et traitées de manière conforme au droit afin de pouvoir, le cas échéant, exercer ses droits. Selon la CJUE : *« partant, dans la mesure où l'objectif poursuivi par ce droit d'accès peut être pleinement satisfait par une autre forme de communication, la personne concernée [ne saurait inférer de la directive] le droit d'obtenir une copie du document ou du fichier original dans lequel ces données figurent. »*<sup>83</sup>. Il suffit que le demandeur soit mis en possession d'un aperçu complet de ces données sous une forme intelligible, c'est-à-dire une forme permettant à ce demandeur de prendre connaissance desdites données et de vérifier que ces dernières sont exactes et traitées de manière conforme à cette directive, afin qu'il puisse, le cas échéant, exercer les droits qui lui sont conférés par ladite directive.

15 septembre 2009 (*« Es widerspricht dem Prinzip der Verhältnismässigkeit, den Zugang vollkommen zu verweigern ; es können neben einem eventuellen Aufschub des Zugangs betreffend die jüngsten Dokumente aus dem Jahr 2008 in diesen an wenigen Stellen und mit geringem Aufwand Streichungen und Abdeckungen vorgenommen werden, soweit der Sinn des amtlichen Dokuments bewahrt werden kann »*); TAF A-3122/2014 du 24 novembre 2014 (*« Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten und der Zugang zu den amtlichen Dokumenten nur soweit einzuschränken, wie die öffentliche Sicherheit gefährdet werden könnte. Aus diesem Grund sind [...] das Titelblatt und das Inhaltsverzeichnis ohne die gesamte Ziff. 3 auszuhändigen. »*).

<sup>83</sup> CJUE, affaires jointes C-141/12, C-372/12 (YS) du 17 juillet 2014, § 58.

## G. Inapplicabilité de la LPD en cas de procédure pendante

La LPD ne s'applique pas « aux procédures pendantes civiles, pénales, d'entraide judiciaire internationale ainsi que de droit public et de droit administratif, à l'exception des procédures administratives de première instance » (art. 2 al. 2 let. c LPD).

Cette inapplicabilité de la LPD repose sur l'idée que la protection de la personnalité est suffisamment assurée par les règles procédurales. Une application concurrente de la LPD dans ces hypothèses contreviendrait au principe de la sécurité du droit aurait pour conséquences un conflit de lois et retarderait inutilement les procédures<sup>84</sup>. De plus, la LPD ne devrait pas améliorer l'acquisition de preuves par une partie. L'article 2 alinéa 2 lettre c LPD a ainsi pour but d'éviter un conflit de normes<sup>85</sup>.

Dans l'ATF 138 III 425, le Tribunal fédéral a jugé que l'inapplicabilité de la LPD aux procédures civiles pendantes (art. 2 al. 2 let. c LPD) ne vaut qu'à partir du moment où une instance judiciaire (y compris l'autorité de conciliation) a été saisie. La LPD reste en revanche applicable à la phase antérieure durant laquelle une partie réunit des preuves et évalue ses chances de succès<sup>86</sup>. La possibilité (théorique) de requérir une preuve à futur avant litispendance (art. 158 CPC) ne justifie pas non plus un refus du droit d'accès, l'abus de droit demeurant réservé. C'est seulement à partir de l'introduction d'une action, par exemple d'une requête de preuve à futur qu'il y a une procédure civile pendante et que la LPD disparaît au profit des règles procédurales. *In casu*, il n'y avait pas de risque concret qu'une future partie adverse n'utilise son droit d'accès aux données de manière abusive, pour une prospection répréhensible de preuves. Ainsi, le simple risque (théorique) ne suffit pas pour restreindre le champ d'application de la LPD. Il faut tenir compte du risque (concret) d'abus de droit dans chaque cas particulier. Cette interprétation extensive du droit d'accès LPD offre notamment aux avocats une possibilité supplémentaire intéressante pour évaluer les chances de succès d'un procès civil<sup>87</sup>.

Avec la révision de la LPD, le principe reste le même. La notion de « procédure pendante » est toutefois abandonnée car il n'est question de litispendance que dans la procédure civile et ce terme aurait causé parfois des problèmes de délimitation<sup>88</sup>. Par exemple, dans les procédures pénales, la

<sup>84</sup> ATF 138 III 425, consid. 4.3 ; ATF 123 III 534, consid. 2.

<sup>85</sup> TF 4A 188/2015 du 31 août 2015.

<sup>86</sup> ATF 138 III 425, consid. 4.3.

<sup>87</sup> HEINZMANN, et les nombreuses références doctrinales.

<sup>88</sup> Message LPD 2017, FF 2017 p. 6634.

notion de procédure pendante couvre également tout acte effectué par la police dans le cadre d'une enquête, dont il est parfois difficile de définir le commencement, de sorte que certains auteurs proposent d'examiner au cas par cas du critère du caractère pendant ou non de la procédure<sup>89</sup>. La LPD dispose dorénavant qu'elle ne s'applique pas aux « *traitements de données personnelles effectués dans le cadre de procédures devant des tribunaux ou dans le cadre de procédures régies par des dispositions fédérales de procédure, ainsi que les droits des personnes concernées, obéissent au droit de procédure applicable* » (art. 2 al. 3 nLPD).

Une procédure a lieu devant un tribunal lorsqu'elle a été engagée conformément au droit de procédure applicable. Le critère décisif est « *l'existence ou non, au point de vue fonctionnel, d'un lien immédiat avec une procédure devant un tribunal. Un tel lien existe lorsque le traitement des données personnelles est susceptible d'avoir des effets concrets sur cette procédure ou sur son issue, ou sur les droits procéduraux des parties.* »<sup>90</sup>. Cette approche fonctionnelle semble étendre le champ d'application de l'article 2 alinéa 2 lettre c LPD car cela ne couvre pas seulement les situations où une partie veut obtenir un accès au dossier mais aussi lorsque l'article 8 LPD pourrait avoir une conséquence sur une autre procédure initiée en parallèle par le requérant.

## H. Cumul d'actions

Le droit d'accès permet d'obtenir certaines informations. Il reste toutefois limité aux seules données personnelles du requérant, à l'exclusion de renseignements concernant des tiers. Le titulaire sera ainsi tenté de fonder sa demande d'accès sur une autre prétention.

En effet, en sus de l'article 8 LPD, différentes dispositions de droit privé permettent d'accéder à des informations détenues par un tiers. On peut songer à l'obligation de reddition de comptes du mandataire (art. 400 CO), le droit de l'agent de consulter les livres et les pièces justificatives (art. 418k al. 2 CO), le droit général d'information des actionnaires (art. 697 CO), le devoir de renseigner des époux (art. 170 CC) ou encore les règles procédurales en matière de consultation du dossier<sup>91</sup>. Ces prétentions peuvent en partie se recouper avec le droit d'accès LPD. Elles permettent toutefois souvent d'obtenir davantage d'informations que le droit d'accès LPD<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> CR CPP-FANTI/ROHMER, N 7 ss *ad* art. 97.

<sup>90</sup> Message LPD 2017, FF 2017 p. 6634.

<sup>91</sup> HEINZMANN, p. 86.

<sup>92</sup> MEIER, N 981.

Par exemple, l'action en reddition de comptes (art. 400 CO) s'étend à toute la correspondance ou autre information générée par le mandat, même si elles ne contiennent pas de données personnelles ou des données personnelles de tiers. L'action en reddition de comptes (art. 400 CO) repose toutefois sur l'existence d'une relation contractuelle et l'étendue de l'obligation est limitée aux opérations concernant le rapport de mandat<sup>93</sup>. En matière bancaire par exemple, l'ayant droit économique d'un compte bancaire voulant obtenir des informations sur son compte ne pourra ainsi pas recourir à l'action en reddition de compte mais éventuellement à une demande d'accès LPD. L'action en restitution de comptes (art. 400 CO) se prescrit enfin après 10 ans et suppose que le requérant ait un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 CPC), tandis que la demande d'accès LPD a une durée de vie illimitée et peut être invoqué en l'absence de quelconque intérêt.

Ainsi, pour obtenir davantage d'information que ses seules données personnelles, le requérant aura tendance à coupler une demande d'accès LPD avec d'autres prétentions permettant l'accès à des informations, en particulier une action en reddition de comptes (art. 400 CO). Il pourrait aussi vouloir cumuler sa demande d'accès LPD avec une prétention dommages-intérêts (p.ex. résultant de l'illicéité du traitement).

Or, sur le plan procédural, cela pose la question du cumul objectif d'actions, aux termes duquel le requérant ne peut réunir dans une même action plusieurs prétentions contre le même défendeur que pour autant que « *a. le même tribunal soit compétent à raison de la matière ; b. elles soient soumises à la même procédure* » (art. 90 CPC). Le droit d'accès LPD relève de la procédure simplifiée, tandis que les autres prétentions ne relèvent que de la procédure simplifiée si la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.-. C'est pourquoi le requérant doit bien choisir et préciser sur quelle base juridique il fonde sa demande pour que le juge puisse déterminer la procédure applicable<sup>94</sup>. Selon le Tribunal fédéral, en matière d'action en reddition de compte (art. 400 CO), la pratique est d'apprécier la valeur litigieuse en fonction des prétentions pécuniaires auxquelles les renseignements ou documents requis peuvent servir de fondement<sup>95</sup>. Il serait ainsi théoriquement possible de cumuler en procédure simplifiée une action en reddition de compte dont la valeur litigieuse est inférieure à CHF 30'000.- avec une action en droit d'accès LPD. Une telle action pourrait toutefois se heurter à l'abus de droit (le droit d'accès LPD

<sup>93</sup> ATF 139 III 49.

<sup>94</sup> HEINZMANN, p. 86.

<sup>95</sup> TF 4A\_640/2016 du 25 septembre 2017, consid. 1 ; ATF 126 III 445 consid. 3b.

servant uniquement aux prétentions civiles) voire à l'inapplicabilité de la LPD en cas de procédure pendante (art. 2 al. 2 let. c LPD)<sup>96</sup>.

Ainsi, dans un arrêt de la Cour de justice du canton de Genève (*listings UBS*) concernant une demande d'accès LPD et en reddition de compte par des clients d'une banque<sup>97</sup>, la Cour de justice a considéré que les deux prétentions (reddition de compte et droit d'accès) étaient différentes et que la condition de soumission à une seule procédure au sens de l'article 90 CPC n'était pas remplie. Le droit d'accès était soumis à la procédure simplifiée (maxime inquisitoire), tandis que la reddition de compte était soumise à la procédure ordinaire (maxime des débats). Le cumul d'actions n'étant pas admis en l'espèce, la Cour de Justice a considéré la demande pour les deux actions comme irrecevable<sup>98</sup>.

Le requérant qui dépose une action en reddition de compte (art. 400 CO) et/ou une action en dommages-intérêts ne pourra plus ainsi souvent pas la cumuler avec une demande d'accès LPD (du fait du cumul objectif d'actions soumis à des procédures différentes) ou déposer une demande d'accès LPD séparée (du fait de la litispendance).

Lorsque le requérant vise la recherche de preuves et qu'il n'est pas admissible de cumuler une demande d'accès LPD avec une action en reddition de compte (art. 400 CO) et/ou une action en dommages-intérêts en raison des conditions exposées, il semble envisageable de faire une demande d'accès LPD et de purger cette action, avant d'intenter une action en dommages-intérêts. Cette approche risque toutefois de se heurter à l'abus de droit (le droit d'accès

<sup>96</sup> Cf. note 31.

<sup>97</sup> Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève, ACJC/1223/2019 du 22 août 2019. L'affaire concernait des listings bancaires *UBS* qui s'étaient retrouvés dans la filiale de la banque en Allemagne. Les clients avaient demandé que la banque leur remette toutes leurs données et les circonstances ayant conduit à envoyer à la filiale allemande sur la base des deux actions : en exécution du droit d'accès LPD et en reddition de compte (art. 400 CO). La demande était intitulée « *Requête en droit d'accès (art. 8 et 15 LPD) et/ou en reddition de compte (art. 400 al. 1 CO) et en constatation d'une atteinte illicite aux droits de la personnalité (art. 12 et 15 LPD)* » et contenait les conclusions suivantes : « *Ordonner à la défenderesse de donner au demandeur toute précision et documentation utiles expliquant les circonstances exactes dans lesquelles les données relatives au numéro de compte n°2 (pièce 2) se sont retrouvées en 2013 chez B AG en Allemagne. Constatier l'existence d'une atteinte illicite aux droits de la personnalité du demandeur par la présence des données relatives au numéro de compte n° 2 (pièce 2), chez B AG en Allemagne.* »

<sup>98</sup> Au lieu de considérer les actions comme irrecevables, la Cour de justice du canton de Genève aurait dû disjoindre les causes. Cf. TF 4A\_522/2019 du 7 avril 2020, considérant qu'il ne doit pas y avoir d'irrecevabilité mais disjonction des causes au sens de l'art. 125 let. b CPC si le tribunal est compétent pour traiter les deux.



LPD servant uniquement aux prétentions civiles, *i.e.* à une fin étrangère à son but), comme indiqué précédemment. Alternativement, il est possible de cumuler une action en reddition de compte (art. 400 CO) avec une action en dommages-intérêts. Cette alternative à l'avantage de pouvoir tout cumuler dans une seule action et de se heurter à l'argument de l'abus de droit, d'autant que l'on ne voit pas quels documents échapperaient à la reddition de compte qui pourraient être obtenus par la demande d'accès LPD.

## I. Mesures provisionnelles

On peut imaginer faire une demande de mesures provisionnelles dans le cadre d'une demande d'accès LPD, par exemple faisant interdiction au débiteur de modifier les données. À ce propos, on rappellera que, dès réception d'une requête d'accès LPD, le débiteur n'est plus légitimé à modifier ou à supprimer les informations demandées<sup>99</sup>. Dès lors, s'il apparaît risqué que le débiteur du droit d'accès fasse disparaître les documents ou des données personnelles, le requérant peut requérir des mesures provisionnelles demandant à interdire le débiteur du droit d'accès de modifier tout document contenant ses données personnelles (art. 262 let. a CPC). Cela supposera toutefois de démontrer la vraisemblance d'une atteinte et d'un préjudice difficilement réparable (art. 261 al. 1 CPC), par exemple que les documents requis risquent d'être modifiés ou détruits. Par ailleurs, de telles mesures provisionnelles seront difficiles à vérifier et à exécuter.

L'accès aux données par voie provisionnelle (« accès provisionnel aux données ») a aussi été discuté par certains auteurs<sup>100</sup>. À ce propos, rappelons que les conditions d'exercice du droit d'accès varient suivant qu'il est fondé sur la LPD ou d'autres fondements. En cas de demande fondée sur un cas d'atteinte à la personnalité, on peut concevoir par exemple un droit d'accès en tant qu'action liée à la cessation ou à la prévention d'un trouble illicite fondée sur l'article 28 CC (et non plus sur l'art. 8 LPD), en particulier lorsqu'il s'agit d'éviter que naisse ou ne s'aggrave un dommage illicite résultant d'une information attentatoire<sup>101</sup>. La mesure consisterait en la remise à l'intéressé de

<sup>99</sup> MEIER, N 1039 ; *cf.* aussi HK DSG-ROSENTHAL, N 13 *ad* art. 8.

<sup>100</sup> CHERPILLOD, qui y est favorable, tandis que BARRELET/WERLY, p. 407 y sont opposés.

<sup>101</sup> ATF 97 II 97 consid. 5, ordonnant la remise à la personne concernée de certaines données qui auraient été attentatoires à sa personnalité et transmises à des destinataires. Comparé au droit d'accès LPD, les mesures défensives de la personnalité ont la particularité d'élargir la légitimation passive à toute personne ayant participé à l'atteinte et de ne pas tenir compte des motifs de restrictions des art. 9-10 LPD (mais en revanche de la proportionnalité et des éventuels intérêts de tiers) ; MEIER, N 1242-1245.

documents attentatoires à la personnalité, intimes ou confidentiels. Les articles 9 et 10 LPD ne trouvent pas application à un tel accès. Mais les principes limitant l'action au fond (proportionnalité et protection des sources) viendront encore s'ajouter l'exigence de proportionnalité de la mesure provisionnelle elle-même<sup>102</sup>.

En revanche, en cas de demande fondée exclusivement sur la LPD, on conçoit difficilement un accès provisionnel puisqu'il épuiserait définitivement le sort de la procédure au fond. C'est dans cet esprit que le TF s'est exprimé dans l'ATF 141 III 564 sur la validité d'une requête de preuve à future (*i.e* procédure probatoire spéciale à laquelle les dispositions sur les mesures provisionnelles s'appliquent) déposée par le client d'une banque. Le TF a considéré qu'en ordonnant à la banque de fournir les documents requis, le juge réglait le sort de la prétention au fond qui s'épuisait avec la communication des renseignements ou des pièces. Or, le juge ne peut pas ordonner par voie provisionnelle une mesure qui, par sa nature, implique un jugement définitif de la prétention à protéger, comme c'est le cas de la reddition de compte au sens de l'article 400 alinéa 1 CO<sup>103</sup>. Le Tribunal fédéral considère donc que la preuve à futur n'est pas ouverte lorsqu'elle déploie *in concreto* les mêmes effets qu'une action en reddition de compte. Cette position se justifiait pleinement dans la mesure où dans la situation jugée par le TF, le client a requis l'ensemble de la documentation bancaire en mains de la banque<sup>104</sup>.

On pourrait donc considérer que l'accès provisionnel fondé exclusivement sur la LPD serait refusé lorsqu'il porte sur les mêmes renseignements que la demande au fond (afin d'éviter d'épuiser cette dernière) mais pas lorsqu'il porte sur une étendue différente de la demande au fond et que le demandeur décrit précisément quelles données il souhaite recevoir par voies provisionnelles (ce qui les distinguerait de celles requises dans la procédure au fond).

## V. Conclusion

Avec l'augmentation des litiges portant sur le droit d'accès LPD, il semble aujourd'hui plus qu'hier nécessaire de maîtriser les aspects procéduraux. Par ailleurs, si la nLPD ne modifie pas fondamentalement le droit d'accès, elle

<sup>102</sup> CHERPILLOD, en référence à l'art. 28c CC.

<sup>103</sup> ATF 141 III 564 consid. 4.2.2 ; *cf.* aussi ATF 138 III 728 consid. 2.7 ; ATF 120 II 352 consid. 2b. Pour une analyse de la décision et de l'articulation entre la preuve à future et l'action en reddition de compte, *cf.* BENHAMOU/BRAIDI/NUSSBAUMER, p. 1314.

<sup>104</sup> BENHAMOU/BRAIDI/NUSSBAUMER, p. 1315.

précise certaines notions qui pourraient faire évoluer la jurisprudence (p.ex. les cas d'inapplicabilité de la LPD, l'objet du droit d'accès).

Parmi les aspects procéduraux, on relèvera en particulier les questions du fardeau de la preuve et de pesée des intérêts des parties et le fait que le praticien évitera de dévoiler une intention (exclusivement) contraire à la protection des données pour éviter le rejet de la demande au motif de l'abus de droit.

On relèvera également les questions de modalités et d'étendue du droit d'accès, en particulier de savoir si l'accès doit être complet ou peut être partiel, et que, à notre avis, c'est surtout l'intérêt sous-jacent à la demande d'accès LPD qui déterminera l'étendue des documents à fournir.

On relèvera enfin que, entre une action judiciaire en exécution du droit d'accès LPD et d'autres prétentions d'accès, le praticien devra bien choisir et préciser le fondement de sa demande. En particulier, il gardera à l'esprit que, s'il dépose une action en dommages-intérêts et/ou d'autres prétentions d'accès, il ne pourra certainement plus la cumuler avec une demande d'accès LPD (du fait du cumul objectif d'actions soumis à des procédures différentes) ou ne pourra plus déposer une demande d'accès LPD séparée (du fait de la litispendance).

## VI. Bibliographie

### A. Littérature

**Bruno BAERISWYL/Kurt PÄRLI (éds)**, Datenschutzgesetz, Stämpfli Handkommentar, Berne 2015 (cité : SHK DSG-AUTEUR) ; **Yaniv BENHAMOU**, Big Data and the Law : a holistic analysis based on a three-step approach. Mapping property-like rights, their exceptions and licensing practices, *in* RSDA 4/2020, pp. 393 ss ; **Yaniv BENHAMOU/Laurent TRAN**, Circulation des biens numériques : de la commercialisation à la portabilité, *in* sic ! 11/2016, pp. 571 ss ; **Yaniv BENHAMOU/Guillaume BRAIDI/Arnaud NUSSBAUMER**, La restitution d'informations : quelques outils à la disposition du praticien, *in* AJP 11/2017, pp. 1307 ss ; **Denis BARRELET/Stéphane WERLY**, Droit de la communication, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2011 ; **Sébastien BESSON**, Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, *in* Laurent HIRSCH/Christophe IMHOOS (éds), Zurich 2018, pp. 153 ss ; **François BOHNET**, Actions civiles conditions and conclusions, Bâle 2013 ; **François BOHNET/Jacques HALDY/Nicolas JEANDIN/Philippe SCHWEIZER/Denis TAPPY**, Code de procédure civile, Commentaire romand, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cité : CR CPC-AUTEUR) ; **Andrea BONOMI**, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Commentaire romand, Bâle 2011 ; **Christopher BOOG/Axel BUHR/Simon GABRIEL et al. (éds)**, Schweizerische Zivilprozessordnung Art. 353-399 ZPO und Art. 407 ZPO, Berner Kommentar, Berne 2014 (cité : BK ZPO-AUTEUR) ; **Ivan CHERPILLOD**, Information et protection des intérêts personnels : les publications des médias, *in* RDS 1999, pp. 87 ss ; **François DESSEMONTET**, Internet, Les droits de la personnalité et le droit international privé, *in* : Le droit au défi d'Internet : actes du Colloque de Lausanne, Genève 1997 ; **Jacques DE WERRA**, Using

Arbitration and ADR for Disputes about Personal and Non-Personal Data : What Lessons from Recent Developments in Europe ?, *in* American Review of International Arbitration, 2019, vol. 30, n° 2, pp. 195 ss ; **Philippe GILLIÉRON**, La diffusion de propos attentatoires à l'honneur sur Internet, *in* SJ II 2001, pp. 181 ss ; **Michel HEINZMANN**, La procédure simplifiée – Une émanation du procès civil social, Zurich 2018 ; **Célian HIRSCH/Emilie JACOT-GUILLARMOD**, Les données bancaires pseudonymisées : du secret bancaire à la protection des données, *in* RSDA 2/2020, pp. 151 ss ; **Célian HIRSCH**, Quel caviardage pour un rapport bancaire, *in* <<https://cdbf.ch/1147/>>, 2 août 2020 ; **David HOFMANN/Christian LUSCHER**, Le Code de procédure civile, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2015 ; **Nicolas JEANDIN/Aude PEYROT**, Précis de procédure civile, Zurich 2015 ; **Yvan JEANNERET/André KUHN/Camille PERRIER DEPEURSINGE (éds)**, Code de procédure pénal suisse, Commentaire romand, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité : CR CPP-AUTEUR) ; **Valérie JUNOD**, L'exception des secrets commerciaux dans la LTrans, *in* Martial PASQUIER (éd.), Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Lausanne 2013, pp. 255 ss ; **Philippe MEIER**, Protection des données, Berne 2011 ; **Michel REYMOND**, La compétence internationale en cas d'atteinte à la personnalité par Internet, Zurich 2015 ; **David ROSENTHAL**, Entwicklungen im privaten Datenrecht, *in* La pratique de l'avocat 2013, pp. 707 ss ; **David ROSENTHAL**, Der Vorentwurf für ein neues Datenschutzgesetz : Was er bedeutet, Jusletter du 20 février 2017 (cité : ROSENTHAL, Jusletter du 20 février 2017) ; **David ROSENTHAL/Yvonne JÖHRI**, Handkommentar zum Datenschutzgesetz (DSG), Zurich 2018 (cité : HK-Rosenthal).

## B. Documents officiels

**Conseil fédéral**, Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II pp. 421 ss (cité : Message LPD 1988) ; **Conseil fédéral**, Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15 septembre 2017, FF 2017 pp. 6565 ss (cité : Message LPD 2017) ; **Conseil fédéral**, Rapport sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données du 9 décembre 2011 (cité : Rapport LPD, FF 2012).

---

# Répondre à une demande de droit d'accès – aspects pratiques

Luca D'ERRICO

*Group Data Protection Officer chez Audemars Piguet, Le Brassus*

## Table des matières

I.	Introduction.....	107
II.	Contenu d'une réponse à une demande d'accès aux données .....	108
	A. Les données personnelles .....	110
	1. Les données critiques de l'entreprise .....	113
	2. Les données redondantes, obsolètes et triviales, ou données ROT.....	117
	3. Les dark data .....	119
	B. Le registre des activités de traitement.....	122
	1. Qui ?.....	123
	2. Quoi ?.....	123
	3. Pourquoi ? .....	123
	4. Où ?.....	124
	5. Jusqu'à quand ?.....	125
	6. Comment ?.....	126
III.	La gestion d'une demande de droit d'accès .....	127
	A. Respect des exigences légales en matière de protection des données.....	127
	B. Processus et traitement d'une demande d'accès aux données.....	128
	1. Enregistrer.....	129
	2. Identifier.....	131
	3. Traiter.....	133
	4. Répondre.....	134
	5. Clôturer.....	136
IV.	Conclusion .....	137

## I. Introduction

Ce texte a pour objectif d'expliquer pourquoi il est infiniment plus trivial, voire ludique pour certaines personnes, d'exercer un droit d'accès que d'y répondre. Il expliquera surtout comment un responsable du traitement doit s'organiser et quelles mesures il est indispensable de prendre pour répondre concrètement et exhaustivement à une demande d'accès aux données.

Liminairement, nous pouvons affirmer que la qualité d'une réponse à une demande d'accès aux données personnelles révélera systématiquement, et

parfois assez dramatiquement, le niveau de maturité et de maîtrise de la protection des données au sein d'une entreprise.

Le vent de panique ressenti par le responsable du traitement des données ou par le *Data Protection Officer* (ci-après : DPO) (pour autant que l'entreprise ait eu l'idée, l'obligation et/ou la possibilité d'en nommer un) à l'ouverture d'un courrier contenant une demande d'accès aux données personnelles sera inversement proportionnel aux dispositions qu'il aura prises pour réagir dans les 30 jours à cette singulière demande.

D'ailleurs, ce vent de panique est souvent suivi d'un questionnement soudain : Pourquoi ? Pourquoi ce client, ce collaborateur ou ce partenaire nous fait-il cette demande ? Que veut-il exactement ?

Bien qu'il faille se convaincre assez tôt que cette demande n'a rien de personnel et qu'elle correspond à un droit fondamental des personnes concernées, force est de constater que ce premier sentiment est maintes fois expliqué par l'existence d'une situation conflictuelle entre la personne concernée et le responsable du traitement. Qui plus est, de nombreuses entreprises observent que le droit d'accès est souvent une « arme d'intimidation » utilisée en représailles à un différend où la personne concernée, souvent représentée par un cabinet d'avocats, se sent lésée. Certaines entreprises l'ont d'ailleurs parfaitement compris, tant et si bien qu'elles ont constaté une diminution significative des demandes d'accès en améliorant considérablement leur service client en amont.

Ces premières considérations doivent cependant rapidement laisser place à des arguments plus rationnels, car le temps à disposition pour répondre à la demande est compté.

Ce sont donc les raisons fondamentales qui doivent prendre le dessus et nous permettre de répondre à cette question naturelle : Pourquoi ? En effet, si la personne concernée ne doit accompagner sa demande d'aucun motif justificatif, c'est justement parce que le droit d'accès doit lui permettre de faire valoir ses autres droits légitimes de rectification, d'effacement, d'opposition et de limitation, et pour que la transparence du traitement soit garantie. Par conséquent, le vent de panique n'a aucune raison d'être si nous nous sommes bien préparés à répondre à cette demande.

## **II. Contenu d'une réponse à une demande d'accès aux données**

Le « pourquoi ? » d'une demande d'accès aux données étant clarifié, c'est maintenant la question du « quoi ? » qui se pose. Que doit contenir exactement la réponse à une demande d'accès aux données ? Si l'on s'en tient strictement aux

exigences légales suisses, il ressort de l'article 8 alinéas 1 et 2 de la Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données<sup>1</sup> ce qui suit :

**Article 8 LPD (Droit d'accès)**

<sup>1</sup> Toute personne peut demander au maître d'un fichier si des données la concernant sont traitées.

<sup>2</sup> Le maître du fichier doit lui communiquer :

- a. toutes les données la concernant qui sont contenues dans le fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données ;
- b. le but et éventuellement la base juridique du traitement, les catégories de données personnelles traitées, de participants au fichier et de destinataires des données.

[...]

Concrètement, la réponse à l'exercice du droit d'accès doit se matérialiser en deux « éléments » ou « résultats » bien distincts, à savoir la transmission des :

- données personnelles en possession du responsable du traitement et ;
- informations liées aux traitements réalisés avec les données collectées (but du traitement, bases juridiques du traitement, catégories de données traitées, participants au fichier et destinataires des données).

Cependant, les exigences actuelles sont plus générales que celles prévues dans la nouvelle Loi fédérale sur la protection des données à l'article 25 alinéas 1 et 2 qui dispose ce qui suit :

**Art. 25 nLPD (Droit d'accès)**

<sup>1</sup> Toute personne peut demander au responsable du traitement si des données personnelles la concernant sont traitées.

<sup>2</sup> La personne concernée reçoit les informations nécessaires pour qu'elle puisse faire valoir ses droits selon la présente loi et pour que la transparence du traitement soit garantie. Dans tous les cas, elle reçoit les informations suivantes :

- a. l'identité et les coordonnées du responsable du traitement ;
- b. les données personnelles traitées en tant que telles ;
- c. la finalité du traitement ;

<sup>1</sup> LPD ; RS 235.1.

- d. *la durée de conservation des données personnelles ou, si cela n'est pas possible, les critères pour fixer cette dernière ;*
- e. *les informations disponibles sur l'origine des données personnelles, dans la mesure où ces données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée ;*
- f. *le cas échéant, l'existence d'une décision individuelle automatisée ainsi que la logique sur laquelle se base la décision ;*
- g. *le cas échéant, les destinataires ou les catégories de destinataires auxquels des données personnelles sont communiquées, ainsi que les informations prévues à l'art. 19, al. 4.*

[...]

## **A. Les données personnelles**

Le premier objectif du responsable du traitement des données consiste à réunir toutes les données personnelles en sa possession concernant le demandeur des renseignements. Qu'a-t-on exactement comme information sur cette personne ? Et où se trouve précisément cette information ?

Ces deux questions, d'apparence anodine, peuvent se révéler éminemment complexes à résoudre si l'entreprise en question n'a pas établi une « gouvernance de l'information » concrète, c'est-à-dire une approche globale qui a pour but de gérer le patrimoine informationnel de l'entreprise. Cette approche doit aboutir à des outils de gouvernance comme des processus formalisés, des matrices RACI<sup>2</sup> (rôles/responsabilités), des instruments de contrôle et des indicateurs clés de performance.

Une gestion efficace du patrimoine informationnel permettra à l'entreprise d'avoir la maîtrise de toutes les facettes de l'information qui saura ainsi répondre de façon structurée aux questions liées au cycle de vie des données, par la maîtrise de toutes les actions effectuées sur des données personnelles et faisant partie intégrante de ce que nous appelons plus généralement le « traitement des données » :

- la collecte des données : où et comment les données sont-elles collectées ou créées ?

<sup>2</sup> RACI : Matrice des rôles et des responsabilités, par livrable des processus, dans laquelle sont indiqués le « Responsable », les « Approbateurs », ceux qui sont « Consultés » et ceux qui sont tenus « Informés » sur le contenu. Voir à cet égard : Mathieu BOISVERT/Sylvie TRUDEL, Choisir l'agilité – Du développement logiciel à la gouvernance, 2011.



- l'itinéraire et le trafic des données : quels chemins ces données empruntent-elles dans le système d'information ?
- l'hébergement des données : où et comment les données sont-elles hébergées ?
- l'utilisation des données : quels sont les systèmes et les logiciels qui exploitent les données collectées ? Pour quelles finalités ? Par quels collaborateurs ?
- les transferts de données : quelles sont les entreprises à qui sont confiées les données ? De quelle manière et pour quelles finalités ?
- la destruction des données : à quel moment, comment, par qui et pour quelles raisons les données sont-elles supprimées ?

Cette « gouvernance de l'information » doit aboutir à un pilotage des traitements de données et à leur contrôle. Mais à qui incombe cette lourde responsabilité ?

Cette question peut donner lieu à de grands débats dans les entreprises où les départements informatiques, juridiques et les unités métiers se renvoient volontiers la balle pour de plus ou moins bonnes raisons. Ces débats permettent au moins de constater que toutes les personnes assises autour de la table sont en réalité des parties prenantes de cette « gouvernance de l'information ».

Par conséquent, une approche « transversale » du sujet portera d'excellents fruits. L'implémentation de systèmes de gestion (ou *Management Systems*), basés sur le principe de l'amélioration continue (de type PDCA<sup>3</sup>), et la maîtrise des principales normes et labels sont donc fondamentales et permettront de traiter l'information avec toute la rigueur requise.

Dès lors, nous ne pouvons que très vivement conseiller la mise en place des systèmes de gestion de la protection des données (SGPD), de la sécurité de l'information (SGSI, mieux connu sous l'acronyme anglophone *SMSI*) et de la conformité (SGC), qui permettront de maîtriser cette gouvernance de l'information efficacement, que j'illustrerais comme suit :

<sup>3</sup> Méthode PDCA (*Plan, Do, Check, Act*) : Le principe propose de maîtriser et d'améliorer un processus par l'utilisation d'un cycle continu en quatre étapes visant à réduire le besoin de corrections. Voir à cet égard : Jean-François CARPENTIER, La sécurité informatique dans la petite entreprise, St Herblain 2009.

Système de Gestion de la Sécurité de l'Information (SGSI)	Système de Gestion de la Protection des Données (SGPD)	Système de Gestion de la conformité (SGC)
Mise en place, développement, évaluation et maintien du système de gestion de la sécurité de l'information, basé sur les principes de confidentialité, d'intégrité, de disponibilité des informations et de résilience du système d'information.	Mise en place, développement, évaluation et maintien du système de gestion de la protection des données, basé sur les principes de licéité, transparence, proportionnalité, finalité, exactitude des données, communication transfrontière des données, sécurité des données, enregistrement des fichiers, droit d'accès et procédure.	Mise en place, développement, évaluation et maintien du système de gestion de la conformité, basé sur les principes de la bonne gouvernance, les principes de proportionnalité, de transparence et de durabilité.

Figure 1 : La protection des données à travers les systèmes de gestion

À toutes fins utiles, il est à noter qu'en Suisse, l'Ordonnance fédérale du 28 septembre 2007 sur les certifications en matière de protection des données<sup>4</sup> prévoit la possibilité pour les entreprises de faire l'objet de la certification OCPD.

Il s'agit toutefois d'une démarche volontaire que peu d'entreprises amorcent, à l'exception des assureurs maladie qui ont l'obligation de faire certifier leur service de réception des données selon l'OCPD. La certification porte sur le système de gestion de la protection des données (SGPD) et peut comprendre :

- l'ensemble des procédures de traitement des données pour lesquelles un organisme est responsable ; ou
- des procédures de traitement déterminées.

En tout état de cause, cette « gouvernance de l'information » est fondamentale car l'information se loge absolument partout dans l'entreprise. Et dans cet océan d'informations diverses et variées, peu d'efforts suffisent pour découvrir des données personnelles dans chaque recoin de l'entreprise : sur des disques durs, des serveurs internes, dans un *data center*, dans des dossiers partagés, dans les innombrables applications utilisées, dans les courriers électroniques, dans le « cloud » ou encore dans des cartons poussiéreux aux archives, pour ne citer qu'eux.

Mais l'entreprise maîtrise-t-elle vraiment l'information qu'elle possède ? Et à défaut de maîtriser cette information, est-elle au moins au courant de l'information qu'elle détient ?

En 2015, *Veritas Technologies LLC* (ci-après : « *Veritas* ») a mené une étude à travers 15 pays, auprès de 1500 décideurs et gestionnaires de données, intitulée « *The databerg report : see what others don't identify the value, risk and cost of your data* »<sup>5</sup>. Cette étude a illustré cette question majeure

<sup>4</sup> OCPD ; RS 235.13.

<sup>5</sup> Voir le rapport de *Veritas Technologies LLC*, *The Databerg Report – See what others don't identify the value, risk and cost of your data*, p. 4. Ce rapport est accessible à l'adresse suivante : <<http://images.info.veritas.com/Web/Veritas/%7B364a7ca5-e05c->

rencontrée dans chaque organisation avec le concept du *Databerg* qui catégorise l'ensemble des données du système d'information d'une entreprise en trois strates distinctes :

- données critiques de l'entreprise ;
- données Redondantes, Obsolètes et Triviales, ou données ROT ; et
- données sombres (ci-après : « *dark data* »).

Avant de décrire ces trois strates, deux constats préliminaires peuvent être faits. Tout d'abord, indépendamment du type de données personnelles manipulées ou de la strate où elles se trouvent, les exigences légales en matière de protection des données s'appliquent et l'entreprise doit être en mesure de répondre aux demandes d'accès aux données ou à tout autre droit des personnes concernées.

Ensuite, il appert que les frontières idéologiques entre les différentes couches de l'iceberg informationnel sont appelées à disparaître progressivement. Certains fournisseurs de logiciels répondent d'ailleurs à cette tendance en proposant des solutions toujours plus intelligentes fusionnant les stratégies et les technologies liées à la gouvernance de l'information et à la gouvernance des données. Mais revenons maintenant à notre *Databerg* : que contient-il exactement et comment fonctionne-t-il ?

### 1. Les données critiques de l'entreprise

*Veritas* définit les données critiques de l'entreprise comme étant la première strate du *Databerg*, c'est-à-dire les données identifiées comme vitales pour le succès opérationnel de l'entreprise devant être protégées et gérées de manière proactive.

Techniquement, ces données critiques sont majoritairement des données dites « structurées », c'est-à-dire des informations contenues dans des bases de données relationnelles (mots, chiffres, signes), informations pouvant être facilement saisies, stockées, interrogées et analysées. En termes de volume de données, elles représentent généralement la partie visible de l'iceberg informationnel de l'entreprise. Dans son rapport susmentionné, *Veritas* évalue le volume de ces données critiques de l'entreprise à environ 14% seulement.

Ainsi, dans ces 14% de données critiques de l'entreprise, c'est-à-dire cette pointe de l'iceberg informationnel, se nichent toutes sortes de données personnelles essentielles à l'entreprise. L'identification et l'établissement d'une

cartographie des données structurées constituent la première étape primordiale à accomplir qui nécessitera certainement l'aide de logiciels performants.

Cette première étape, loin d'être extrêmement complexe, génère pourtant bien des tourments aux entreprises.

D'après une récente étude menée par IBV (*IBM Institute for Business Value*) intitulée : « *The end of the beginning : Unleashing the transformational power of GDPR* »<sup>6</sup>, l'un des principaux chantiers de la préparation à l'arrivée du règlement européen n° 2016/679, dit règlement général sur la protection des données (ci-après : « RGPD ») en mai 2018, parmi les 11 chantiers identifiés, était précisément la découverte des données et l'exactitude des données.

L'étude a démontré que la plupart des entreprises de l'échantillon examiné ont classé ce sujet comme leur premier domaine d'intérêt et leur combat numéro un (à égalité avec le respect des principes du traitement des données).

Les résultats de cette étude ont permis de conclure que les entreprises questionnées ont accompli de grands efforts dans un domaine où elles rencontrent moult difficultés, mais que les résultats obtenus ne sont souvent pas à la hauteur des efforts consentis.

<b>Number-one focus area</b>		<b>Number-one struggle</b>
Performing data discovery and ensuring data accuracy	①	① Performing data discovery and ensuring data accuracy
Complying with data processing principles	②	④ Complying with data processing principles
Developing/updating privacy policies and notices	②	③ Developing/updating privacy policies and notices
Establishing a Data Protection Officer (DPO)	④	④ Getting consent from data subjects
Getting consent from data subjects	⑤	⑤ Establishing a Data Protection Officer (DPO)

Figure 2 : Priorités et luttes – IBM Institute for Business Value

Cela étant dit, toutes les entreprises n'ont pas la nécessité ou la possibilité d'investir dans des outils automatisés de cartographie des données. Dans ces cas, l'établissement « artisanal » d'une cartographie de leurs applications permettra de dresser exhaustivement l'inventaire des bases de données

<sup>6</sup> *IBM Institute for Business Value*, *The end of the beginning – Unleashing the transformational power of GDPR*, pp. 4 ss. Ce rapport est accessible à l'adresse suivante : <https://www.ibm.com/downloads/cas/JEMXN6LV> (consulté le 31 octobre 2020).

contenant des données personnelles, ainsi que les flux de données existant entre les applications. Ainsi, quelle que soit la façon dont une entreprise dresse sa cartographie applicative, celle-ci devra être intégrée au registre des activités de traitement.

À noter enfin que les éventuels inventaires de données au format papier sont aussi concernés par cette cartographie et doivent être répertoriés. Lorsque ces données sont manifestement obsolètes, il est fortement conseillé de les détruire sans délai.

À la fin de cette étape, parfois longue, complexe et fastidieuse, l'entreprise doit être en mesure de fournir toutes les données personnelles d'une personne concernée, en termes de données structurées. Il va sans dire que la création de cette cartographie applicative n'est qu'un point de départ et le défi à relever sera de la pérenniser.

Mais pour ce faire, quels sont les ingrédients du succès ? Voici quelques facteurs clés de réussite que nous pourrions citer :

- obtenir une totale implication des parties prenantes à tous les niveaux hiérarchiques de l'entreprise ;
- favoriser une approche macroscopique, plutôt que microscopique, permettant de produire une cartographie avec un niveau de détail qu'il sera envisageable de maintenir sans un effort disproportionné pour l'entreprise, mais aussi et surtout d'une granularité qu'il sera possible d'affiner et améliorer qualitativement au fil du temps ;
- définir un processus robuste de mise à jour de la cartographie et prévoir une fonction spécifique assurant la responsabilité de cette activité afin d'éviter la menace d'une cartographie vétuste qui s'avèrera aussi inutile que dangereuse, exposant l'entreprise à un risque de vulnérabilité en matière de protection des données.

Toutefois, parmi les causes d'échec de cette phase cruciale de cartographie du système d'information, on note principalement la négligence d'un grand nombre d'entreprises à découvrir et lister leurs applications « fantômes », c'est-à-dire toutes les applications installées ou les espaces de stockages en ligne employés par les utilisateurs, à l'insu du *management* ou du département informatique.

Il faut d'abord dire que ces applications « fantômes » représentent un risque majeur pour l'entreprise qui ne maîtrise pas ou plus les données personnelles entreposées ou les documents recopiés dans ces espaces de stockage et de partage de fichiers, pas plus qu'elle ne maîtrise les mesures techniques et organisationnelles prises pour garantir la sécurité de ces données personnelles. Soit dit en passant, en cas de fuite de données, l'entreprise ne

saura même pas, ou souvent bien trop tard, qu'elle en est la victime. Elle demeure pourtant la responsable du traitement de ces données.

En conséquence, un nombre croissant d'entreprises décide, à juste titre, la fermeture de l'accès de leurs utilisateurs aux solutions de stockages en ligne gratuits ou de partage de fichiers comme *Dropbox*, *OneDrive* ou *Google Drive* pour ne citer qu'elles. Nonobstant cette mesure forte et adaptée, beaucoup de sociétés doivent constater qu'en l'absence d'autres solutions pratiques proposées en interne aux utilisateurs, ces derniers risquent fort de se tourner vers de nouvelles solutions externes, parfois dangereuses pour l'entreprise car non sujettes aux restrictions sécuritaires qu'elle préconise.

Ces données personnelles sont au cœur d'un phénomène toujours mieux connu du grand public appelé le *Shadow IT*<sup>7</sup> ou *Shadow Cloud* qui concerne ainsi ces données dont on ignore ou oublie souvent l'existence, la raison d'être ou encore l'emplacement et qui représentent un danger tangible pour les entreprises en termes de protection des données et de sécurité de l'information.

En effet, chaque application « fantôme » installée indûment, par un collaborateur naïf ou un département inconscient des risques qu'il fait courir à l'entreprise, est une faille potentielle de sécurité que les cybercriminels chercheront à exploiter, et ce avec la plus grande facilité, notamment lorsque ces applications n'auront pas été mises à jour avec les correctifs de sécurité indispensables. Ce phénomène est amplifié avec l'arrivée de nombreuses solutions cloud qui ne nécessitent plus un support du département informatique pour leur installation ni leur exploitation.

Il est absolument vital de prendre la mesure de la problématique du *Shadow IT* et ainsi maîtriser l'énorme défi consistant à cartographier ces données personnelles cachées. En effet, si ces données personnelles ne sont pas identifiées, il en résultera notamment que :

- elles ne peuvent pas être protégées correctement et leur vulnérabilité exposera l'entreprise à des risques majeurs ; et
- la réponse à un exercice du droit d'accès sera incomplète, ce qui peut être une infraction pénale au sens de l'article 34 alinéa 1 lettre a LPD.

Pour conclure cette première strate, nous pouvons dire qu'établir une cartographie du système d'information est un projet stratégique d'entreprise qui exige d'importantes ressources, une organisation solide et probablement un accompagnement externe. À titre d'information et pour prendre la mesure de

<sup>7</sup> Je recommande vivement la lecture de l'étude réalisée par l'entreprise *Frost & Sullivan*, *The Hidden Truth Behind Shadow IT – Six trends impacting your security posture*. L'étude est disponible à l'adresse suivante : <<https://digitaltransformation.frost.com/files/4313/9300/1515/rp-six-trends-security.pdf>> (consulté le 31 octobre 2020).

cette tâche colossale, nous recommandons la lecture du « Guide d'élaboration en 5 étapes pour établir une cartographie du système d'information » rédigé par l'agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ci-après : « ANSSI »)<sup>8</sup>.

## 2. *Les données redondantes, obsolètes et triviales, ou données ROT*

Selon l'étude susmentionnée, dans cette deuxième strate de l'iceberg informationnel, *Veritas* fait référence aux données redondantes, ou en double, obsolètes, n'ayant plus de valeur commerciale, et des données triviales avec peu ou pas de valeur commerciale pour l'entreprise. Il est fondamental de minimiser de manière proactive les données ROT en les effaçant régulièrement et en toute sécurité.

Cette masse de données est évaluée à environ 32% et soulève la question de « la qualité » des données, mais aussi celle de « l'utilité des données ».

Ainsi, dans cette strate nous trouvons notamment les données « redondantes » et « obsolètes », c'est-à-dire ces données « structurées » conservées dans plusieurs bases de données ou logiciels, volontairement lorsqu'il s'agit de les sauvegarder ou accidentellement lorsque des erreurs de codage en sont la cause. Cette conservation de données personnelles dans des emplacements ou environnements différents peut être complexe à gérer et rendre la mise à jour des informations particulièrement difficile, avec pour conséquence d'avoir un risque élevé de maintenir coûteusement des données obsolètes ou incorrectes.

Qui plus est, bien que toutes les entreprises aient l'obligation de sauvegarder massivement leurs données, un nombre limité d'entre elles se pose les questions essentielles liées à cette étape de conservation des données personnelles, à savoir :

- jusqu'à quand a-t-on véritablement besoin des données pour atteindre la finalité poursuivie ?
- quelles sont les obligations légales applicables en matière de durée de conservations des données ?
- quelles sont les données à conserver pour d'éventuels contentieux ?

<sup>8</sup> Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information, Cartographie du système d'information – Guide d'élaboration en 5 étapes. La cartographie est disponible à l'adresse suivante : <<https://www.ssi.gouv.fr/uploads/2018/11/guide-cartographie-systeme-information-anssi-pa-046.pdf>> (consulté le 31 octobre 2020).

- parmi les données sauvegardées, lesquelles doivent être archivées ? Et pour quelle durée ?
- quelles sont les règles définies d'accès et de suppression des données ?

La parfaite maîtrise des données personnelles sauvegardées, puis archivées, est de ce fait indispensable pour permettre aux personnes concernées de consulter leurs données personnelles dans le cadre du droit d'accès et s'assurer que les données personnelles obsolètes ont été dûment supprimées ou anonymisées, étant donné que la finalité pour laquelle elles ont été collectées est atteinte et que plus rien ne justifie qu'on les conserve davantage. Ce point est capital car il a un impact direct sur une demande d'accès aux données. En effet, à partir du moment où l'on supprime ou anonymise des données personnelles, les exigences légales en matière de protection des données ne s'appliquent plus sur elles. Ainsi, l'exercice du droit d'accès n'aura pas à couvrir ces informations qui ne sont plus reliées à une personne donnée.

D'un point de vue technique maintenant, notons que pour atteindre cet objectif de maîtrise des données personnelles sauvegardées dans plusieurs environnements ou logiciels, il sera peut-être nécessaire d'implémenter une gestion des données de référence ou « *Master Data Management* »<sup>9</sup>.

Tout cela étant dit et contrairement à ce que beaucoup imaginent, cette deuxième strate contient aussi et surtout une pléthore de données dites « non structurées » représentant l'immense partie immergée de l'iceberg informationnel de l'entreprise, c'est-à-dire le déluge informationnel qui n'est pas contenu dans des bases de données, comme les courriels, les images, les vidéos ou encore tous les documents bureautiques (*Word, PowerPoint, PDF, etc.*).

Ces données « non structurées » échappent généralement au contrôle de la direction des systèmes d'information qui pourtant doit les cartographier au même titre que les données « structurées ».

Pour réaliser cette cartographie des données non structurées, les entreprises peuvent faire appel à certains logiciels basés sur des moteurs d'intelligence artificielle sémantique qui scrutent tout le système d'information de l'entreprise, identifient automatiquement les données personnelles non structurées, leur donnent un sens en les contextualisant, les classifient/hierarchisent (on parlera dès lors de « taxonomie des données ») et les pseudo-anonymisent (processus réversible) ou les anonymisent de façon irréversible, lorsque cela est nécessaire.

À ce stade de notre réflexion, incroyablement, selon l'étude de *Veritas*, avec la gestion des « données critiques de l'entreprise » et des « données

<sup>9</sup> Également connu sous son acronyme « MDM ».



redondantes, obsolètes et triviales, ou données ROT », nous n'aurons identifié et classifié que 46% des données de l'entreprise.

La dernière strate de l'iceberg, c'est-à-dire la partie la plus immergée et invisible, représente dès lors les 54% restants et concerne les données sombres, mieux connues sous l'appellation de « *dark data* ».

### 3. Les *dark data*

*Veritas* définit les *dark data* comme étant la troisième strate du *Databerg*. Selon l'étude en question, les *dark data* sont les données qui n'ont été ni identifiées ni classifiées. Il peut s'agir de données critiques vitales pour l'entreprise ou de données ROT inutiles.

D'après *Gartner Inc.*, une entreprise américaine de conseil et de recherche dans le domaine des techniques avancées, les *dark data* sont : « les informations que les organisations collectent, traitent et stockent au cours de leurs activités commerciales régulières, mais qu'elles n'utilisent généralement pas à d'autres fins (par exemple, l'analyse, les relations commerciales et la monétisation directe). Tout comme la matière noire en physique, les données noires constituent souvent l'univers des actifs d'information de la plupart des organisations. Ainsi, les organisations conservent souvent les *dark data* uniquement à des fins de conformité. Le stockage et la sécurisation des données entraînent généralement plus de dépenses (et parfois plus de risques) que leur valeur »<sup>10</sup>.

Quoi qu'il en soit, les *dark data* consomment beaucoup de ressources. C'est pourquoi les entreprises doivent explorer et assigner les *dark data* dès que possible en tant que ROT ou données critiques pour l'entreprise. Plus important encore, les *dark data* peuvent contenir des données dont la non-conformité peut conduire à un risque métier totalement invisible et très critique au cœur des systèmes d'information de l'entreprise.

Parmi les risques que nous pouvons citer de ne pas maîtriser les *dark data*<sup>11</sup>, il y a :

- le risque de vulnérabilité des données. En effet, le fait de ne pas avoir identifié/classifié ces données les expose à un risque majeur en termes de sécurité, car les mesures techniques et organisationnelles pour en garantir

<sup>10</sup> *Gartner inc.*, Information Technology Gartner Glossary – Dark Data. Le glossaire est accessible à l'adresse suivante : <<https://www.gartner.com/en/information-technology/glossary>> (consulté le 31 octobre 2020).

<sup>11</sup> Attention, il ne faut pas confondre *dark data* et *dark web*. Ce dernier peut être défini comme étant l'Internet clandestin non réglementé dont le contenu n'est pas indexé par les moteurs de recherche selon l'étude *Veritas*, p. 4 (note 5).

la confidentialité n'ont pas été appliquées et ces données sont donc une cible facile pour les cybercriminels.

- le risque de non-conformité aux lois relatives à la protection des données. Effectivement, pour le sujet qui nous occupe, il ne sera pas possible pour une entreprise de répondre à son obligation de fournir toutes les données personnelles d'une personne concernée lors d'une demande d'accès aux données, si l'entreprise n'a pas identifié, classifié et relié lesdites données à un traitement spécifique du « registre des activités de traitement ».

Or, il est essentiel de souligner que ces risques sont particulièrement présents dans les environnements mobiles et les *clouds* publics, risques qui de plus sont amplifiés par l'affaiblissement de la frontière entre la vie professionnelle et la vie privée. Les entreprises doivent donc prendre toute la mesure de cette masse de données cachées dans leur système d'information et les soumettre aux mêmes traitement et processus de sécurisation que toutes les autres données de l'entreprise.

En conclusion de ce volet, nous pouvons considérer que la première partie de la réponse à fournir lors d'une demande d'accès, c'est-à-dire les données personnelles de la personne concernée, est le résultat d'une grande maîtrise du système d'information.

Toute autre stratégie, basée sur l'improvisation, l'approximation, voire même le déni, ne permettra pas de répondre correctement à une demande d'accès aux données, mais aussi et surtout sera synonyme de non-conformité aux exigences légales.

Une fois la cartographie des données personnelles établie, elle doit être accompagnée d'une partie plus formelle que nous décrivons dans le point B, c'est-à-dire l'explication détaillée de tous les traitements réalisés avec les données collectées.



Figure 3 : Veritas Technologies LLC., p. 4.

## B. Le registre des activités de traitement

L'énorme défi d'identification et de catégorisation des données personnelles mentionné plus haut ne doit pas empêcher de dresser en parallèle la cartographie des traitements de données que les responsables du traitement de données personnelles doivent consigner dans le registre des activités de traitement (RGPD et nouvelle LPD<sup>12</sup>). En quoi consiste-t-elle ?

La cartographie des traitements de données personnelles est l'inventaire exhaustif et documenté de tous les traitements de données réalisés dans l'entreprise. Le registre des activités de traitement, tel que défini à l'article 12 de la nouvelle LPD, prévu par l'article 30 RGPD, est un document essentiel pour justifier la conformité aux exigences légales en matière de protection des données.

Ce registre doit contenir, entre autres informations, tous les protagonistes qui interviennent dans le traitement des données (co-responsables, sous-traitants, représentants, destinataires, *etc.*), les catégories de données traitées (collaborateurs, candidats, clients, prospects, fournisseurs, *etc.*), les finalités ou buts poursuivis par la collecte des données, les personnes qui accèdent à ces données et à qui elles sont transmises, le temps de conservation des informations récoltées ou encore la liste des mesures techniques et organisationnelles prises pour garantir la sécurité des données.

Une cartographie réussie s'appuie sur une approche rigoureuse et systématique. Elle permettra de matérialiser avec une grande clarté une réalité souvent complexe, illustrant intelligiblement les enchevêtrements des différentes couches du système d'information.

Pour cartographier efficacement le registre des activités de traitements de données personnelles, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (ci-après : « CNIL ») suggère, pour chaque traitement de données, de répondre aux six questions-clés : qui ? Quoi ? Pourquoi ? Où ? Jusqu'à quand ? Comment ?<sup>13</sup>

Examinons en détail les réponses attendues à chacune de ces questions vitales.

<sup>12</sup> L'art. 12 al. 5 de la nouvelle Loi fédérale sur la protection des données (nLPD) indique que « *le Conseil fédéral prévoit des exceptions pour les entreprises qui emploient moins de 250 collaborateurs et dont le traitement des données présente un risque limité d'atteinte à la personnalité des personnes concernées* ».

<sup>13</sup> CNIL, Cartographier vos traitements de données personnelles. L'article est disponible à l'adresse suivante : <<https://www.cnil.fr/fr/cartographier-vos-traitements-de-donnees-personnelles>> (consulté le 31 octobre 2020).

### 1. *Qui ?*

Cette question exige que l'entreprise identifie et formalise dans son registre des activités de traitement les différentes parties prenantes d'un traitement de données, qu'elles soient internes ou externes à l'entreprise :

- le nom et les coordonnées du responsable du traitement (et de son représentant légal) ;
- le nom et les coordonnées du DPO, si l'entreprise l'a nommé ;
- les destinataires des données ou les responsables des services opérationnels traitant les données au sein de l'entreprise ; et
- la liste des sous-traitants, mise à jour continuellement.

Il est important de rappeler toute l'importance, pour un responsable du traitement, de tenir à jour une liste exhaustive des sous-traitants à qui il confie ses données personnelles afin de réaliser une partie ou la totalité d'un traitement des données. Il serait évidemment très périlleux de ne pas maîtriser parfaitement à qui le responsable du traitement confie les données personnelles, que ce soit au niveau de la relation contractuelle et/ou des mesures techniques et organisationnelles prises par le sous-traitant choisi. La personne concernée est donc en droit de connaître ces informations primordiales qui lui garantiront que les précautions nécessaires ont aussi été prises par le(s) sous-traitant(s).

### 2. *Quoi ?*

La deuxième question clé requiert de lister exhaustivement les données traitées, respectivement les documents dans lesquels elles se trouvent, pour réaliser les traitements annoncés dans le registre des activités. Pour cela il convient d'identifier les différentes catégories de données traitées, mais également les données susceptibles de soulever, en raison de leur sensibilité, des risques particuliers, telles que, par exemple, les données relatives à la santé ou les infractions.

### 3. *Pourquoi ?*

Une fois le « qui » et le « quoi » formalisés, il est indispensable de déterminer les objectifs poursuivis par ces traitements de données, à savoir leur finalité. Il s'agira d'expliquer donc pour quel but les données personnelles sont collectées. À noter que cette question permettra de s'assurer que la collecte des données est proportionnelle au but poursuivi. Ainsi, il n'est pas permis de collecter des

données personnelles qui ne sont pas nécessaires pour atteindre la finalité annoncée.

#### 4. Où ?

Une autre étape indispensable et complexe est d'identifier les lieux physiques où les données personnelles sont hébergées. Cette étape est d'autant plus compliquée que toujours plus de logiciels utilisés par les entreprises hébergent leurs données dans le *cloud*. L'hébergement physique devra donc dire avec précision et transparence dans quel(s) pays ces données personnelles sont transférées.

Un élément à ne pas négliger est la redondance des éléments dans le *cloud*. Parfois, certains fournisseurs de services ne mentionnent que le lieu de stockage principal, mais omettent que, pour des raisons de continuité des affaires (*Disaster Recovery Plan/Business Continuity Management*), ils effectuent des *backups* hors des zones annoncées, parfois dans des pays qui disposent peut-être d'une législation nationale en matière de protection des données, mais qui ne sont pas reconnus comme étant adéquats par le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, respectivement par la Commission européenne s'agissant du RGPD. Ainsi, les transferts de données personnelles vers ces pays nécessitent d'être encadrés par des outils de transfert.

À ce sujet, les autorités nationales en matière de protection des données indiquent généralement dans quels pays transférer des données personnelles et à quelles conditions, mais aussi quels pays disposent d'une législation spécifique ou d'une autorité de protection des données personnelles.

En France<sup>14</sup>, par exemple, la CNIL propose une carte permettant de visualiser les différents niveaux de protection des données des pays dans le monde, comprenant :

- les pays membres de l'UE ou de l'EEE ;
- les pays adéquats ;
- les pays en adéquation partielle ;
- les autorités indépendantes et lois ;
- les pays avec législation et
- les pays sans loi

<sup>14</sup> Le PFPDT fournit aussi la liste des états ayant une législation assurant un niveau de protection adéquat (art. 6 al. 1 LPD). La liste est disponible à l'adresse suivante : <<https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/handel-und-wirtschaft/uebermittlung-ins-ausland.html>> (consulté le 31 octobre 2020).

La carte de la CNIL affiche également les autorités de protection des données.

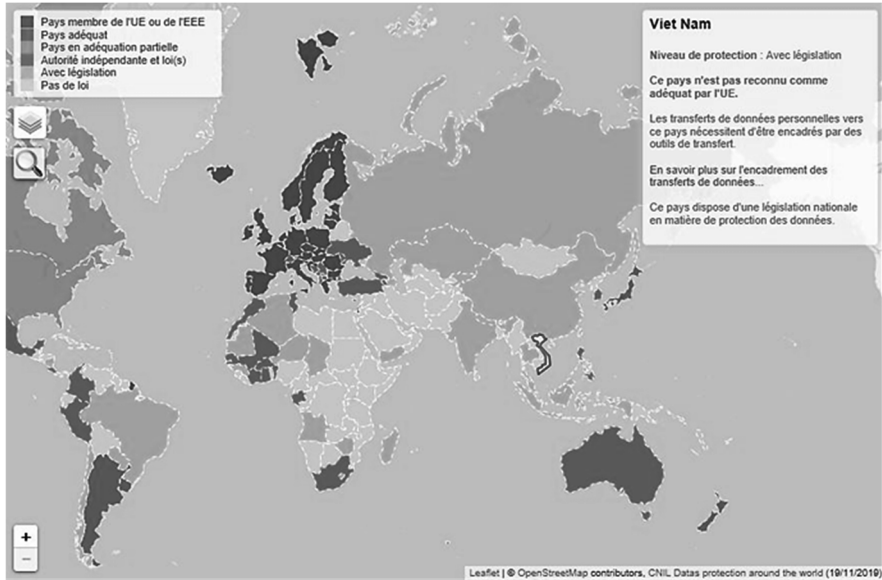


Figure 4 : CNIL, Carte de la protection des données dans le monde de la CNIL, consultable sous : <<https://www.cnil.fr/fr/la-protection-des-donnees-dans-le-monde>> (consulté le 31 octobre 2020).

## 5. Jusqu'à quand ?

Dans cette étape, il faut indiquer, pour chaque catégorie de données personnelles, la durée de conservation de ces données.

Ces informations sont loin d'être simples à établir car les durées de conservation des données peuvent varier d'un pays à l'autre, lorsque l'entreprise est de dimension internationale, mais aussi d'une catégorie de données à l'autre ou d'une finalité à l'autre. À titre d'exemple, l'organisme ne conservera pas les données des collaborateurs selon les mêmes règles que les données des clients ou des prospects.

Il peut arriver qu'à défaut de pouvoir définir une durée de conservation des données, il soit nécessaire d'identifier le(s) critère(s) utilisé(s) afin de déterminer ladite durée.

À noter toutefois que, dans la pratique, le contexte d'exploitation peut faire varier la durée de conservation. Par exemple un litige en cours gèlera la

suppression des données concernées parce que des intérêts légitimes prépondérants le justifient. Il est donc indispensable de modéliser toutes les exceptions possibles et d'implémenter les mécanismes qui empêcheront la suppression de certaines données que l'entreprise doit absolument conserver.

## 6. *Comment ?*

Pour terminer, il est fondamental de décrire toutes les mesures techniques et organisationnelles prises pour garantir la sécurité de l'information et minimiser les risques d'accès non autorisés aux données et donc d'impact sur la vie privée des personnes concernées.

Après avoir très brièvement abordé les grandes questions auxquelles le registre des activités de traitement répond, nous pouvons affirmer que réussir une bonne cartographie des traitements des données peut s'avérer long et fastidieux. Qui plus est, l'approche et la gestion sont primordiales car il s'agira d'inscrire cette cartographie dans le temps.

Cet inventaire des traitements de données, qui se veut exhaustif, doit être tenu à jour régulièrement grâce à la définition d'une méthodologie dont la rigueur sera proportionnelle à la complexité du système d'information. En effet, le registre des activités de traitement doit être un document dynamique et continuellement représentatif de la réalité du système d'information ; c'est un document de référence de l'entreprise garantissant sa conformité en matière de protection des données.

Sans méthodologie aucune, cet inventaire deviendra rapidement obsolète, inutilisable et incomplet, notamment lorsqu'il faudra répondre à une demande d'accès aux données de la part d'une personne concernée, ce qui exposera l'entreprise à un risque de non-conformité aux exigences légales. À l'inverse, si cet outil capital est bien bâti, l'entreprise sera capable d'extraire de ce registre des activités de traitement la partie contenant les informations complètes de la personne exerçant son droit d'accès.

À ce stade de notre réflexion, nous avons maintenant pris la mesure des deux « résultats » concrets attendus lors d'un exercice du droit d'accès, à savoir la transmission :

- des données personnelles en possession du responsable du traitement ; et
- des informations liées aux traitements réalisés avec les données collectées (but du traitement, bases juridiques du traitement, catégories de données traitées, participants au fichier et destinataires des données).



Ainsi, pour répondre efficacement à une telle demande administrative, il sera nécessaire d'appliquer de bonnes pratiques qu'il faudra mettre en place et déployer dans l'entreprise. C'est l'objet du dernier thème que nous traiterons.

### III. La gestion d'une demande de droit d'accès

La gestion « administrative » d'une demande de droit d'accès, par les personnes dont les données personnelles sont traitées, doit être formalisée et diffusée à l'ensemble des collaborateurs concernés par le biais d'une procédure expliquant clairement les thèmes suivants :

- le respect des exigences légales en matière de protection des données ; et
- le processus et traitement d'une demande d'accès aux données.

Ces explications sont indispensables, sans quoi, après avoir été réceptionnées, les demandes risquent fort de voyager d'un département démuné à un département encore plus démuné, dans l'espoir déçu que quelqu'un sache enfin quoi faire de cette requête « bizarre ». Le corollaire de ce type de situation est de commencer enfin à traiter la demande alors que le délai légal pour y répondre est déjà dépassé.

De plus, sans un processus clair de définition des rôles et des responsabilités, l'entreprise risque fortement de ne pas répondre correctement à cette demande et encore moins dans le délai de trente jours prévu par la loi.

#### A. Respect des exigences légales en matière de protection des données

En introduction de la procédure, il est fondamental d'expliquer aux collaborateurs que « conformément à la loi fédérale sur la protection des données toute personne a le droit de savoir quelles données la concernant sont enregistrées, et peut – si nécessaire – les faire effacer ou rectifier. Ce droit d'accès permet à chacun de garder le contrôle des données récoltées à son sujet »<sup>15</sup>.

Il est déterminant que chaque collaborateur sache « reconnaître » une demande de droit d'accès – tous les demandeurs n'utilisent pas le modèle fourni par l'autorité compétente ou il peut s'agir d'une demande spécifique d'informations – et déclenche immédiatement les actions idoines, ayant compris l'obligation légale de fournir une réponse rapide et complète au demandeur, à

<sup>15</sup> PFPDT, Le droit d'accès, <[https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/generalites/le-droit-d\\_acces.html](https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/generalites/le-droit-d_acces.html)> (consulté le 31 octobre 2020).

moins évidemment qu'un motif légal n'exige une rétention partielle ou totale des informations.

En cas de doute, chaque collaborateur doit pouvoir se référer au processus établi ou s'adresser dès que possible à la personne en charge du processus qui lui indiquera la marche à suivre.

Dans tous les cas, le collaborateur s'abstiendra de refuser une demande d'accès de sa propre initiative, tout comme il évitera d'y répondre spontanément en pensant bien faire.

À titre d'exemple, lors de votre prochain passage dans un kiosque qui utilise un système de vidéosurveillance, demandez de pouvoir accéder aux images qui ont été prises de vous et vous constaterez à quel point les collaborateurs du kiosque ne sont pas au courant de vos droits et des responsabilités qui leur incombent.

Il est donc primordial de modéliser le processus de gestion d'une demande de droit d'accès et de le déployer soigneusement afin que toutes les parties prenantes comprennent et sachent comment procéder. Dans la prochaine section nous proposerons quelques suggestions pour établir un solide processus.

## B. Processus et traitement d'une demande d'accès aux données

Il s'agit maintenant d'établir un processus, aussi simple que possible, pour enregistrer l'ensemble du traitement d'une demande d'accès afin de vous assurer non seulement que vous respectez vos obligations, mais aussi que vous pouvez le prouver à tout moment.

Ce processus, dont la durée ne peut excéder 30 jours en temps normal, peut contenir les étapes principales suivantes, que nous décrirons comme suit :

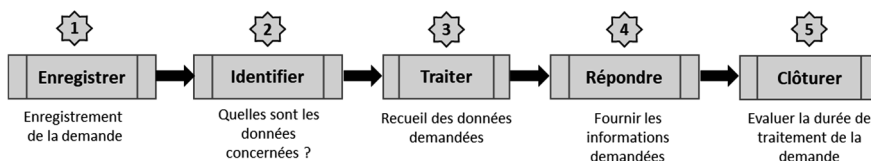


Figure 5 : Processus

## 1. Enregistrer

Cette phase d'enregistrement est loin d'être anecdotique. Elle doit définir les exigences d'une demande et ses modalités de traçage.

Le responsable du traitement peut s'appuyer sur les articles 1 et 13 de l'OLPD qui règlent les modalités d'exercice du droit d'accès en ce qui concerne la manière d'introduire une demande d'accès.

D'autres informations précieuses pourront être trouvées à ce sujet dans le Commentaire de l'Office fédéral de la justice à l'appui de l'OLPD, notamment au point 3.1 qui indique ce qui suit : « *La personne concernée doit le faire par écrit et justifier de son identité, notamment en joignant une photocopie de sa carte d'identité. Elle n'a pas à produire une pièce d'identité si elle peut être identifiée d'une manière différente. Ainsi, il va sans dire que si la personne concernée est connue du maître du fichier, elle n'a pas à justifier plus avant de son identité* »<sup>16</sup>.

Cette vérification de l'identité est importante car le droit d'accès est un droit strictement personnel et a pour objectif d'empêcher qu'un tiers accède aux informations d'une autre personne.

Il faut alors vérifier que la demande vient bien de la personne voulant accéder à ses propres données personnelles. Il existe trois exceptions à cette règle :

- les parents d'un mineur ou le détenteur de l'autorité parentale qui vont faire la démarche.
- le tuteur ou le curateur d'une personne concernée qui est sous tutelle ou curatelle ;
- la consultation des données d'une personne décédée est accordée lorsque le requérant justifie d'un intérêt à la consultation et qu'aucun intérêt prépondérant de proches de la personne décédée ou de tiers ne s'y oppose. Un intérêt est établi en cas de proche parenté ou de mariage avec la personne décédée.

À noter enfin que la personne concernée peut solliciter un tiers de son choix pour exercer son droit d'accès. Dans ce cas, la personne choisie doit justifier de son identité et de celle du demandeur. De plus, la forme écrite n'est pas requise. Dans certains cas, par exemple lors d'une demande de consultation d'un dossier du personnel, la forme orale peut suffire. C'est bien au responsable du traitement des données de décider s'il exige néanmoins la forme écrite. Par

<sup>16</sup> Commentaire de l'OFJ à l'appui de l'ordonnance du 14 juin 1993 (état au 1<sup>er</sup> janvier 2008) relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD), ch. 3 (cité : OFJ, commentaire).

contre, si la demande est formulée sur place et que le responsable du traitement ne peut pas y répondre tout de suite, il doit au moins accuser réception de la demande en la datant et signant, ou, si ce n'est pas suffisant au regard de la procédure de l'entreprise, demander à la personne concernée d'adresser une demande écrite accompagnée d'une pièce d'identité.

Lors de cette première phase, il est donc absolument nécessaire d'enregistrer une nouvelle demande dans un « journal des demandes de droit d'accès » prévu à cet effet afin d'avoir un historique provisoire des personnes ayant souhaité faire valoir leur droit d'accès et un statut à jour de toutes les demandes (quand, qui, quoi, comment, pourquoi (lorsque c'est explicite), demande traitée par qui, statut de la demande, *etc.*).

L'enregistrement de la demande permettra par exemple de vérifier si une personne concernée a déjà fait valoir son droit d'accès par le passé, combien de fois ou encore dans quelles circonstances ou si, tout simplement, il y a déjà une procédure d'accès aux données en cours.

Dans certains cas, l'entreprise peut constater un excès du droit d'accès et à juste titre refuser d'y répondre une énième fois, lorsque manifestement il s'agit d'une demande d'accès abusive (par exemple : un quérulent) ou y répondre en exigeant un émolument.

En effet, tel que le précise l'Office fédéral de la justice, un émolument peut être exceptionnellement exigé, notamment si : « *la personne concernée a déjà obtenu les renseignements dans les douze mois précédents. Par cette disposition, on veut éviter des demandes d'accès abusives et chicanières. Le maître du fichier ne peut toutefois pas exiger d'émolument si la personne concernée justifie d'un intérêt digne de protection en invoquant notamment le fait que les données ont entre-temps été modifiées sans qu'elle en ait été informée* »<sup>17</sup>.

Cette étape d'enregistrement doit aussi permettre de vérifier si d'autres facteurs pourraient restreindre partiellement ou totalement l'accès aux données.

La phase d'enregistrement peut aussi révéler un manque d'information ou exiger parfois quelques clarifications. À tout le moins, il convient déjà d'accuser réception de la requête, demander les informations éventuellement manquantes ou des clarifications, informer d'un éventuel émolument si la demande se révèle particulièrement complexe, ou annoncer pourquoi la demande d'accès est refusée, restreinte ou différée, conformément à ce qu'indique la LPD, à son article 9 alinéas 1, 4 et 5 :

<sup>17</sup> OFJ, commentaire (note 16), ch. 3.

### **Article 9 LPD (Restriction du droit d'accès)**

<sup>1</sup> *Le maître du fichier peut refuser ou restreindre la communication des renseignements demandés, voire en différer l'octroi, dans la mesure où :*

- a. *une loi au sens formel le prévoit ;*
- b. *les intérêts prépondérants d'un tiers l'exigent.*

[...]

<sup>4</sup> *Un maître de fichier privé peut en outre refuser ou restreindre la communication des renseignements demandés ou en différer l'octroi, dans la mesure où ses intérêts prépondérants l'exigent et à condition qu'il ne communique pas les données personnelles à un tiers.*

<sup>5</sup> *Le maître du fichier doit indiquer le motif pour lequel il refuse de fournir, restreint ou ajourne les renseignements.*

De manière plus pragmatique, il est souvent beaucoup plus simple de téléphoner à la personne concernée ou à son représentant pour parler de la demande. Ce type de démarche permet souvent de gagner un temps précieux et cadrer le réel besoin du demandeur et/ou parfois même de comprendre son état d'esprit et ses motivations premières.

## *2. Identifier*

Cette phase exige d'identifier toutes les données concernées par la demande et les détails inhérents à leur traitement. Ainsi, l'énorme travail préalable de gouvernance de l'information et de registre des activités de traitements s'avérera indispensable pour déterminer le périmètre précis de la demande.

Lors de cette étape d'identification, le responsable du traitement des données pourra constater qu'une demande peut être particulièrement complexe et, dans de très rares situations, exiger un émolument. Si tel devait être le cas, le responsable du traitement devra annoncer au demandeur qu'un montant équitable sera exigé de lui afin de couvrir une partie des frais occasionnés.

Pour rappel, les dispositions en Suisse sont les suivantes à ce sujet : « *Le montant exigé doit cependant être raisonnable afin de ne pas être dissuasif pour la personne concernée. Il doit permettre de couvrir une partie des frais occasionnés, mais ne doit en aucun cas dépasser CHF 300.–. Cette limite est nécessaire, car selon la complexité du système, l'octroi du renseignement pourrait atteindre des sommes plus élevées afin de respecter le principe de la couverture des frais. Les termes de « montant équitable » désignent la redevance que l'on demande à l'intéressé et non le coût réel de l'opération. Avant qu'un tel montant ne soit prélevé, la personne concernée doit en être informée et avoir la possibilité de retirer sa demande ou de contester le montant*

*exigé : le maître du fichier qui exige une participation doit en motiver les raisons. Lorsqu'un organe fédéral estime être en droit de prélever un émolument conformément à l'article 2, alinéa 1, la personne concernée peut exiger une décision sujette à recours conformément à l'article 25 LPD »<sup>18</sup>.*

À ce stade, il est nécessaire d'avoir prédéfini, d'une part, les personnes de contact dans les départements concernés de l'entreprise à qui adresser la demande et, d'autre part, le délai de réponse.

Ces collaborateurs auront d'abord été dûment formés sur le processus de gestion des demandes d'accès aux données et sauront parfaitement restituer dans le format requis les informations qui conviennent en temps et en heure.

Il est impératif aussi d'identifier dans cette phase le(s) éventuel(s) sous-traitant(s) à qui l'entreprise a peut-être délégué une partie ou la totalité d'un traitement des données et qui doit/doivent aider le responsable du traitement à répondre à ses obligations en matière de droit d'accès.

Par exemple : un employeur pourrait demander au sous-traitant à qui il a délégué la gestion des accès aux bâtiments de l'entreprise son appui afin de fournir aux collaborateurs qui en feraient la demande les données d'accès aux différents locaux « sous une forme accessible ». C'est là qu'on appréciera grandement d'avoir établi un registre des activités des traitements des données contenant pour chaque finalité (et sous-finalité) la liste exhaustive de tous les sous-traitants avec qui l'entreprise partage ses données personnelles (*cf. supra* II.B.1). Il est important de préciser aussi que les relations contractuelles avec les sous-traitants doivent inclure l'obligation de ces derniers de mettre tout en œuvre pour aider le responsable du traitement des données à traiter les demandes des personnes concernées dans les meilleurs délais.

Dans la pratique, le registre des activités de traitement doit impérativement permettre de savoir si les données personnelles du demandeur d'accès sont traitées par un ou plusieurs responsable(s) de traitement des données. Par exemple, un collaborateur qui exerce son droit d'accès sur toutes ses données personnelles sera peut-être aussi client du service rendu ou des produits fournis par l'entreprise qui l'emploie, et pourquoi pas, en même temps, locataire de l'un des appartements du parc immobilier de l'entreprise. Il faudra donc solliciter plusieurs responsables de traitement des données figurant dans le registre des activités.

Dans un tel cas de figure, il est impératif que l'entreprise puisse démontrer que les données personnelles traitées par des responsables de traitement différents pour des finalités distinctes ne doivent en aucun être partagées entre les responsables de traitement des données sauf si des transferts de données sont formellement prévus, parfaitement justifiés, communiqués de façon

<sup>18</sup> OFJ, commentaire (note 16), ch. 3.2.

transparente aux personnes concernées, mais aussi et surtout couverts par le consentement de la personne concernée. Certaines demandes d'accès aux données personnelles visent justement à vérifier l'imperméabilité des environnements entre responsables de traitement.

### 3. Traiter

Cette phase est entre les mains des personnes de contact sollicitées au chiffre 2. Il serait judicieux de former plusieurs personnes par département. Ainsi, en cas d'absence d'une personne de contact (vacances, maladie ou départ immédiat d'un collaborateur) les délais seront néanmoins respectés et la demande d'accès ne sera pas « bloquée » par une personne en particulier.

Attention, les documents à fournir ne devront contenir que des données personnelles de la personne qui en a fait la demande. En aucun cas, d'autres données personnelles que celles du demandeur ne devront apparaître dans ces documents. Le responsable du traitement des données utilisera dès lors la technique de « caviardage » afin de ne pas révéler les données personnelles d'un tiers ou faire connaître des informations devant être protégées à cause d'un intérêt prépondérant.

La vérification et la relecture des documents à transmettre révéleront parfois de très mauvaises surprises. Par exemple, un collaborateur d'un *call center* qui enregistre un commentaire subjectif au sujet d'un client dans le champ libre du logiciel prévu à cet effet : « *Le client était complètement hystérique et a exigé qu'on le rembourse immédiatement* ». Ou un *manager* des ressources humaines qui colle un post-it inapproprié ou inscrit directement sur le certificat médical d'un collaborateur une note personnelle : « *Absence douteuse et inacceptable ...* ». Ces deux exemples illustrent toute l'importance de former et sensibiliser tous les collaborateurs de l'entreprise à la protection des données, leur rappelant qu'il est impératif de s'en tenir strictement à des faits objectifs, car toutes ces informations sont potentiellement destinées à être consultées par la personne concernée si elle en fait la demande.

Lorsque ce travail de traitement de l'information est particulièrement complexe et que le délai légal des 30 jours sera visiblement dépassé, le responsable du traitement doit en informer le demandeur dans un délai maximal d'un mois et justifier ce retard tout en lui indiquant le délai dans lequel interviendra la réponse.

À noter que cette phase de traitement de la demande, c'est-à-dire le rassemblement des informations à fournir, peut être optimisée en automatisant tout le processus. Ceci permettra d'une part d'offrir aux personnes concernées l'accès à leurs données personnelles par le biais d'un moyen simple et rapide,

et d'autre part, consentira au responsable du traitement de substantielles économies à chaque demande.

Dans la pratique, dès que faire se peut, nous conseillons vivement d'estimer le coût moyen d'une réponse à une demande d'accès aux données, qui peut surprendre par son exorbitance. Effectivement, certaines entreprises sont plus sujettes que d'autres à ces demandes et doivent rapidement évaluer le gain d'une automatisation du processus.

#### 4. Répondre

Une fois que toutes les informations sont réunies, il s'agit maintenant de les transmettre au demandeur.

Mais comment présenter les données ?<sup>19</sup> La CNIL indique que « *les éléments communiqués doivent être aisément compréhensibles. Les codes, les sigles et les abréviations utilisés doivent être expliqués (éventuellement par le biais d'un lexique). Par exemple, « Segmentation : A+ » signifie que vous êtes considéré comme un client VIP* »<sup>20</sup>.

D'autre part, la CNIL détaille aussi clairement les modalités de la communication des données, à savoir : « *Les demandes peuvent être faites sur place ou par écrit (voie postale ou électronique). Si la demande est formulée sur place et que vous ne pouvez pas y apporter une réponse immédiatement, vous devez remettre au demandeur un avis de réception daté et signé. Si la demande est formulée par voie électronique, les informations sont fournies sous une forme électronique d'usage courant, à moins que la personne concernée ne demande qu'il en soit autrement (article 12.3). Dans ce cas, attention aux modalités de transmission des informations qui doivent se faire*

<sup>19</sup> Dans son « Guide relatif aux droits de la personne concernée en matière de traitement des données personnelles », le PFPDT indique que « *la demande d'accès et la communication des renseignements demandés peuvent être faites par voie électronique pour autant que le maître du fichier le prévoie expressément et qu'il prenne des mesures adéquates afin d'assurer l'identification de la personne concernée et de protéger les données de la personne concernée de tout accès de tiers non autorisés lors de la communication des renseignements (art. 1 al. 2 OLPD)* ». Le guide peut être consulté à l'adresse suivante : <[https://www.edoeb.admin.ch/dam/edoeb/fr/dokumente/2014/10/leitfaden\\_ueber\\_direchtederbetroffenenpersonenbeiderbearbeitung.pdf.download.pdf/guide\\_relatif\\_auxdroitsdelapersonneconcerneeenmatieredetraitemen.pdf](https://www.edoeb.admin.ch/dam/edoeb/fr/dokumente/2014/10/leitfaden_ueber_direchtederbetroffenenpersonenbeiderbearbeitung.pdf.download.pdf/guide_relatif_auxdroitsdelapersonneconcerneeenmatieredetraitemen.pdf)> (consulté le 31 octobre 2020).

<sup>20</sup> CNIL, Respecter les droits des personnes – Comment présenter les données. La page web est accessible à l'adresse suivante : <<https://www.cnil.fr/fr/respecter-les-droits-des-personnes>> (consulté le 31 octobre 2020).



de manière sécurisée. Si la demande est faite par écrit et que vous avez besoin de précisions ou de compléments pour y répondre, vous devez prendre contact avec le demandeur (courrier postal ou électronique). Si vous envoyez les données personnelles par voie postale, il est souhaitable de le faire par le biais d'un courrier recommandé avec accusé de réception. Si les données sont communiquées par clé USB, vous pouvez remettre la clé USB en main propre à la personne qui vous a saisi ou l'envoyer par courrier. Vous devez prendre des mesures appropriées pour protéger les données contenues sur ce support, en particulier s'il s'agit de données sensibles. Afin d'éviter que ces données soient accessibles à tous, il est ainsi possible de les chiffrer. Le code de déchiffrement devra alors être communiqué dans un autre courrier ou par un autre moyen (SMS, courriel, ...) »<sup>21</sup>.

À noter que les entreprises qui ont automatisé leur processus pourront offrir aux personnes concernées la possibilité d'effectuer leur demande directement en ligne et recevoir la réponse automatiquement et rapidement. À titre d'exemple, *Facebook* permet aux utilisateurs de sa plateforme d'accéder à leurs informations *Facebook* et de les télécharger<sup>22</sup> :

<sup>21</sup> CNIL, Professionnels : comment répondre à une demande de droit d'accès ? La page web est accessible à l'adresse suivante : <<https://www.cnil.fr/fr/professionnels-comment-repondre-une-demande-de-droit-daccs>> (consulté le 31 octobre 2020).

<sup>22</sup> Les utilisateurs de *Facebook* peuvent télécharger leurs informations personnelles à l'adresse suivante : <<https://fr-fr.facebook.com/help/contact/2032834846972583>> (consulté le 31 octobre 2020).

The image shows a web form titled "Accéder à vos informations Facebook et les télécharger". The form contains the following text and elements:

- Accéder à vos informations Facebook et les télécharger**
- Facebook vous fournit les moyens d'accéder à vos informations, de les télécharger et de les transférer vers un autre service.
- Accéder à vos informations**  
Vous pouvez accéder à vos informations Facebook, notamment à vos photos, vos publications, vos réactions et vos commentaires à l'aide de l'outil Accéder à vos informations.
- Télécharger vos informations**  
Vous pouvez également télécharger une copie de vos données Facebook à l'aide de l'outil Télécharger vos informations : Vous pouvez choisir de les recevoir dans un format HTML facile à visualiser ou dans un format JSON pour les transférer à un autre service.
- Depuis l'outil Télécharger vos informations :
  1. Accédez à l'onglet Nouveau fichier.
  2. Sélectionnez une plage de dates.
  3. Sélectionnez un format de fichier et une préférence pour la qualité.
  4. Sélectionnez les types d'informations à inclure dans votre fichier.
  5. Cliquez sur Créer un fichier.
- Le téléchargement de vos informations est un processus protégé par un mot de passe et accessible uniquement par vous. Une fois que vous avez créé un fichier, il sera disponible au téléchargement pendant quelques jours.
- Notre Politique d'utilisation des données contient plus de précisions sur la manière dont nous recueillons et utilisons vos informations. Elle indique également comment elles sont partagées et combien de temps nous les conservons.
- Si vous n'avez pas de compte Facebook, sélectionnez l'option Cela ne répond pas à ma question.
- This doesn't answer my question
- Envoyer

Figure 6 : Option d'accès aux informations mis à disposition par Facebook à ses utilisateurs

## 5. Clôturer

Toutes les informations nécessaires pour répondre à la demande d'information doivent être consignées dans un « journal des demandes de droit d'accès », ce qui permet d'avoir une visibilité complète du processus du traitement de la réponse et de mesurer la gestion des délais fixés par la loi. L'objectif est d'être en capacité de documenter et de prouver ce qui a été fait et à quel moment.

Afin d'être le plus efficace possible, il serait utile de créer des modèles de courriels ou de lettres qui, par exemple, accusent réception de la demande, qui demandent la validation de l'identité du demandeur, qui annoncent un délai supplémentaire pour un dossier complexe, afin de pallier toute éventualité.

Pour terminer cette partie, nous dirons qu'avoir un processus simple, clair et bien communiqué est essentiel. L'amélioration de ce processus est réalisable à condition d'être en mesure de le piloter grâce à des indicateurs clés de performance précis, plus connus sous leur appellation anglaise de *Key Performance Indicators* (ci-après : « *KPI's* »). Par conséquent, il est indispensable de fixer des délais clairs aux parties prenantes, vérifier le respect de ces délais, documenter les cas où ils seraient dépassés et implémenter des mesures correctrices pour que cela ne se reproduise pas. Ces *KPI's* permettront

de suivre l'amélioration du processus, en augmentant son efficacité et son efficience.

#### IV. Conclusion

Cette contribution « pratique » a eu pour objectif d'expliquer comment un responsable du traitement des données personnelles doit s'organiser et quelles mesures il est indispensable de prendre pour répondre concrètement, exhaustivement et correctement à une demande d'accès aux données.

Évidemment, comme nous l'avons constaté, d'une entreprise à une autre, la situation peut varier considérablement et l'ampleur des mesures à implémenter peut différer grandement. Dans tous les cas, le bon sens, la bonne foi et une excellente organisation doivent prévaloir pour offrir aux personnes concernées une réponse claire à un droit aussi fondamental que celui du droit d'accès aux données personnelles.

Les entreprises fortement sollicitées par des demandes d'accès aux données doivent impérativement comprendre pourquoi elles sont davantage sujettes à ces requêtes que d'autres entreprises ou concurrents.

Nous l'avons vu, améliorer la relation client a pour effet de diminuer les demandes. Un autre moyen fort pour répondre aux obligations légales, mais surtout pour établir une relation de confiance avec les personnes concernées consiste à communiquer efficacement sur ce thème. En effet, des documents essentiels comme la *privacy notice* ou politique de confidentialité, la *cookie policy* et le règlement de traitement des données, publiés sur le site web de l'entreprise, permettent d'expliquer simplement et avec une grande clarté les traitements réalisés avec les données collectées et les droits des personnes concernées.

Dans un récent passé, ces documents étaient écrits par des juristes, pour des juristes. Aujourd'hui, grâce notamment à l'entrée en application du RGPD le 25 mai 2018, ces documents sont enfin et véritablement destinés aux personnes concernées qui ont le droit de savoir exactement ce que les entreprises font de leurs données et peuvent ainsi faire valoir leurs droits fondamentaux et décider du sort de leurs données personnelles. Dès lors, cette communication efficace constituera un moyen puissant pour informer et surtout rassurer les personnes concernées qui prennent désormais le temps et la peine d'examiner ces documents.

Ce chapitre aura sans doute aussi permis de réaliser à quel point le droit d'accès est représentatif d'une complexité grandissante de la gestion de la protection des données en entreprise. La complexité de ce sujet et la compréhension qui doit en résulter ne peuvent reposer sur un seul collaborateur

« super-héros » ou sur un seul département qui, malgré lui, en hériterait la responsabilité.

Fondamentalement, nous pouvons donc affirmer que réussir l'implémentation de la protection des données dans une entreprise est le résultat d'une approche holistique d'un sujet complexe, résultat bâti sur des compétences pluridisciplinaires. Et dans un tel contexte, la réponse correcte à une demande d'accès aux données personnelles n'en sera que l'éclatante confirmation.

---

# Le droit d'accès aux documents officiels

Bertil COTTIER

Professeur honoraire, Université de Lausanne

## Tables des matières

I.	Introduction.....	139
II.	Le contexte du droit d'accès .....	141
	A. Le contexte socio-politique .....	141
	B. Le contexte institutionnel .....	144
	C. Le contexte normatif.....	146
	1. Un ancrage constitutionnel faible.....	146
	2. La précarité du cadre juridique international contraignant.....	147
III.	Les conséquences systémiques du renversement du paradigme du secret.....	150
	A. Présomption de publicité .....	150
	B. Minimisation du secret .....	151
	C. Maximalisation de la publicité.....	154
	D. Un véritable statut de l'information.....	155
	1. Mesures de classification .....	156
	2. Conventions de confidentialité.....	156
	3. Promesses de confidentialité .....	157
IV.	Perspectives d'avenir .....	157
V.	Bibliographie .....	160
	A. Littérature .....	160
	B. Documents officiels.....	161

## I. Introduction

Le 18 juin 2009, le Comité directeur pour les droits de l'Homme (CDDH) du Conseil de l'Europe quittait temporairement son siège de Strasbourg pour gagner Tromsø, la métropole du Grand Nord norvégien. Un périple de quelque 3'000 kilomètres destiné à mettre un point final, après des années de négociations, à un projet de convention sur l'accès aux documents administratifs<sup>1</sup>. Au début de l'été, le jour règne sans partage au-delà du cercle polaire ; pour quelques semaines, l'obscurité, que l'on dit volontiers propice

<sup>1</sup> Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics, Série des traités du Conseil de l'Europe, n° 205. Ce texte est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2020, trois mois après le dépôt des instruments de ratification du dixième État membre (en l'occurrence, l'Ukraine qui a adhéré en août de la même année).

aux malversations et aux conspirations, n'est qu'un mauvais souvenir. Autant dire que la symbolique était forte !

L'instrument international que le CDDH a finalisé au pays du soleil de minuit a en effet pour but de renverser le paradigme du secret administratif par celui de la publicité ; autrement dit, de contraindre les autorités publiques à déployer leurs activités au su et au vu de tout un chacun. Et ce, en accordant aux citoyens le droit de consulter les dossiers de l'administration. Un droit subjectif dont le CDDH a tenu d'emblée à souligner le caractère primordial en ces termes : « *La transparence des organes de l'État est l'un des éléments clé de la bonne gouvernance et l'un des aspects qui révèle le mieux l'existence ou non d'une société véritablement démocratique et pluraliste, opposée à toute forme de corruption, capable de critiquer ceux qui la gouvernent et ouverte à la participation éclairée des citoyens dans les questions d'intérêt général* »<sup>2</sup>.

Cette convention n'a pas donné naissance au droit d'accès aux documents officiels. Des dizaines d'États de par le monde l'avaient déjà consacré auparavant, dans le sillage des deux pays pionniers en la matière que sont la Suède (1766)<sup>3</sup> et les États-Unis (1966)<sup>4</sup>. Dans notre pays, le canton de Berne, qui souhaitait rétablir la confiance de la population dans ses autorités après le scandale dit des « caisses noires » du Conseil-exécutif<sup>5</sup>, avait donné le signal du renversement de paradigme en 1993<sup>6</sup>. À ce jour, l'exemple bernois a été suivi par vingt autres cantons<sup>7</sup> et par la Confédération, laquelle adoptait en 2004, la Loi fédérale sur la transparence de l'administration<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> Rapport explicatif à la Convention de Tromsø, p. 2.

<sup>3</sup> *Tryckfrihetsförordningen* (loi organique sur la liberté de la presse), chapitre II.

<sup>4</sup> *Freedom of Information Act*, United States Code 552.

<sup>5</sup> Durant des années, le Conseil exécutif avait financé clandestinement les activités des partisans du maintien des districts jurassiens dans le canton de Berne. Ces crédits occultes – ils n'apparaissaient pas dans les comptes de l'État – avaient également servi à un tout autre but : offrir aux conseillers d'État bernois des séminaires prétendument de « *team building* » dans de luxueux palaces étrangers. La dénonciation publique de ces abus par un lanceur d'alerte avait plongé le canton de Berne dans une crise institutionnelle sans précédent, laquelle a débouché sur l'adoption, en 1993, d'une nouvelle constitution. Son art. 27 al. 3 dispose – une première en Suisse – que « *toute personne a le droit de consulter les documents officiels, pour autant qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose* ».

<sup>6</sup> Loi sur l'information du public du 2 novembre 1993, voir plus particulièrement les art. 27 à 31 (Information sur demande).

<sup>7</sup> Seuls Glaris, Lucerne, Nidwald, Obwald et Thurgovie n'ont pas encore institué de droit d'accès aux documents administratifs. Pour un aperçu comparatif du contenu des diverses législations cantonales sur la transparence, voir MEILLAND, p. 19 ss.

<sup>8</sup> Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans), RS 152.3.

La présente contribution n'entend pas analyser sous toutes ses coutures le droit d'accès aux documents publics. Contrairement au droit d'accès de la personne concernée à ses propres données, qui n'est qu'un volet, certes essentiel, des législations sur la protection des données, le droit qui nous occupe, est à lui seul l'alpha et l'oméga des lois sur la transparence de l'administration : ces dernières ne se contentent pas de faire bénéficier le citoyen d'une prérogative, mais en détaillent la mise en œuvre. Sont ainsi précisés le cercle des autorités soumises à la transparence, le cercle des documents accessibles, le cercle des informations dont la confidentialité se justifie encore et enfin la procédure d'accès. Faute de place, nous ne procéderons pas un examen approfondi de toutes ces composantes du droit d'accès ; qui plus est, pareil examen a déjà été fait<sup>9</sup>.

Nous nous concentrerons plutôt sur la portée et l'impact du droit d'accès. D'abord nous replongerons cette institution dans son environnement politique, social et légal ; une contextualisation qui nous permettra d'éclairer ses forces et ses faiblesses (II.). Ensuite, nous nous focaliserons sur les problèmes d'ordre conceptuel ou systémique que soulève l'exercice du droit d'accès (tel le fardeau de la preuve, l'interprétation restrictive des normes de secret ou encore les promesses de confidentialité) ; la jurisprudence, abondante, en a déjà réglé plusieurs ; mais d'autres demeurent encore ouverts (III.). Enfin, quelques considérations sur le futur de la transparence administrative mettront un terme à cette contribution (IV.).

## **II. Le contexte du droit d'accès**

### **A. Le contexte socio-politique**

Tromsø n'est pas Berne : la consécration du droit d'accès aux documents administratifs dans notre pays s'est faite dans une certaine indifférence : rares

<sup>9</sup> On renvoie notamment le lecteur aux deux commentaires de la LTrans : BRUNNER/MADER et MAURER-LAMBROU/BLECHTA. À cela s'ajoute des études toujours plus nombreuses afférentes à des problèmes spécifiques liés au droit d'accès, telle la notion de document officiel, l'exception de secret d'affaires, le secret défense, la protection de la vie privée ou encore la classification des informations confidentielles. Le lecteur trouvera dans la bibliographie les références à ces études.

sont les politiciens qui se sont félicités de l'avènement de la transparence<sup>10</sup>, encore plus rares sont les médias qui en ont fait leur une<sup>11</sup>.

Le peu d'enthousiasme du monde politique était attendu. Lors de l'adoption du droit d'accès, réticences et critiques avaient fusé : ici il était hors de question de renforcer des médias volontiers qualifiés de fouineurs, là on craignait de voir l'administration paralysée par une avalanche de demandes d'accès, ailleurs on redoutait que la protection de vie privée ne soit sacrifiée sur l'autel de la transparence. L'opposition avait été forte au niveau fédéral (rappel : la majorité du Conseil fédéral était contre) comme au niveau cantonal ; ainsi le parlement bernois n'aurait jamais fait œuvre de pionnier dans notre pays si sa présidente, appelée à départager des députés divisés en deux camps d'égale force, n'avait pas fait pencher la balance en faveur du renversement du paradigme du secret administratif.

L'accueil mitigé de la presse était en revanche moins attendu ; à l'étranger, ce sont en effet les journalistes qui formaient alors le gros du contingent des utilisateurs du droit d'accès. La frilosité des médias suisses pouvait s'expliquer par de profonds doutes sur l'utilité de ce nouvel instrument. Arguant du fait que leurs relations personnelles avec nombre de représentants des autorités publiques satisfaisaient amplement leurs besoins en informations, ils ne voyaient pas la nécessité de diversifier leurs sources. Ce désintérêt a été confirmé par la première évaluation la LTrans, conduite, trois ans après son entrée en vigueur, par l'Institut de hautes études en administration publique : « *Il ressort des tableaux et analyses que le nombre de demandes d'accès à des documents officiels est très faible pour la Suisse que ce soit en chiffres absolus et de manière comparative avec d'autres pays* »<sup>12</sup>.

Pareille indifférence appartient au passé. Si guère plus de 200 demandes d'accès avaient été recensées au niveau fédéral en 2009, leur nombre a fortement augmenté depuis, culminant à 905 demandes en 2019. Selon le

<sup>10</sup> À témoin ce constat désabusé de VOLLERY, p. 355 : « *Elle (la loi fribourgeoise sur l'information) ne couronne pourtant pas un « coup de foudre » : entre les premières demandes et l'aboutissement du projet, une quinzaine d'années se sont écoulées. Elle n'est pas non plus, si l'on en croit les travaux préparatoires, l'aboutissement d'une grande passion qui aurait mûri longuement et sereinement pour s'épanouir dans ce texte long d'une petite cinquantaine d'articles. On est donc plutôt en présence d'un mariage de raison, fondé sur la volonté de se conformer à la tendance générale (...)* ».

<sup>11</sup> Enthousiasme modéré aussi du côté des milieux académiques : les premiers temps, les contributions scientifiques traitant de cette thématique nouvelle se comptaient sur les doigts d'une main. La première publication significative en langue française fut le recueil de contributions sur la LTrans et les lois cantonales édité par FLÜCKIGER, *Mise en œuvre*.

<sup>12</sup> PASQUIER/MEILLAND, p. 17.



Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (ci-après : « le PFPDT »), la croissance n'est pas prête de s'arrêter : « *Il est probable que cette tendance se poursuivra dans les années à venir, d'autant plus que l'on observe une augmentation générale des attentes émanant des citoyens en matière de transparence, s'agissant de l'administration et du monde politique* »<sup>13</sup>. Même si de nombreuses demandes d'accès sont le fait de particuliers ou d'organisations de la société civile, la majorité d'entre-elles provient de la presse, laquelle s'est finalement rendue compte de la valeur ajoutée de la transparence administrative. En bref : les contacts personnels, c'est bien, la consultation directe des sources documentaires, c'est mieux.

Ce volte-face, on le doit avant tout aux journalistes d'investigation qui ont désormais fait du droit d'accès l'instrument privilégié de leurs recherches. Le site web « Loi sur la transparence »<sup>14</sup> en est la démonstration éclatante : animé par un consortium de professionnels de l'investigation, il réunit non seulement l'ensemble des législations fédérales et cantonales sur le droit d'accès aux documents administratifs, mais en rassemble aussi la jurisprudence ; en outre, il collectionne les plus remarquables enquêtes journalistiques menées à bien grâce au droit d'accès ; enfin, il prodigue aide et conseils aux collègues qui font leurs premières armes.

Le succès croissant rencontré par le droit d'accès auprès de la population et de la presse ne doit pas masquer une réalité plus sombre : au sein des autorités publiques, en particulier de l'administration, le droit d'accès reste controversé. S'il est facile de changer une loi, il s'avère plus difficile de changer des mentalités : nombre de fonctionnaires, et partant de services, demeurent animés par un esprit de fermeture (malgré l'accumulation des cours et séminaires destinés à faciliter leur transition vers la transparence). Cette résistance au renversement du paradigme du secret a été mise en lumière par la seconde évaluation de la LTrans, entreprise en 2015 : « *Während gemäss Einschätzung der Forschenden in der Mehrheit der in die Evaluation einbezogenen Behörden ein gewisser Kulturwandel stattgefunden hat, auch wenn dieser in einigen Fällen möglicherweise noch nicht alle Fachbereiche, Sektionen oder Abteilungen erreicht hat, gilt dies für eine Minderheit der Behörden eher nicht. Diese stellen sich auf den Standpunkt, dass an sich kein öffentliches Interesse besteht an Informationen, die über die (freiwillige oder gesetzlich vorgesehene) Kommunikation der Behörde hinausgeht ; es bestehen*

<sup>13</sup> PFPDT, rapport annuel pour 2019/2020, p. 65. Le rapport est accessible à l'adresse suivante : <<https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/documentation/rapports-d-activites/27--taetigkeitsbericht-2019-2020/epaper-tb-27.html>> (consulté le 31 octobre 2020).

<sup>14</sup> Site web « Loi sur la transparence » : <<https://www.oeffentlichkeitsgesetz.ch/>> (consulté le 31 octobre 2020).

*in diesen Behörden gewisse Widerstände gegen die Gewährung des Zugangs zu nicht publizierten amtlichen Dokumenten. Dazu muss beachtet werden, dass das BGÖ ein relativ junges Gesetz darstellt und Paradigmenwechsel in der Regel viel Zeit brauchen »<sup>15</sup>.*

## **B. Le contexte institutionnel**

Permettant au citoyen de participer en connaissance de cause à la vie publique d'une part et de contrôler l'action de l'État d'autre part, le droit d'accès est un important instrument juridique au service de la transparence des autorités publiques. Mais il n'est pas le seul : deux autres projecteurs font la lumière sur leurs activités. Il y a d'abord les règles qui régissent la communication active de l'État ; les unes définissent certains standards de qualité (telle l'obligation faite au Conseil fédéral d'informer sur ses projets et décisions « de manière cohérente, rapide et continue »<sup>16</sup>), les autres instituent des devoirs d'informer (ainsi, par exemple, les rapports d'enquêtes sur les nuisances grevant l'environnement doivent être rendus publics<sup>17</sup>). Il y a ensuite l'ensemble des normes qui régissent la communication accidentelle, autrement dit qui tendent à protéger les lanceurs d'alerte directement (interdictions des représailles à leur rencontre, garantie de leur anonymat) ou indirectement (secret rédactionnel).

Même s'ils concourent tous à la réalisation de l'objectif ultime de transparence, ces différents corps de règles demeurent hétérogènes. À l'exception du secret rédactionnel qui bénéficie d'une solide assise juridique (art. 17 al. 3 Cst. et art. 28a CP, à quoi s'ajoute une constante jurisprudence de la CourEDH<sup>18</sup>), les règles sur la communication active et celles sur la communication accidentelle sont encore peu développées dans notre pays : les devoirs d'information sont rares, la protection des lanceurs d'alerte faible. Cette précarité juridique contraste avec le droit d'accès. Reposant sur des législations

<sup>15</sup> VATTER, p. 131.

<sup>16</sup> Art. 10 al. 2 de la Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation de l'administration (RS 172.010).

<sup>17</sup> Art. 10e al. 1 de la Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (RS 814.01).

<sup>18</sup> Dernier exemple en date, arrêt CourEDH du 6 octobre 2020, *Jecker c. Suisse* (n° 35449/14), où la Cour souligne que « eu égard à l'importance que revêt la protection des sources journalistiques pour la liberté de la presse dans une société démocratique, l'obligation faite à un journaliste de révéler l'identité de sa source ne saurait se concilier avec l'article 10 de la Convention que si elle se justifie par un impératif prépondérant d'intérêt public (§ 41) ».

consistantes, il émerge comme le maillon fort de la transparence administrative ; fort, mais aussi et surtout fiable, car sa mise en œuvre ne dépend ni du bon vouloir des autorités publiques, ni de l'initiative d'un lanceur d'alerte plus ou moins bien intentionné.

Toujours sur le plan institutionnel, il y a lieu de préciser que le droit d'accès est conçu comme une prétention de base que tout un chacun peut revendiquer, peu importe ses qualités ou ses motivations ; en vertu du principe *access to one, access to all*<sup>19</sup>, un document officiel ne peut en effet être remis à une personne et refusé à une autre<sup>20</sup>. Rien n'empêche, au demeurant, le législateur de prévoir des régimes privilégiés, s'il s'avère justifié d'accorder à certaines catégories de personnes un droit de regard plus étendu. Il en va ainsi des députés dans le cadre de la haute surveillance du parlement sur l'administration, des parties à une procédure administrative ou encore de la personne concernée s'agissant de ses données personnelles<sup>21</sup>.

La question des accès privilégiés en raison de la personne ne doit pas être confondue avec celle des dispositions spéciales réservées. La LTrans, comme nombre des législations cantonales<sup>22</sup>, ne régit pas exhaustivement la consultation des documents administratifs ; aux termes de son article 4, les normes de secret ou de publicité particulières contenues dans d'autres lois (formelles, et non simplement matérielles) trouvent pleine et entière application, qu'elles aient été adoptées avant ou après l'entrée en vigueur de la LTrans ; et ce, conformément au principe général du droit qui veut que les lois spéciales priment sur les lois générales<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Sous-jacent à la LTrans, ce principe est énoncé à l'art. 2 de l'Ordonnance fédérale du 24 mai 2006 sur le principe de transparence dans l'administration (OTrans, RS 152.31), lequel prescrit que « l'accès accordé à une personne doit être accordé dans la même mesure à tout autre demandeur ».

<sup>20</sup> L'art. 9 OTrans prévoit que l'autorité requise doit traiter les demandes émanant de la presse sans retard en raison de l'impératif d'actualité inhérent aux activités médiatiques. Cette règle de priorité ne viole pas le principe *access to one, access to all*, car elle n'affecte pas l'étendue de l'accès, mais les modalités d'examen des requêtes d'accès.

<sup>21</sup> Voir par exemple et respectivement, l'art. 7 de la Loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (RS 171.10), l'art. 26 de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021) et l'art. 8 de la Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1).

<sup>22</sup> Notamment la Loi vaudoise du 24 septembre 2002 sur l'information (art. 15) et la Convention intercantonale des 8 et 9 mai 2012 relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (art. 69 al. 4).

<sup>23</sup> Pour plus de détails sur cette problématique, voir COTTIER, *Öffentlichkeitsgesetz*, Art. 4 BGÖ, pp. 80 ss.

## C. Le contexte normatif

### 1. Un ancrage constitutionnel faible

Au contraire du droit d'accès de la personne concernée à ses propres données, qui est une composante majeure du droit à l'autodétermination informationnelle protégé par l'article 13 alinéa 2 Cst.<sup>24</sup>, le droit d'accès à l'information ne bénéficie d'aucun ancrage constitutionnel. L'article 16 Cst. institue certes la liberté de diffuser et de recevoir des informations ; reste qu'il limite expressément la recherche d'informations « aux sources généralement accessibles », tels les séances des Chambres fédérales<sup>25</sup> ou le registre des traitements de données personnelles effectué par des organes fédéraux<sup>26</sup>. Cette restriction a été introduite au motif que la reconnaissance constitutionnelle d'un droit d'accès général aurait constitué un *novum* ; or la révision totale de la Constitution fédérale en 1999 devait se borner à une simple mise-à-jour du texte fondamental<sup>27</sup>.

L'immobilisme du constituant ayant été critiqué par la doctrine<sup>28</sup>, on aurait pu s'attendre à ce que le Tribunal fédéral déduise de la liberté d'expression un droit à l'information. Jusqu'à maintenant, il s'est toujours refusé de le faire<sup>29</sup>. Tout au plus a-t-il émis, récemment, quelques doutes sur le bien-fondé d'une approche aussi étroite à l'heure où la libre circulation de l'information est de plus de plus de mise ; il n'en a pas pour autant renversé sa jurisprudence<sup>30</sup>.

Si le droit d'accès souffre au niveau fédéral d'une assise constitutionnelle défectueuse, il n'en va pas de même au niveau cantonal : douze constitutions

<sup>24</sup> MEIER, N 31.

<sup>25</sup> Art. 158 Cst.

<sup>26</sup> Art. 11a LPD.

<sup>27</sup> MÜLLER/SCHNEFFER, p. 523. Pour une proposition de concrétiser dans la constitution fédérale un droit subjectif à l'accès aux documents administratifs, voir NUSPLIGER, p. 91 ss.

<sup>28</sup> SGK BV-KLEY, N 4 ad art. 16.

<sup>29</sup> ATF 129 I 249, consid. 3. Cet arrêt s'aligne sur une jurisprudence constante en la matière qui date d'avant la révision de la Constitution fédérale : « *Die Meinungsäusserungsfreiheit und die Pressefreiheit gewährleisten nach dem geltenden Verfassungsrecht demnach die Freiheit der Meinung, die Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten und Meinungen einschliesslich der Freiheit, sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten. Die von der Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit miteingeschlossene Informationsfreiheit verpflichtet die Behörden indessen nicht, Informationen bekanntzugeben* » (ATF 104 Ia 97).

<sup>30</sup> ATF 137 I 8, consid. 2.7.

cantonaux le consacrent pleinement<sup>31</sup> (quatre d'entre-elles précisent toutefois qu'une loi formelle en concrétisera la réalisation<sup>32</sup>). On relèvera en outre que la majorité des cantons rattachent le droit d'accès aux documents administratifs aux libertés fondamentales (le plus souvent en tant que composante particulière de la liberté de l'expression) ; seule une minorité le range dans les règles qui régissent le bon fonctionnement de l'administration publique.

## 2. La précarité du cadre juridique international contraignant

À l'entame de la présente contribution nous avons célébré la Convention de Tromsø sur l'accès aux documents administratifs, le seul instrument contraignant de droit international qui consacre le principe de publicité de l'administration. Même si cette convention se contente de définir des standards minimaux en la matière, « elle n'en constitue pas moins un signal fort : démocratie et secret ne vont pas de pair »<sup>33</sup>. Cela dit, force est de constater qu'aussi puissant soit-il, ce signal n'a pas encore été entendu en Suisse : notre pays n'a ni ratifié, ni même signé la Convention de Tromsø. Cette inaction ne doit pas être interprétée comme une marque de désamour, mais comme le désir de la Confédération de ne pas forcer la main des quelques cantons qui ne connaissent pas encore de législation sur la transparence.

La Convention de Tromsø ne trouvant pas (encore) application dans notre pays, le cadre juridique international pertinent se résume à un texte, certes très détaillé, mais de portée limitée : la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement<sup>34</sup>. Ce texte, dont la Suisse est partie prenante depuis 2014, institue un plein droit d'accès aux « informations sur l'environnement » ; cette expression doit être entendue dans un sens large,

<sup>31</sup> AR (art. 12 al. 3), AG (art. 72 al. 1), BE (art. 17 al. 3), BS (art. 56 al. 2), FR (art. 19 al. 2), NE (art. 18 al. 2), SG (art. 60 al. 1), SH (art. 47 al. 3), SZ (art. 45 al. 3), SO (art. 11 al. 3), VD (art. 17 al. 3) et ZH (art. 17).

<sup>32</sup> BS (art. 56 al. 3), NE (art. 18 al. 2 *in fine*), SO (art. 11 al. 3 *in fine*) et SG (art. 60 al. 2). On notera que si le droit d'accès est conçu comme une simple institution de bonne gouvernance administrative, son efficacité juridique est subordonnée à l'entrée en vigueur de la loi formelle destinée à en définir les contours. Voir l'arrêt B 2010/123 du 16 décembre 2010 du Tribunal administratif du canton de Saint-Gall : « *Entgegen der Ansicht von A. könne aus dem Informationsanspruch gemäss Art. 60 Abs. 1 KV und Art. 3 StVG kein direkter Anspruch auf Einsicht bzw. Herausgabe von amtlichen Dokumenten abgeleitet werden* ».

<sup>33</sup> COTTIER, p. 189.

<sup>34</sup> RS 0.814.07. Pour une présentation des tenants et aboutissants de la Convention d'Aarhus pour la Suisse, voir FLÜCKIGER, Transparence, p. 749 ss.

incluant les informations sur les éléments constitutifs de l'environnement (air, eau, terre, *etc.*), celles sur les facteurs qui impactent l'environnement (bruit, rayonnements, *etc.*) ainsi que celles sur la sécurité et la santé des êtres humains<sup>35</sup>. La convention ne se contente pas d'octroyer aux citoyens un droit subjectif à accéder à des documents administratifs, elle en détaille également les modalités de mise en œuvre (art. 4), en particulier les exceptions légitimes et la procédure qui gouverne le traitement des requêtes de consultation. L'article 10g de la Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement<sup>36</sup> implémente dans notre ordre juridique le droit d'accès aux informations environnementales, coordonnant notamment cette prérogative spéciale avec le droit général d'accès reconnu par la LTrans.

Cet état des lieux du droit international pertinent ne saurait se conclure sans qu'il soit fait mention de deux dispositions générales qui ont vocation à garantir la liberté de l'information : l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)<sup>37</sup> et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>38</sup>. La première disposition indique expressément que la liberté d'expression inclut le droit de rechercher des informations alors que la seconde est muette à ce sujet. Ce silence laisse-t-il supposer que le PIDCP serait plus efficace en matière de droit d'accès que la CEDH ? À première vue oui ; mais à y regarder de plus près, c'est non.

Non, parce que le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies a enjoint les États membres à réaliser le droit d'accès en légiférant en la matière ; ce qui laisserait accroître que l'article 19 PIDCP, à lui seul, n'institue pas un droit subjectif à l'information<sup>39</sup>. Non, aussi et surtout, parce que la Cour européenne des droits de l'Homme, se fondant sur une interprétation fonctionnelle de l'article 10 CEDH, en est venue à obliger les autorités à donner accès à un cercle toujours plus large d'informations. Aujourd'hui, ce cercle s'étend à toutes celles « *qui touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement, notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens*

<sup>35</sup> Pour une liste complète des informations qui tombent sous le coup de la Convention d'Aarhus, voir son art. 3 (définitions).

<sup>36</sup> RS 814.01.

<sup>37</sup> RS 0.103.2.

<sup>38</sup> RS 0.101.1.

<sup>39</sup> Observation générale 34/2011, chiffre 18. À cet argument il faut en ajouter un autre : la Suisse n'a pas ratifié le Protocole facultatif relatif au PIDCP ; partant, elle ne reconnaît pas les plaintes au Comité des droits de l'homme des Nations Unies émanant de particuliers, ce qui diminue l'impact de la PIDCP dans notre pays.

ou la vie de la collectivité »<sup>40</sup>. L'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ne touche pas seulement les catégories d'informations accessibles, mais aussi les catégories de personnes qui peuvent se prévaloir d'un droit d'accès. À l'origine, la Cour privilégiait les journalistes, en raison de la mission de chien de garde de la société qu'ils assument dans un système démocratique ; désormais tout citoyen, pour autant qu'il contribue un tant soit peu à l'information de la société (par exemple parce qu'il tient un blog ou discute activement sur les réseaux sociaux) peut prétendre à consulter les dossiers administratifs, à condition qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose<sup>41</sup>. Autant dire que l'on est à deux doigts de la consécration d'un droit d'accès aux documents administratifs<sup>42</sup>. L'ultime étape sera franchie lorsque ce droit sera rendu inconditionnel ; autrement dit sitôt qu'il ne sera plus subordonné à la démonstration d'un quelconque intérêt public, si minime soit-il. En bonne doctrine, le droit d'accès s'exerce en effet indépendamment des intentions, idéales ou égoïstes peu importe, du requérant<sup>43</sup> ; la simple curiosité suffit<sup>44</sup>.

Si la jurisprudence des juges de Strasbourg n'a aucune incidence sur les documents officiels qui sont accessibles en vertu de la LTrans, elle a, comme la convention d'Aarhus, un impact sur les informations qui échappent au champ d'application de cette loi. Tous deux consacrent en effet un droit de regard qui s'étend aux documents créés ou reçus avant l'entrée en vigueur de la LTrans (on rappellera que le renversement de paradigme opéré par la LTrans n'a aucun effet rétroactif<sup>45</sup>) ainsi qu'aux informations détenues par des corporations de droit public qui n'ont pas de pouvoirs décisionnels. Qui plus est, ce droit

<sup>40</sup> Arrêt CourEDH du 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie* (n° 18030/11), § 164.

<sup>41</sup> *Ibidem*, § 168.

<sup>42</sup> FLÜCKIGER/JUNOD sont d'avis que l'arrêt *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie* a créé pareil droit subjectif. C'est oublié que les juges de Strasbourg ont précisé que : « La Cour considère par ailleurs que l'article 10 n'accorde pas à l'individu un droit d'accès aux informations détenues par une autorité publique (...). » (§ 158).

<sup>43</sup> Pour avoir méconnu cette exigence, la loi sur la transparence d'Appenzell Rhodes-Extérieures (*Gesetz über Information und Akteneinsicht*, 1996) n'est pas considérée comme une législation sur la transparence proprement dite. Le fait que l'accès soit conditionné à la fourniture, par le requérant, de la preuve d'un intérêt légitime à consulter des documents de l'administration (art. 9) est en effet un défaut rédhibitoire.

<sup>44</sup> Ainsi le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies a souligné que « les informations devraient être obtenues sans qu'il soit nécessaire de faire la preuve d'un intérêt direct ou d'une implication personnelle. » (*Toktakunov c. Kirghizistan*, Communication 1470/2006, consid. 6.3).

<sup>45</sup> Art. 23 LTrans. Jusqu'à peu il en allait de même dans le canton de Fribourg ; cette limitation a été supprimée en 2016.

s'impose aux cantons qui ne connaissent pas encore la transparence administrative<sup>46</sup>.

### **III. Les conséquences systémiques du renversement du paradigme du secret**

Le renversement du paradigme du secret administratif et l'avènement d'un droit d'accès ont bouleversé les fondements mêmes du droit à l'information. Désormais, le caractère public des documents détenus par les autorités est présumé ; quant au secret administratif, il se voit réduit au strict nécessaire ; enfin, les législations sur la transparence ont privé tant l'administration que l'administré de toute emprise sur le statut, secret ou public, des documents officiels. Mais voyons cela de plus près.

#### **A. Présomption de publicité**

Sous le régime du secret administratif, les documents administratifs étaient tous présumés confidentiels. Partant, les citoyens n'y avaient pas accès, à moins qu'une disposition particulière ne permettait à tout un chacun d'en prendre connaissance ; ce qui était tout sauf fréquent<sup>47</sup>. Le renversement de paradigme opéré par les législations sur la transparence a pour conséquence d'inverser cet ordre des choses : désormais les documents officiels sont présumés publics. À moins qu'une norme spéciale – telle l'interdiction de consulter les listes de signataires de demandes de référendum<sup>48</sup> – n'impose le secret, tout document est accessible.

La présomption de publicité des documents officiels a substantiellement impacté la mise en œuvre du droit d'accès : le fardeau de la preuve incombe maintenant à l'autorité requise<sup>49</sup>. Celle-ci doit démontrer que le document requis tombe sous le coup de l'une ou l'autre des exceptions à la transparence

<sup>46</sup> Art. 10 al. 4 *in fine* LPE : « si les cantons n'ont pas encore édicté de dispositions sur l'accès aux documents, la présente loi et la LTrans sont applicables par analogie. »

<sup>47</sup> Parmi les rares exemples, on citera la possibilité offerte par les législations fiscales des cantons de Berne, Vaud et Uri de consulter les résultats des taxations des contribuables assujettis aux impôts directs cantonaux.

<sup>48</sup> Art. 64 al. 2 de la Loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques (RS 161.1).

<sup>49</sup> TF 1C\_14/2016 du 23 juin 2016, consid. 3.4 ; TF 1C\_222/2018 du 21 mars 2019, consid. 3.2. Voir aussi TAF A-2564/2018 du 5 août 2020, consid. 4.5.1.



posées par le législateur. Le requérant peut rester passif, car il ne lui appartient pas d'établir que le document requis est consultable.

Qu'en est-il en cas de doutes sur le caractère secret du document requis ? La logique voudrait que celui-ci, présumé public, soit purement et simplement accessible. Reste que le Tribunal fédéral a récemment rejeté ce point de vue<sup>50</sup>. Ce faisant, il a pris à contrepieds le PFPDT ainsi que la doctrine qui, à juste titre selon nous, proclamaient le principe *in dubio pro publico*<sup>51</sup>.

## B. Minimisation du secret

La consécration du paradigme de la transparence a fait de la publicité la règle, du secret l'exception. La réduction du secret à une singularité n'est pas sans conséquences sur la conception et l'interprétation des normes qui imposent l'occultation ainsi que sur le sort des documents partiellement confidentiels.

Du fait de leur caractère exceptionnel, les normes de secret devraient définir avec la plus grande minutie les biens protégés ou les dangers encourus en cas de divulgation. Or tel n'est pas le cas ; la plupart des normes de secret font référence à des intérêts publics ou privés esquissés à gros traits – tels la « sûreté de l'État », les « secrets d'affaires » ou encore la « politique extérieure » – ou à des risques très vaguement définis comme « entraver l'exécution de mesures concrètes d'une entité » ou « influencer le processus décisionnel d'une entité »<sup>52</sup>. Rares sont les normes de secret qui visent des situations concrètes ou des documents précis, telles « les prises de position dans le cadre de négociations en cours ou futures<sup>53</sup> » ou les notes obtenues par les élèves des écoles publiques<sup>54</sup> ou encore « les procès-verbaux des séances non publiques »<sup>55</sup>.

Si les clauses générales ont pour elles l'avantage de la flexibilité – elles peuvent s'adapter très facilement aux cas imprévus –, elles ont le défaut de

<sup>50</sup> TF 1C\_122/2015 du 18 mai 2015, consid. 2.5 ; TF 1C\_296/2015 du 18 mai 2015, consid. 3.6.

<sup>51</sup> KELLER/KÄMPFER, p. 101.

<sup>52</sup> Exemples tirés de l'art. 72 de la Convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel, lequel énumère les restrictions au droit général d'accès.

<sup>53</sup> Art. 8 al. 4 LTrans.

<sup>54</sup> Art. 9 du Règlement d'exécution du 5 septembre 2012 de la Loi tessinoise sur la transparence (*Regolamento della legge sull'informazione e sulla trasparenza dello Stato*).

<sup>55</sup> Art. 29 al. 1 let. b de la Loi fribourgeoise du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents.

favoriser les interprétations extensives tendant à surprotéger les intérêts menacés ou à prévenir des révélations inopportunes ou embarrassantes. Soucieux d'éviter que l'administration n'abuse du vaste pouvoir d'appréciation que lui laisse les clauses générales de secret, le Tribunal fédéral comme le PFPDT ont constamment rappelé que les normes de secret sont des exceptions qui doivent être interprétées restrictivement. À titre d'exemples, le premier a jugé que l'agenda électronique de l'ancien directeur d'*ArmaSuisse* n'était pas « un document destiné à l'usage personnel » échappant à la transparence aux termes de l'article 5 alinéa 3 LTrans<sup>56</sup> ; le second que la notion « de secret d'affaires » ne recouvre pas n'importe quelle information relative à une entreprise commerciale, mais seulement « *des données essentielles dont la prise de connaissance par la concurrence entraînerait des distorsions du marché et ferait perdre un avantage concurrentiel à l'entreprise concernée* »<sup>57</sup> ; entrent dans cette catégorie restreinte, les sources d'achat et d'approvisionnement, les stratégies commerciales, en particulier politiques des prix ou des rabais, les plans de lancement d'un produit, les listes de clients, les projets de recherches en cours et les documents sur la solvabilité de l'entreprise<sup>58</sup>.

On notera toutefois que la jurisprudence se montre moins pointilleuse en présence de la clause générale destinée à sauvegarder les relations internationales<sup>59</sup>. Cette réserve est motivée par la dimension politique de la diplomatie ; reste que ce motif d'occultation ne constitue pas pour autant un

<sup>56</sup> ATF 142 II 324. Servant à organiser et à coordonner l'accomplissement de tâches publiques d'une personne occupant un poste de direction, cet agenda doit être considéré comme un instrument de conduite ; partant, il doit être qualifié de document officiel. Voir également TAF A-1865/2016 du 14 décembre 2016 où il a été jugé qu'un lien même tenu avec l'exécution de tâches publiques suffit à acquérir le statut de document officiel aux termes de l'art. 5 LTrans.

<sup>57</sup> PFPDT, Recommandation OFSP/Études RoKA du 22 avril 2009. Ce prononcé souligne que « *Dans les documents soumis à évaluation, il n'est cependant pas question d'entreprises ou de pharmacies particulières, nommément désignées ; les documents abordent de manière générale des questions relatives à la convention tarifaire RBP III et à son adaptation ou ne sont que des courriers d'accompagnement rédigés en termes généraux. Ces explications générales n'impliquent aucun risque d'abus ou de dommages ni ne contiennent de données afférentes à des affaires ; elles n'ont ainsi d'importance cruciale pour aucune entreprise particulière* ».

<sup>58</sup> TF 1 C\_50/2015 du 2 décembre 2015 et ATF 142 II 340.

<sup>59</sup> TF 1C\_462/2018 du 17 avril 2019, consid. 5.4 : « (...) *Nach der Rechtsprechung liegt es in der Natur von Entscheidungen politischen und insbesondere aussenpolitischen Gehalts, dass sie der justiziellen Kontrolle nur bedingt zugänglich sind, da sie gerade nicht allein auf rechtlichen, sondern zu einem grossen Teil auf politischen Kriterien beruhen* ».

blanc-seing dispensant l'autorité de motiver clairement les raisons de son refus<sup>60</sup>.

La clause générale protégeant la défense nationale, un domaine où la rétention de l'information est traditionnelle, ne revêt pas, elle non plus, le caractère d'un blanc-seing. Elle aussi doit être invoquée avec modération, comme le soulignent les auteurs de la convention de Tromsø : « *elle ne devrait pas être utilisée à mauvais escient pour protéger des informations qui pourraient révéler des violations des droits de l'Homme, la corruption au sein de l'autorité publique, des erreurs administratives, ou une information qui est simplement embarrassante pour des fonctionnaires ou des autorités publiques* »<sup>61</sup>. Toujours à l'échelon international, des représentants des forces armées, de la société civile et d'institutions universitaires provenant du monde entier se sont réunis il y a quelques années pour délimiter plus concrètement les informations en matière de défense particulièrement sensibles de celles qui le sont moins. Ces efforts ont débouché sur la rédaction des Principes de Tshwane sur la sécurité nationale et le droit à l'information (2013)<sup>62</sup> ; ce texte établit un certain nombre critères pour juger du caractère secret ou non d'une information relative à la défense, critères qui conduisent à protéger les plans d'engagement des forces armées, les données sur les armes et les infrastructures de défense, sur la lutte contre le sabotage, sur les modes opératoires des services secrets ainsi que les renseignements transmis par des services étrangers sous le sceau du secret<sup>63</sup>.

Enfin on soulignera qu'une approche restrictive du secret est particulièrement de mise au niveau fédéral. En effet la LTrans fait dépendre l'applicabilité des clauses générales de secret de l'existence d'un risque d'atteinte à l'intérêt protégé en cas de révélation (*harm test*), contrairement aux législations cantonales sur la transparence qui enjoignent l'autorité requise à procéder une pesée des intérêts en présence. Pour éviter les dérapages qu'une mise en œuvre rigide du *harm test* pourraient induire (au motif que le risque zéro n'existe pas...), la jurisprudence a toutefois affirmé que l'atteinte envisagée doit satisfaire à deux conditions. Premièrement, elle doit être

<sup>60</sup> ATF 142 II 313, consid. 4.3 : « *Diese Zurückhaltung bezieht sich allerdings nicht auf die rechtliche Beurteilung der Streitsache. Erfasst wird einzig die politische Opportunität des Entscheides. Auch dafür gilt jedoch nicht ein völliger Freipass für die Exekutivbehörden, sondern deren Entscheide müssen insgesamt, auch soweit Zurückhaltung geboten ist, zumindest nachvollziehbar sein und haben sachlich zu bleiben* ».

<sup>61</sup> Rapport explicatif à la Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics, chiffre 23.

<sup>62</sup> Du nom de la ville d'Afrique du Sud où les experts se sont réunis pour finaliser leurs travaux en 2013.

<sup>63</sup> Principe 9 : Informations pouvant être légitimement retenues.

notable ; autrement dit elle ne doit pas consister en de simples désagréments ou embarras pour l'administration publique ou un tiers<sup>64</sup>. Deuxièmement, le risque d'atteinte doit être sérieux : « *Si sa survenance ne doit pas apparaître comme certaine, cette atteinte ou menace ne saurait uniquement être imaginable ou possible, au risque de vider de son sens le changement de paradigme introduit par la LTrans* »<sup>65</sup>.

Pour être complet, il faut mentionner que la LTrans a introduit une pesée d'intérêts dans un cas : une atteinte à la vie privée doit être tolérée si un intérêt public prépondérant impose la publicité (art. 7 al. 2 *in fine*). Cette réserve tend à éviter que la large exception de vie privée ne serve à occulter des abus et des dysfonctionnements, tels l'octroi de faveurs ou d'avantages indus ; autrement dit, ce que le législateur a cherché à prévenir, c'est cet « effet paravent » de la (sur)protection de la vie privée, que le Conseil de l'Europe a dénoncé en ces termes : « *Dans le domaine politique, la liberté d'expression recevrait un coup fatal si des personnalités publiques pouvaient censurer la presse et le débat public au nom des droits de la personnalité.* »<sup>66</sup> On retiendra encore que, s'agissant de l'accès à des informations sur des fonctionnaires ou des magistrats, le positionnement de la personne concernée au sein de la hiérarchie de la fonction publique est décisif : plus il est élevé, plus la révélation de données personnelles à son sujet se justifie<sup>67</sup>.

### C. Maximalisation de la publicité

La consécration du paradigme de la publicité a pour conséquence que l'accès à un document qui serait partiellement secret (parce qu'un chapitre ou un seul paragraphe contient une ou des données tombant sous le coup du secret) ne saurait être refusé d'un revers de la main. Principe de proportionnalité oblige, le document sera remis au requérant sans les informations protégées, lesquelles auront été au préalable caviardées ou supprimées. L'application de ce principe

<sup>64</sup> ATF 144 II 77, consid. 3 ; ATF 142 II 340, consid. 2.2.

<sup>65</sup> TAF A-2352/2017 du 11 décembre 2019 ; voir aussi ATF 142 II 324, consid. 3.4. À cela il y a lieu d'ajouter que la liste des clauses de secret définies à l'art. 7 al. 1 LTrans est exhaustive.

<sup>66</sup> Conseil de l'Europe, Lignes directrices sur la protection de la vie privée dans les médias, Strasbourg 2018, p. 11 (chiffre 3.3.1). Voir également l'art. 6 al. 2 OTrans : « *un intérêt public à la transparence est jugé prépondérant notamment (...) c. lorsque la personne, dont la sphère privée pourrait être atteinte par le droit d'accès à un document officiel, est liée à une autorité soumise à la loi sur la transparence par un rapport de fait ou de droit qui lui procure des avantages importants* ».

<sup>67</sup> TAF A-3609/2010 du 11 février 2011, consid. 4.4.

dans un cas d'espèce a conduit à la remise au requérant de la page de titre, de la table des matières et du sommaire d'un rapport sur les méthodes opératoires du Service de renseignement de la Confédération ; susceptible de porter atteinte à la sécurité interne s'il était révélé, le rapport lui-même a, en revanche, été occulté dans son ensemble (art. 7 al. 1 let. c LTrans)<sup>68</sup>.

Le précepte de maximalisation de la publicité a en outre conduit le législateur à déclarer la publicité absolue – les clauses de secret sont alors purement et simplement inopposables – de certains documents essentiels au contrôle citoyen sur les autorités publiques. C'est le cas des rapports d'évaluation des prestations fournies par l'administration fédérale (art. 8 al. 4 LTrans) ou « des budgets et comptes des collectivités publiques et de leurs établissements » (art. 30 de la Loi fribourgeoise du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents). Dans le même esprit, on signalera qu'à l'échéance des (longs<sup>69</sup>) délais de protection posés par les législations sur l'archivage, les documents officiels sont « libres » : plus aucun obstacle juridique ne peut empêcher leur consultation<sup>70</sup>.

#### **D. Un véritable statut de l'information**

Institué par le pouvoir législatif, le droit d'accès ne saurait être remis en question, même partiellement, à l'initiative de l'administration ou de tiers. En d'autres termes, depuis l'avènement des lois sur la transparence, c'est une loi formelle qui détermine si une information est consultable ou non. Une entité publique ou un administré ne sont pas en droit d'écarter le droit d'accès par des mesures limitant la circulation de documents dont ils souhaitent préserver la confidentialité. Dans tous les cas, les législations sur la transparence priment. Examinons maintenant les conséquences pratiques de ce précepte.

<sup>68</sup> TAF A-3122/2014 du 24 novembre 2014, consid. 5.1.1. On notera que quelques cantons n'ont pas attendu des décisions jurisprudentielles pour consacrer l'accès partiel, mais l'ont d'emblée institué dans leurs législations sur la transparence. C'est le cas notamment de Genève : « *Pour autant que cela ne requiert pas un travail disproportionné, un accès partiel doit être préféré à un simple refus d'accès à un document dans la mesure où seules certaines données ou parties du document considéré doivent être soustraites à communication en vertu de l'article 26 (Exceptions)* » (art. 27 al. 1 de la Loi genevoise du 5 octobre 2011 sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles).

<sup>69</sup> La Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'archivage (RS 152.1) prévoit un délai ordinaire de protection de 30 ans (art. 9) ; sous certaines conditions, un délai encore plus long peut être imposé (art. 11 et 12).

<sup>70</sup> Message LAr 1997, FF 1997 II p. 837.

## 1. Mesures de classification

L'Ordonnance fédérale du 4 juillet 2007 concernant la protection des informations<sup>71</sup> prévoit diverses mesures de protection visant les documents dont la divulgation serait susceptible de léser des intérêts publics majeurs de la Confédération. La principale d'entre elles n'est autre que la classification, autrement dit l'apposition, sur la couverture du document à protéger, d'une mention (secret, confidentiel ou interne) destinée à en restreindre plus ou fortement la transmission ou le partage.

La LTrans ne s'oppose pas en soi à la classification de documents militaires ou civils sensibles<sup>72</sup>. Cela dit, il importe de relever que cette mesure ne fait nullement obstacle à l'accès aux documents ; elle n'est autre qu'un élément d'appréciation, certes de poids, lors de l'examen d'une demande d'accès. En aucun cas elle ne dispense l'autorité requise de procéder à un examen complet du statut secret ou public du document au regard des conditions posées par la LTrans<sup>73</sup> : « *En cas de demande d'accès à des documents officiels, l'instance compétente examine, indépendamment de l'éventuelle mention de classification, s'il y a lieu d'autoriser, de limiter, de différer ou de refuser l'accès conformément aux dispositions de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration* » (Art. 13 al. 3 OPrI).

## 2. Conventions de confidentialité

La volonté de l'administration ou des administrés ne pouvant influencer sur le caractère secret ou non d'une information, le Tribunal administratif fédéral a souligné, en 2017, qu'une convention de confidentialité entre l'administration et des administrés ne peut être opposée à celui qui requiert l'accès à un document officiel<sup>74</sup>. Cette jurisprudence était attendue depuis longtemps, car il importait de mettre un terme aux ententes tendant à contourner la transparence légale. Quelques années auparavant, le Préposé genevois à la protection des données et à la transparence avait lui aussi conclu à l'inefficacité des

<sup>71</sup> OPrI ; RS 510.411.

<sup>72</sup> Message LTrans 2003, FF 2003 p. 1847.

<sup>73</sup> Voir aussi TF 1C\_122/20151 du 18 mai 2016, consid. 2.3.

<sup>74</sup> TAF A-1432/2016 du 5 avril 2017, consid. 5.5.1 : « *Durch eine Vereinbarung im erwähnten Sinne wird ein Geheimhaltungswille der beteiligten Unternehmen kundgetan, womit ein subjektives Geheimhaltungsinteresse gegeben ist. Aus einer solchen Vereinbarung allein lassen sich indessen noch keine bestehenden Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse ableiten.* » Voir aussi la recommandation du PFPDT du 27 février 2014.

conventions de confidentialité<sup>75</sup> ; son prononcé était sans ambages : « *Comment admettre que de telles clauses de confidentialité puissent renverser le paradigme de la transparence voulue par le législateur genevois en 2002 au profit de la règle du secret qui prévalait auparavant. Le caractère secret ou public d'un document est une qualification qui relève de la loi seule et qui échappe à la volonté des parties. De telles clauses de confidentialité ne déploient pas d'effet juridique sur l'information dite passive (art. 24 ss LIPAD), soit de l'accès aux documents sur demande des particuliers* ».

Cela dit, les conventions de confidentialité ne sont pas nulles pour autant ; elles ne déploient toutefois d'effets plus que sur la communication active : les parties demeurent obligées à ne pas dévoiler spontanément les informations protégées à la presse ou à des tiers.

### 3. *Promesses de confidentialité*

Suivant la même logique de primauté de la législation sur la transparence, un fonctionnaire ne peut pas promettre à un administré que son cas sera traité confidentiellement ; inversement, un administré ne peut pas exiger que les informations qu'il fournit à l'administration soient tenues secrètes.

Cette règle connaît toutefois une exception : la promesse de confidentialité accordée en échange d'informations « fournies librement » par l'administré<sup>76</sup>. Par « fournies librement », il faut entendre des informations données en dehors de toute obligation légale ou contractuelle (le cas classique est celui du tiers-dénonciateur) ; de surcroît, l'administration doit avoir explicitement garanti le secret à l'informateur<sup>77</sup>.

## IV. **Perspectives d'avenir**

Le droit général d'accès aux informations détenues par les autorités publiques est arrivé dans notre pays, il y a plus de vingt ans déjà. Bien qu'il ne jouisse pas de la même côte de popularité que les icônes de la démocratie que sont les droits d'initiative ou de référendum, il s'affirme toujours plus comme un instrument important de participation politique et de contrôle citoyen (*cf. supra* II.A).

<sup>75</sup> Recommandation du 29 septembre 2014 (ch. 33 et 34). La clause de confidentialité litigieuse portait sur la convention de départ d'un ancien directeur de l'Orchestre de la Suisse romande.

<sup>76</sup> Art. 7 al. 1 let. h LTrans ; la plupart des législations cantonales consacrent une exception similaire.

<sup>77</sup> TAF A-3367/2017 du 3 avril 2018, consid. 6.2.

Ce succès ne doit pas faire oublier que cet instrument suscite encore réserves et incompréhension au sein de certains milieux politiques et surtout au sein de l'administration. Aux entités pour qui le secret était peu ou prou une marque de fabrique (le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports en premier lieu) se sont ajoutés des nouveaux venus comme l'Administration fédérale des douanes ou l'Office fédéral de la santé publique<sup>78</sup>. L'abolition de la LTrans (ou d'une quelconque loi cantonale sur la transparence) n'est pas cependant à l'ordre du jour ; et ne le sera probablement jamais tant il est difficile d'imaginer que le peuple consentisse à abandonner son droit de regard<sup>79</sup>. Qui plus est la transparence a trouvé un défenseur de marque en la personne du Tribunal fédéral. De son premier jugement<sup>80</sup> en la matière à ses plus récentes décisions, il n'a de cesse de répéter les raisons impérieuses qui ont présidé au renversement du paradigme du secret : « *Le but de la LTrans est (...) en effet de rendre le processus décisionnel de l'administration plus transparent dans le but de renforcer le caractère démocratique des institutions publiques de même que la confiance des citoyens dans les autorités, tout en améliorant le contrôle de l'administration* »<sup>81</sup>.

À défaut d'attaque en règle contre la transparence administrative, la résistance prend la forme d'un combat d'arrière-garde consistant à affaiblir le droit d'accès. Et cette résistance sourde a enregistré récemment ses premiers succès. En 2015, le parlement insère dans la loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement une disposition faisant échapper à la LTrans les activités de recherche d'informations déployées par le Service de renseignement de la Confédération<sup>82</sup> ; trois ans plus tard, ce sont les audits, les contrôles d'exploitation et les inspections d'entreprises de chemin de fer conduits par l'Office fédéral des transports qui sont soustraits à la publicité<sup>83</sup> ; en 2019 enfin, le parlement baisse le rideau sur la liste des candidats à des marchés publics

<sup>78</sup> PFPDT, rapport annuel pour 2019/2020, p. 71 ss. Le rapport est accessible à l'adresse suivante : <<https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/documentation/rapports-d-activites/27--taetigkeitsbericht-2019-2020/epaper-tb-27.html>> (consulté le 31 octobre 2020).

<sup>79</sup> Tout au plus doit signaler un échec retentissant (même s'il ne s'agit pas d'un retour en arrière, mais plutôt d'un refus d'entrer en matière) : en 2015 le parlement du canton de Lucerne a rejeté à une majorité écrasante (87 voix contre 28) la proposition que lui faisait le gouvernement de consacrer un droit général d'accès.

<sup>80</sup> ATF 133 II 209, consid. 2.3.1. C'est d'autant plus méritoire que ce premier arrêt le concernait lui-même, puisqu'un journaliste souhaitait accéder aux procès-verbaux de sa commission administrative.

<sup>81</sup> TF 1C\_533/2018 du 26 juin 2019, consid. 2.1.

<sup>82</sup> Art. 67 de la Loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement (RS 121).

<sup>83</sup> Art. 14 de la Loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (RS 742.101).



qui ont été sanctionnés pour violation des règles de soumission<sup>84</sup>. Ce dernier cas est d'autant plus regrettable qu'il met un terme abrupt à la volonté du Tribunal fédéral de donner à la population plus de possibilités de se renseigner sur les causes d'accidents ferroviaires : « *An der Offenlegung von Zwischenfällen im öffentlichen Verkehr besteht ein erhebliches öffentliches Interesse. (...). Ausserdem ist auch insoweit von einem gesteigerten öffentlichen Informationsinteresse auszugehen, als die Transportunternehmen grundsätzlich in einem Konzessionsverhältnis zum Gemeinwesen stehen, aus dem ihnen erhebliche Vorteile erwachsen (vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. c der Verordnung vom 24. Mai 2006 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung). Hinzu kommt, dass diese Betriebe staatlich beherrscht sind oder die öffentliche Hand zumindest anteilmässig an ihnen beteiligt ist, sie mithin eine gewisse Staatsnähe aufweisen und durch Steuergelder (mit-)finanziert werden, was ebenfalls ein erhöhtes Interesse der Öffentlichkeit an der Offenlegung der umstrittenen Informationen zu begründen vermag.* »

Les trois coups portés au droit d'accès que nous venons de mentionner seront-ils suivis par d'autres ? Le PFPDT en tout cas a tiré la sonnette d'alarme dans son rapport annuel 2019/2020 : « *Cette année encore, la loi sur la transparence a prouvé qu'elle était un outil précieux de promotion de la transparence, d'information, de contrôle à destination de la population et que, de ce fait, il convient de rester vigilant et d'éviter qu'elle ne soit détournée de son but par l'introduction de nouvelles dispositions légales visant à exclure son application.* »<sup>85</sup>

On ne peut qu'espérer que cet appel à la retenue soit entendu du Parlement fédéral.

<sup>84</sup> Art. 45 al. 3 de la Loi fédérale sur les marchés publics (adoptée le 21 juin 2019, cette loi entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021 et remplacera la loi de 1994 du même nom ; FF 2019 4329 ss).

<sup>85</sup> Rapport annuel du PFPDT 2019/2020, chiffre 2.4.

## V. Bibliographie

### A. Littérature

**Stephan BRUNNER/Luzius MADER (éds)**, Oeffentlichkeitsgesetz, Berne 2008 (cité : AUTEUR, Öffentlichkeitsgesetz) ; **Bertil COTTIER**, Une première bienvenue : la Convention européenne sur l'accès aux documents administratifs, *in* Medialex 2009, pp. 189 ss ; **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, Lausanne 2013, pp. 233 ss ; **Bernhard EHRENZELLER/Benjamin SCHINDLER/Rainer J. SCHWEIZER/Klaus A. VALLENDER (éds)**, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2014 (cité : SGK BV-AUTEUR) ; **Patricia EGGLI**, Informationsfreiheit und Privatsphäre unter besonderer Berücksichtigung der Tromsø-Konvention des Europarates über den Zugang zu amtlichen Dokumenten, *in* Lukas GSWCHEND et al. (éds), Recht im Digitalen Zeitalter, Saint-Gall 2015, pp. 433 ss ; **Sébastien FANTI**, La notion de document officiel en droit fédéral, ainsi qu'en droit valaisan, *in* Revue valaisanne de jurisprudence 2017, pp. 1 ss ; **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* Revue du droit de l'environnement 2009, pp. 749 ss (cité : FLÜCKIGER, Transparence) ; **Alexandre FLÜCKIGER**, La mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration, Genève/Zurich 2006 (cité : FLÜCKIGER, Mise en œuvre) ; **Alexandre FLÜCKIGER/Valérie JUNOD**, La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par l'Etat fondée sur l'article 10 CEDH, *in* Jusletter 27 février 2017 ; **Valérie JUNOD**, L'exception des secrets commerciaux dans la LTrans, *in* Martial PASQUIER, Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Lausanne 2013, pp. 255 ss ; **Annina KELLER/Daniel KÄMPFER**, Oeffentlichkeitsgesetz : Die neuere Rechtsprechung im Lichte des gesetzgeberischen Konzepts und seinen Stolpersteinen, *in* Medialex 2017, pp. 95 ss ; **Urs MAURER-LAMBROU/Gabor-Paul BLECHTA (éds)**, Datenschutzgesetz und Oeffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, Bâle 2014 ; **Philippe MEIER**, Protection des données – Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011 ; **Philomène MEILLAND**, Caractéristiques des lois sur l'accès à l'information en Suisse, *in* Martial PASQUIER (éd.), Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Lausanne 2013, pp. 19 ss ; **Jörg Paul MÜLLER/Markus SCHEFFER**, Grundrechte in der Schweiz, Berne 2008 ; **Kurt NUSPLIGER**, Art. 16, *in* Sophie WEERTS/Colette ROSSAT-FAVRE/CHRISTINE GUY-ECABERT et al., Révision imaginaire de la Constitution fédérale – Mélanges en hommage au Professeur Luzius Mader, Bâle 2018 ; **Martial PASQUIER**, Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Lausanne 2013 ; **Martial PASQUIER/Philomène MEILLAND**, Évaluation de la loi sur la transparence, IDHEAP, Lausanne 2009 ; **Beat RUDIN**, Klassifikation : eine Etikette « für alles » ?, *in* digma 2015, pp. 100 ss ; **Büro VATTER**, Evaluation des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung, Berne 2015 ; **Luc VOLLERY**, La loi fribourgeoise sur l'information et l'accès aux documents, *in* Revue fribourgeoise de jurisprudence 2009, pp. 352 ss.

## **B. Documents officiels**

**Conseil fédéral**, Message concernant la loi fédérale sur l'archivage du 26 février 1997, FF 1997 II pp. 829 ss (cité : Message LAr 1997) ; **Conseil fédéral**, Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 pp. 1807 ss (cité : Message LTrans 2003).



---

# L'accès à l'information en matière d'environnement à la lumière de la Convention d'Aarhus

Maud RICHARD

Juriste, co-responsable LIPAD à l'Office cantonal de l'environnement de la République et canton de Genève

Stéphane WERLY

Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence de la République et canton de Genève, Professeur à la Faculté des lettres et sciences humaines de l'Université de Neuchâtel

## Table des matières

I.	Introduction.....	165
II.	Interprétation de la Convention d'Aarhus.....	166
III.	Préambule de la Convention d'Aarhus.....	167
IV.	Objet de la Convention d'Aarhus (art. 1 CA).....	168
V.	Définitions (art. 2 CA).....	169
	A. L'expression « autorité publique » (art. 2 par. 2 CA).....	169
	B. L'expression « information(s) sur l'environnement » (art. 2 par. 3 CA et art. 7 al. 8 LPE).....	170
	1. Une définition large.....	170
	2. Les trois catégories visées par la Convention d'Aarhus.....	171
	a) L'état d'éléments de l'environnement et l'interaction entre ces éléments (let. a).....	171
	b) Les facteurs, activités ou mesures et les analyses (let. b).....	172
	c) L'état de la santé de l'homme, sa sécurité et ses conditions de vie ainsi que l'état des sites culturels et des constructions (let. c)....	174
	3. Le droit suisse.....	174
	C. Le terme « public » (art. 2 par. 4 CA).....	175
VI.	Dispositions générales de la Convention d'Aarhus (art. 3 CA).....	175
VII.	Le droit d'accès à l'information en matière d'environnement (art. 4 CA).....	177
	A. Généralités.....	177
	B. Modalités du droit d'accès.....	177
	1. Date de création de l'information.....	177
	2. Forme de l'information.....	178
	3. Auteur de la demande.....	178
	4. Absence de justification de la demande.....	178
	5. Forme de la réponse.....	179
	6. Délai et notification de la réponse.....	179
	7. Accès partiel.....	179
	8. Perception d'un droit.....	180

VIII. Les motifs de refus de l'accès à l'information (art. 4 par. 3 et 4 CA) .....	180
A. Généralités.....	180
1. Exhaustivité des motifs de refus.....	181
2. Pas de motifs de refus « fixes ».....	181
3. Interprétation restrictive des motifs de refus .....	182
4. Les motifs de refus doivent déployer des incidences défavorables sur l'intérêt protégé .....	182
5. Pesée des intérêts obligatoire même en cas d'incidences défavorables sur l'intérêt protégé par un motif de refus .....	183
a) Intérêt public à la divulgation des informations.....	183
b) Les informations concernent des émissions qui risquent de nuire à la qualité de l'environnement.....	184
B. L'autorité publique à laquelle la demande est adressée n'est pas en possession des informations sollicitées (art. 4 par. 3 let. a CA).....	185
C. La demande est manifestement abusive (art. 4 par. 3 let. b CA).....	185
D. La demande est formulée en termes trop généraux (art. 4 par. 3 let. b <i>in fine</i> CA).....	186
E. Les documents en cours d'élaboration, à condition que cette exception soit prévue par le droit interne ou la coutume, compte tenu de l'intérêt que la divulgation des informations demandées présenterait pour le public (art. 4 par. 3 let. c CA).....	187
F. Les documents concernant des communications internes des autorités publiques, à condition que cette exception soit prévue par le droit interne ou la coutume, compte tenu de l'intérêt que la divulgation des informations demandées présenterait pour le public (art. 4 par. 3 let. c CA).....	189
G. Le secret des délibérations des autorités publiques, lorsque ce secret est prévu par le droit interne (art. 4 par. 4 let. a CA) .....	189
H. Les relations internationales, la défense nationale ou la sécurité publique (art. 4 par. 4 let. b CA).....	191
I. La bonne marche de la justice, la possibilité pour toute personne d'être jugée équitablement ou la capacité d'une autorité publique d'effectuer une enquête d'ordre pénal ou disciplinaire (art. 4 par. 4 let. c CA) .....	192
J. Le secret commercial et industriel lorsque ce secret est protégé par la loi afin de défendre un intérêt économique légitime (art. 4 par. 4 let. d CA).....	194
K. Les droits de propriété intellectuelle (art. 4 par. 4 let. e CA).....	195
L. Le caractère confidentiel des données et/ou des dossiers personnels concernant une personne physique si cette personne n'a pas consenti à la divulgation de ces informations au public, lorsque le caractère confidentiel de ce type d'information est prévu par le droit interne (art. 4 par. 4 let. f CA) .....	196
M. Les intérêts d'un tiers qui a fourni les informations demandées sans y être contraint par la loi ou sans que la loi puisse l'y contraindre et qui ne consent pas à la divulgation de ces informations (art. 4 par. 4 let. g CA).....	197
N. Le milieu sur lequel portent les informations, comme les sites de reproduction d'espèces rares (art. 4 par. 4 let. h CA).....	198
IX. Mise en œuvre de la Convention d'Aarhus .....	198
A. Obligation de mise en œuvre de la Convention d'Aarhus .....	198
B. Intégration de la Convention d'Aarhus en droit suisse .....	199
C. Applicabilité directe de l'art. 4 CA en droit suisse .....	202

X.	Conclusion .....	203
XI.	Bibliographie .....	204
	A. Littérature .....	204
	B. Documents officiels.....	205

## **I. Introduction**

Conclue à Aarhus le 25 juin 1998, la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement<sup>1</sup> (ci-après : « la Convention » ou « CA »), est entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> juin 2014<sup>2</sup>. Elle est assortie d'un Protocole sur les registres des rejets et transferts de polluants, conclu à Kiev le 21 mai 2003 et entré en vigueur pour notre pays le 8 octobre 2009<sup>3</sup>.

Les parties à la Convention sont tenues de garantir les droits d'accès à l'information sur l'environnement (premier pilier), de participation du public au processus décisionnel (deuxième pilier) et d'accès à la justice en matière environnementale (troisième pilier), afin de contribuer à protéger le droit des générations présentes et futures de vivre dans un environnement apte à assurer leur santé et leur bien-être.

Le droit d'accès à l'information sur l'environnement, premier pilier de la Convention, repose sur deux volets. Le volet passif (art. 4 CA), objet de la présente contribution, exige des autorités qu'elles mettent à la disposition du public les informations sur l'environnement qui leur sont demandées, sauf motifs de refus exhaustivement énumérés. Le volet actif (art. 5 CA) a trait, quant à lui, à l'obligation des autorités de se procurer les données et de les mettre effectivement à disposition du public.

Le premier pilier ne sert pas seulement comme fondement large pour la participation du public dans le cadre du deuxième pilier, dans le sens où une telle collaboration n'est envisageable que si le citoyen dispose de suffisamment d'informations sur l'environnement. Il a également un lien avec le troisième pilier, puisque l'efficacité du droit à l'information dépend pareillement de la possibilité de le faire respecter par les tribunaux. De surcroît, l'accès à l'information remplit aussi l'objectif de contrôler la gestion environnementale de l'administration, permettant par là au public de signaler les lacunes dans les

<sup>1</sup> Convention d'Aarhus ; RS 0.814.07.

<sup>2</sup> Quarante-six États, de même que l'Union européenne, ont adhéré à ce texte.

<sup>3</sup> RS 0.814.08 ; ci-après « le Protocole ». Le Registre suisse des rejets et transferts de polluants (SwissPRTR) est accessible au public et fournit des informations sur les rejets de polluants, les transferts de déchets et les transferts de polluants dans les eaux usées, provenant tant d'entreprises que de sources diffuses.

décisions, les politiques et la planification, ainsi que de renforcer la légitimité démocratique de l'action étatique. Enfin, une information complète conduit au développement d'une certaine conscience environnementale qui, à son tour, devrait contribuer à accroître l'intérêt pour l'information puis la participation en la matière et, finalement, à adopter un comportement plus respectueux de l'environnement.

Alors même que la Convention est entrée en vigueur pour la Suisse il y a plus de six ans, le large droit d'accès aux informations sur l'environnement instauré par la Convention n'est pas reconnaissable dans le droit fédéral et les législations de la quasi-totalité des cantons, de sorte qu'une interprétation conforme devra à tout le moins être effectuée. Il demeure ainsi pratiquement méconnu du public, des professionnels du droit, voire même de certaines autorités publiques.

Cet article entend remédier à cela, en se concentrant sur les exigences légales de la Convention relatives au volet passif du premier pilier, afin de permettre aux autorités publiques d'effectuer à tout le moins une interprétation conforme à celle-ci, ainsi qu'au public et aux praticiens de connaître les chances de succès et les limites d'une demande d'accès. Après l'interprétation (II.), le préambule (III.), l'objet (IV.), les définitions (V.) et les dispositions générales (VI.), seront analysés en détail le droit d'accès à l'information en matière d'environnement (VII.), les motifs de refus de l'accès à l'information (VIII.) et la mise en œuvre de la Convention (IX.).

## **II. Interprétation de la Convention d'Aarhus**

La Convention constituant un traité international selon l'article 2 alinéa 2 lettre a de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités<sup>4</sup> (ci-après : CV), elle doit obéir aux règles d'interprétation applicables en la matière, en particulier à celles énoncées aux articles 31 à 33 CV. Elle doit être interprétée de bonne foi selon le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte (notamment le préambule) et à la lumière de son objet et de son but (art. 31 par. 1 et 2 CV).

Il faut aussi tenir compte des actes rendus par le Comité d'examen du respect des dispositions (ci-après : CERD)<sup>5</sup>, conformément à l'article 31 paragraphe 3 lettre a ou b CV. En effet, cet organe adopte des décisions, sous

<sup>4</sup> RS 0.111.

<sup>5</sup> Créé par la Réunion des parties, le CERD a pour mission de vérifier que les parties s'acquittent bien des obligations qu'elles ont contractées au titre de la Convention (art. 15 CA).



forme de conclusions et recommandations approuvées par la Réunion des parties<sup>6</sup>, qui ont créé une véritable base quasi-jurisprudentielle d'interprétation de la Convention<sup>7</sup>.

### **III. Préambule de la Convention d'Aarhus**

S'il ne crée pas d'obligations contraignantes, le préambule a néanmoins son importance puisqu'il sert, entre autres, à mieux cerner l'objet et le but de la Convention<sup>8</sup>, éléments indispensables lors de l'interprétation de ses dispositions. En outre, il révèle les origines du texte et dessine la voie à suivre dans le futur.

En pratique, le préambule est fréquemment cité par le CERD pour déterminer l'étendue juridique des dispositions de la Convention. À cet égard, cet organe a par exemple estimé que l'article 9 paragraphe 3 CA devait être interprété à la lumière du 18<sup>e</sup> paragraphe du préambule : pour lui, les critères prévus par le droit interne pour être admis à engager des procédures au sens de cette norme ne doivent pas être stricts au point d'empêcher effectivement la totalité ou la quasi-totalité des organisations environnementales de contester des actes ou omissions allant à l'encontre du droit national de l'environnement<sup>9</sup>.

Trois paragraphes du préambule sont particulièrement importants :

- l'affirmation de la nécessité de protéger, préserver et améliorer l'état de l'environnement et celle d'assurer un développement durable et écologiquement rationnel (5<sup>e</sup> paragraphe) ;
- la reconnaissance qu'une protection adéquate de l'environnement est essentielle au bien-être de l'homme et à la jouissance des droits fondamentaux (6<sup>e</sup> paragraphe) ;
- la déclaration du droit de chacun de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être (7<sup>e</sup> paragraphe).

<sup>6</sup> Principal organe de la Convention, la Réunion des parties, instituée par l'art. 10 CA, rassemble les représentants de tous les États ayant ratifié la Convention, de même que des observateurs. Sa fonction consiste à orienter et superviser l'application de la Convention : WISARD/ORCEL, p. 489.

<sup>7</sup> WISARD/ORCEL, p. 490.

<sup>8</sup> Cf. art. 31 par. 2 CV.

<sup>9</sup> ACCC/C/2005/11 (*Belgique*), ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2, § 33, 44 et 47.

#### IV. Objet de la Convention d'Aarhus (art. 1 CA)

L'objet définit le but de la Convention, qui guide en priorité les parties lorsqu'elles interprètent les autres dispositions du texte, conformément à l'article 31 paragraphe 1 CV.

En substance, l'article 1 CA énonce que les parties sont tenues de garantir les droits d'accès à l'information sur l'environnement, de participation du public au processus décisionnel et d'accès à la justice en matière d'environnement afin de contribuer à protéger le droit de chacun, dans les générations présentes et futures, de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être. L'objet ne contient donc pas qu'un but abstrait, mais bien déjà les trois obligations principales de la Convention que constituent les trois piliers.

Les parties doivent ainsi, notamment, mettre en place et maintenir les structures administratives, juridiques et pratiques adéquates à l'exercice de ces trois piliers<sup>10</sup>.

L'environnement n'est pas directement protégé par la Convention, mais l'est indirectement par les droits conférés à tout un chacun<sup>11</sup>. La Convention renforce donc l'idée qu'une protection efficace de l'environnement exige non seulement la définition de normes de fond, mais aussi le respect de certaines exigences de procédure<sup>12</sup>. En effet, il est de plus en plus reconnu que l'efficacité de normes matérielles dépend, entre autres, de garanties suffisantes au niveau procédural.

Enfin, l'article 1 CA démontre que la Convention concerne notamment les droits de l'homme fondamentaux. L'article 1 CA représente à cet égard une des déclarations les plus explicites en droit international concernant le droit à un environnement salubre capable d'assurer la santé et le bien-être des générations

<sup>10</sup> CEE-ONU, p. 42. En vertu d'une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, si le guide d'application de la Convention rédigé par la CEE-ONU « peut être considéré comme un document explicatif susceptible, le cas échéant, d'être pris en considération, parmi d'autres éléments pertinents, aux fins d'interpréter la convention d'Aarhus, les développements qu'il contient n'ont aucune force obligatoire et ne sont pas revêtus de la portée normative qui s'attache aux stipulations de cette convention (voir, notamment, arrêt du 19 décembre 2013, *Fish Legal et Shirley*, C-279/12, EU:C:2013:853, point 38 et jurisprudence citée) » : CJUE, C-442/14 (*Bayer CropScience SA-NV et Stichting De Bijenstichting*) du 23 novembre 2016, § 70.

<sup>11</sup> FRITZ, p. 197.

<sup>12</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 93 ; KOESTER, p. 252.

présentes et futures<sup>13</sup>, droit peu défini qui se révèle d'ailleurs être plutôt une exception en droit international<sup>14</sup>.

## **V. Définitions (art. 2 CA)**

### **A. L'expression « autorité publique » (art. 2 par. 2 CA)**

Par autorité publique, il faut entendre :

- l'administration publique à l'échelon national, régional ou à tout autre niveau, indépendamment des responsabilités liées à l'environnement (let. a)<sup>15</sup>. Peuvent être cités à titre exemplatif les services publics et les organismes paraétatiques tels que les services des eaux<sup>16</sup> ;
- les personnes physiques ou morales qui exercent, en vertu du droit interne, des fonctions administratives publiques, y compris des tâches, activités ou services particuliers en rapport avec l'environnement (let. b). Toute personne autorisée par la loi à exercer une fonction publique, quelle qu'en soit la nature, relève de cette définition<sup>17</sup> ;
- toute autre personne physique ou morale assumant des responsabilités ou des fonctions publiques ou fournissant des services publics en rapport avec l'environnement sous l'autorité d'un organe ou d'une personne entrant dans les catégories visées aux lettres a et b (let. c). Cette définition concerne non seulement les personnes contrôlées par des autorités publiques, mais également celles qui seraient placées sous le contrôle de personnes visées à la lettre b (prestataires de services, autres sociétés qui dépendent d'autorités publiques ou autres organismes auxquels des fonctions publiques ont été confiées par la loi)<sup>18</sup>. La forme du contrôle exercé importe peu. Il suffit qu'il puisse y avoir une influence décisive sur l'action de l'entité concernée

<sup>13</sup> CEE-ONU, p. 42.

<sup>14</sup> EPINEY, p. 5.

<sup>15</sup> CEE-ONU, p. 46.

<sup>16</sup> CEE-ONU, p. 47. Dans ses conclusions relatives au document ACCC/C/2004/01 (*Kazakhstan*), ECE/MP.PP/C.1/2005/2/Add.3, § 17, le CERD a estimé qu'une entreprise d'État ayant des responsabilités dans le secteur de l'énergie atomique était une personne morale exerçant des fonctions administratives conformément à la législation nationale.

<sup>17</sup> CEE-ONU, p. 46.

<sup>18</sup> CEE-ONU, p. 47.

telle que l'exercice de droits d'actionnaire ou le pouvoir de nommer ou révoquer les membres des organes de direction<sup>19</sup> ;

- les institutions de toute organisation d'intégration économique régionale qui est partie à la Convention (let. d).

Le champ d'application personnel est formulé de manière aussi large que possible, afin de tenir compte de la tendance croissante consistant à déléguer des tâches publiques<sup>20</sup>.

En revanche, ne sont pas visés les organes ou institutions agissant dans l'exercice de pouvoirs judiciaires ou législatifs, même si sont néanmoins concernées certaines activités de l'exécutif ou du gouvernement, notamment celles qui sont liées au processus législatif<sup>21</sup>.

## **B. L'expression « information(s) sur l'environnement » (art. 2 par. 3 CA et art. 7 al. 8 LPE<sup>22</sup>)**

### *1. Une définition large*

La notion d'« information(s) sur l'environnement » revêt une importance primordiale pour savoir si la demande d'accès devra être traitée conformément à la Convention ou non<sup>23</sup>. Les parties à la Convention ont voulu la définition la plus large possible<sup>24</sup>, laquelle ne représente cependant qu'une exigence minimale.

La définition donnée par l'article 2 paragraphe 3 CA englobe en réalité toutes les informations reliées à l'environnement<sup>25</sup>. D'ailleurs, un lien indirect entre l'information et l'état de l'environnement est suffisant pour ouvrir le champ d'application matériel de la Convention<sup>26</sup>.

Cela dit, il faut toujours, dans chaque cas, se rattacher au préambule et à l'objet de la Convention. En effet, le principe de transparence est plus large pour les informations sur l'environnement, précisément parce que la divulgation vise à protéger l'environnement pour la santé et le bien-être des générations présentes et futures. Sinon, cet accès plus large ne serait pas octroyé. Ainsi,

<sup>19</sup> CJUE, C-279/12 (*Fish Legal et Shirley*) du 19 décembre 2013, § 69.

<sup>20</sup> MONTAVON/VOLLERY, p. 7.

<sup>21</sup> CEE-ONU, p. 46.

<sup>22</sup> Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement ; RS 814.01.

<sup>23</sup> SIDLER/BALLY, p. 729.

<sup>24</sup> CEE-ONU, p. 50.

<sup>25</sup> ÉPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 110.

<sup>26</sup> THURNHERR, Die Aarhus-Konvention, p. 521.

lorsqu'une demande porte, par exemple, sur le tonnage de déchets traités par une entreprise, mais qu'elle vise en réalité à contrôler le comportement de l'État dans un cadre de concurrence déloyale alléguée, elle ne devrait pas entrer dans le champ d'application de la Convention, puisque le but de l'accès ne concerne absolument pas la protection de l'environnement. Les requérants n'ayant pas à faire valoir d'intérêt particulier au sens de l'article 4 paragraphe 1 lettre a CA, il n'est pas toujours aisé de juger cela, même si, en pratique, il faut constater que les requérants expliquent souvent leur intérêt. D'un autre côté, il faudrait peut-être se demander si de telles requêtes ne devraient pas être considérées comme manifestement abusives (art. 4 par. 3 let. b CA) et donc être rejetées, pour être traitées comme des demandes d'accès à des informations non environnementales.

Le Tribunal administratif fédéral a estimé que des atterrissages illégaux d'hélicoptères en montagne étaient des informations sur l'environnement en application des articles 7 alinéa 8 LPD et 2 paragraphe 3 CA, en semblant préciser qu'il s'agit de la lettre a, ce qui paraît étonnant. Toutefois, vu la définition alambiquée de la Convention, il est préférable de ne pas perdre de temps à définir quelle lettre est visée, si les informations entrent de façon évidente dans le texte de l'article 2 paragraphe 3 CA<sup>27</sup>.

## *2. Les trois catégories visées par la Convention d'Aarhus*

Les informations sur l'environnement sont divisées en trois catégories, pour lesquelles des exemples sont donnés. En l'absence d'exhaustivité, les autorités bénéficient d'une marge d'interprétation, dans les limites explicitées ci-dessous.

### *a) L'état d'éléments de l'environnement et l'interaction entre ces éléments (let. a)*

La Convention cite des exemples d'états de l'environnement, comme l'air, l'atmosphère, l'eau, le sol, les terres, le paysage, les sites naturels, la diversité

<sup>27</sup> TAF A\_4186/2015 du 28 janvier 2016, consid. 7.5.1.2 (« *Mountain wilderness* »). Il s'agit de la première fois où les juges administratifs ont pris en compte la Convention d'Aarhus. Ces derniers ne se sont néanmoins pas prononcés sur le caractère directement applicable de la Convention, mais se sont contentés d'interpréter l'art. 3 al. 1 de la Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans ; RS 152.3) en conformité avec le droit international supérieur : COTTIER, p. 27.

biologique, ce qui couvre en conséquence un large champ d'application<sup>28</sup>. L'on peut y ajouter, notamment, l'air intérieur et les rayonnements.

Quant à l'interaction entre les états de l'environnement, elle vise une approche intégrée de prévention et réduction de la pollution, en partant du fait que les interactions entre éléments sont aussi importantes que les éléments eux-mêmes<sup>29</sup>.

*b) Les facteurs, activités ou mesures et les analyses (let. b)*

La deuxième catégorie, dont la formulation apparaît compliquée, doit être lue en relevant que deux sous-catégories se dessinent.

- (i) La première sous-catégorie concerne les facteurs et les activités ou mesures qui ont ou risquent d'avoir des incidences sur les éléments de l'environnement relevant de la let. a.

Les facteurs peuvent être définis comme des agents physiques ou naturels, tels que les substances, l'énergie, le bruit et les rayonnements. Sont par exemple visées les informations sur les produits potentiellement nuisibles pour l'environnement<sup>30</sup>.

Quant aux activités ou mesures, elles impliquent une action humaine, puisqu'il s'agit de mesures administratives telles que les permis, licences ou autorisations, ainsi que des accords relatifs à l'environnement, des politiques, lois, plans et programmes<sup>31</sup>. Elles ne doivent pas forcément émaner d'autorités publiques, ni relever de quelque catégorie de processus décisionnel qualifié d'environnemental, puisque seules les incidences comptent. Peuvent ainsi être visées des informations concernant la planification des transports ou du tourisme<sup>32</sup>.

L'énumération d'activités ou mesures n'est pas exhaustive, vu l'expression « y compris ». Cela signifie que d'autres activités ou mesures, qui ont ou risquent d'avoir des incidences sur l'environnement, sont couvertes par la définition. De la sorte, un contrat de financement a été reconnu comme information sur l'environnement, parce qu'il portait sur la protection d'un site

<sup>28</sup> CEE-ONU, p. 51 s.

<sup>29</sup> CEE-ONU, p. 52.

<sup>30</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 112.

<sup>31</sup> CEE-ONU, p. 53.

<sup>32</sup> CEE-ONU, p. 53.

naturel<sup>33</sup>. Pareillement, les prises de position et les observations qui interviennent durant un processus administratif sont régulièrement prises en compte par les autorités publiques, raison pour laquelle elles font partie du champ d'application de l'article 2 paragraphe 3 lettre b CA. De plus, elles permettent au citoyen de reconstruire jusqu'à un certain degré le processus de décision des autorités publiques<sup>34</sup>.

Enfin, le parlement n'étant pas une autorité publique au sens de l'article 2 paragraphe 2 CA, le mot « loi » mentionné à l'article 2 paragraphe 3 lettre b CA ne peut être interprété que dans le sens où il ne vise pas la rédaction concrète d'une loi par l'organe législatif, mais seulement les travaux préparatoires, la mise en œuvre et l'application par les autorités exécutives, dans la mesure où ces dernières ne prennent pas de mesures législatives<sup>35</sup>.

- (ii) La seconde sous-catégorie comprend l'analyse coût-avantages et les autres analyses et hypothèses économiques utilisées dans le processus décisionnel en matière d'environnement.

L'inclusion de ces aspects s'explique par le fait que « *les analyses économiques peuvent jouer un rôle déterminant dans la mise en œuvre ou non d'un projet particulier. La quantification des valeurs environnementales et l'internalisation des coûts sont parmi les questions les plus ardues que se posent les économistes. Il importe donc également de savoir analyser les hypothèses sur lesquelles repose la modélisation économique utilisée pour le processus décisionnel en matière d'environnement* »<sup>36</sup>. Entrent dans cette catégorie une étude de faisabilité liée à un amendement législatif visant à autoriser l'importation et l'élimination de déchets faiblement ou moyennement radioactifs<sup>37</sup>, des émissions d'ondes radio qui traversent l'atmosphère depuis une base cellulaire jusqu'à un élément solide du monde naturel, ou encore les noms des opérateurs de téléphonie mobile pour chaque station de base cellulaire<sup>38</sup>.

L'élargissement de la définition à cette sous-catégorie signifie, en fin de compte, que toutes les causes et les effets externes sur l'environnement doivent être pris en compte<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> ACCC/C/2007/21 (*Communauté européenne*), ECE/MP.PP/C.1/2009/2/Add. 1, § 30 b).

<sup>34</sup> EPINEY, p. 10.

<sup>35</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 114.

<sup>36</sup> CEE-ONU, p. 54.

<sup>37</sup> ACCC/C/2004/01 (*Kazakhstan*), ECE/MP.PP/C.1/2005/2/Add. 1, § 18.

<sup>38</sup> *Office of Communications v. Information Commissioner and T-Mobile*, United Kingdom Information Tribunal EA/2006/0078, 4 septembre 2007.

<sup>39</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 113.

c) *L'état de la santé de l'homme, sa sécurité et ses conditions de vie ainsi que l'état des sites culturels et des constructions (let. c)*

La formulation de la lettre c est ardue et il convient de la lire en la scindant en deux sous-catégories.

En premier lieu, sont des informations sur l'environnement l'état de santé de l'homme, sa sécurité et ses conditions de vie, de même que l'état des sites culturels et des constructions dans la mesure où ils sont ou risquent d'être altérés par l'air, l'eau, le sol, les rayonnements ou par d'autres éléments de l'environnement visés à la lettre a.

En second lieu, constituent pareillement des informations sur l'environnement l'état de santé de l'homme, sa sécurité et ses conditions de vie, de même que l'état des sites culturels et des constructions dans la mesure où ils sont ou risquent d'être altérés par l'intermédiaire de l'air, l'eau, le sol (ou par d'autres éléments de l'environnement visés à la let. a), par les substances, le bruit, les rayonnements, les mesures administratives, les politiques et les programmes (ou autres facteurs, activités ou mesures de la let. b).

### 3. *Le droit suisse*

L'article 7 alinéa 8 LPE, adopté lors de la transposition de la Convention en droit fédéral, englobe les informations relatives « *au domaine d'application de la LPE et de la législation sur la protection de la nature et du paysage, la protection des sites naturels, la protection des eaux, la protection contre les dangers naturels, la sauvegarde des forêts, la chasse, la pêche, le génie génétique et la protection du climat* ». En revanche, l'article 3 alinéa 2 LPE exclut expressément le domaine des substances radioactives et des rayons ionisants<sup>40</sup>.

La définition de l'article 7 alinéa 8 LPE paraît beaucoup plus simple que celle de l'article 2 paragraphe 3 CA, reprise d'ailleurs quasiment telle quelle par l'Union européenne<sup>41</sup>, si bien que, hormis les résultats parfois insatisfaisants

<sup>40</sup> Pour la Suisse, dans le domaine de l'énergie nucléaire et de la radioprotection, l'application des art. 6 al. 6 et 9 al. 2 CA se fait sous la réserve prévue à l'art. 3 al. 2 LPE, qui exclut le droit de recours en rapport avec des substances radioactives et des rayons ionisants pour les organisations de protection de l'environnement au sens de l'art. 55 LPE.

<sup>41</sup> Cette définition a été reprise presque telle quelle à l'art. 2 par. 1 let. d du Règlement (CE) n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la Convention d'Aarhus.



issus de compromis trouvés lors de négociations d'accords internationaux, l'on peut tout de même légitimement se demander si elle comprend autant d'informations. Pour ne citer qu'un exemple, la Convention englobe des activités ou mesures, visées à l'article 2 paragraphe 3 lettre b CA, qui ne doivent pas nécessairement relever d'un processus décisionnel qualifié d'environnemental. Il suffit qu'elles risquent d'avoir des incidences sur l'environnement, telles que la planification du tourisme ou des transports<sup>42</sup>, cas qui ne semblent pas être couverts, à première vue, par la définition de la LPE.

Le message du Conseil fédéral portant approbation de la Convention d'Aarhus prévoit de toute façon qu'en cas de doute sur la qualification d'informations sur l'environnement, il est possible de s'appuyer directement sur l'article 2 paragraphe 3 CA, afin de garantir une interprétation conforme au texte<sup>43</sup>. Le droit de l'environnement étant fédéral (art. 74 à 80 Cst.), les cantons ne disposent plus de compétences à cet égard et l'exercice d'interprétation conforme devra donc être effectué tant par la Confédération que par eux-mêmes.

### **C. Le terme « public » (art. 2 par. 4 CA)**

Par « public », il faut entendre une ou plusieurs personnes physiques ou morales et, conformément à la législation ou à la coutume du pays, les associations, organisations ou groupes constitués par ces personnes. En soi, le terme « public » n'est assujéti à aucune condition ou restriction.

Par ailleurs, l'article 3 paragraphe 9 CA établit qu'aucune personne ne peut être exclue de la définition pour des raisons de nationalité, domicile, citoyenneté ou domiciliation du siège social. Les individus qui sont des non-ressortissants ont, par conséquent, des droits et intérêts garantis par la Convention<sup>44</sup>.

## **VI. Dispositions générales de la Convention d'Aarhus (art. 3 CA)**

L'article 3 CA énonce les principes généraux applicables pour toutes les autres dispositions de la Convention. Il est particulièrement important pour la mise en œuvre et le succès de cette dernière.

<sup>42</sup> CEE-ONU, p. 53.

<sup>43</sup> Message Aarhus 2012, FF 2012 p. 4044.

<sup>44</sup> CEE-ONU, p. 56.

L'article 3 paragraphe 1 CA oblige chaque partie à prendre les mesures législatives, réglementaires ou autres nécessaires, y compris des mesures visant à assurer la compatibilité des dispositions donnant effet aux articles de la Convention relatifs à l'information, à la participation du public et à l'accès à la justice, ainsi que des mesures d'exécution appropriées, dans le but de mettre en place et de maintenir un cadre précis, transparent et cohérent aux fins de l'application des dispositions de la Convention.

Cette formulation indique clairement qu'une simple déclaration de la partie selon laquelle la Convention est directement applicable ne suffit pas pour satisfaire à l'obligation de garantir un cadre précis, transparent et cohérent aux fins de l'application de la Convention<sup>45</sup>. De même, le fait qu'en vertu de la Constitution d'une partie, des accords internationaux soient directement applicables et aient la primauté sur la législation nationale ne dispense pas cette partie de prendre les mesures législatives et autres nécessaires pour garantir l'application effective de la Convention<sup>46</sup>. Les autres mesures possibles pourraient notamment consister en des stratégies, des codes de conduite et des recommandations sur les bonnes pratiques<sup>47</sup>.

L'article 3 paragraphe 2 CA prévoit que chaque partie tâche de faire en sorte que les fonctionnaires et les autorités aident le public et lui donnent des conseils pour lui permettre notamment d'avoir accès à l'information. Ce paragraphe n'engage pas directement les parties à désigner spécialement des fonctionnaires pour aider le public à obtenir de l'information, participer au processus décisionnel ou avoir accès à la justice. En pratique, cette obligation peut être satisfaite de deux façons : l'une consiste à désigner spécialement des personnes à contacter ; l'autre, à faire obligation aux fonctionnaires chargés d'une affaire donnée d'apporter leur concours au public<sup>48</sup>.

L'article 3 paragraphe 3 CA met à la charge de chaque partie la mission de favoriser l'éducation écologique du public et sensibiliser celui-ci aux problèmes environnementaux, afin qu'il sache comment procéder pour avoir accès à l'information, participer au processus décisionnel et saisir la justice en matière d'environnement. L'éducation écologique fait intervenir une formation générale à tous les niveaux, tandis que la sensibilisation aux problèmes de l'environnement est plus axée sur des thèmes particuliers et peut souvent servir à modifier les comportements en matière d'environnement<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> CEE-ONU, p. 60.

<sup>46</sup> ACCC/C/2005/11 (*Belgique*), ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add. 2, § 43.

<sup>47</sup> CEE-ONU, p. 60.

<sup>48</sup> CEE-ONU, p. 63.

<sup>49</sup> CEE-ONU, p. 64.

Selon l'article 3 paragraphe 4 CA, chaque partie doit accorder la reconnaissance et l'appui voulus aux associations, organisations ou groupes qui ont pour objectif la protection de l'environnement et faire en sorte que son système juridique national soit compatible avec cette obligation. En d'autres termes, elle doit avant tout s'assurer que son système national prévoit la possibilité de créer et d'immatriculer des associations et des ONG<sup>50</sup>.

## **VII. Le droit d'accès à l'information en matière d'environnement (art. 4 CA)**

### **A. Généralités**

L'article 4 paragraphe 1 CA pose comme règle générale l'obligation, pour chaque partie, de mettre à disposition du public les informations qui lui sont demandées dans le cadre de sa législation nationale. Cette dernière expression peut porter à confusion, mais elle signifie uniquement que le droit national doit permettre cet accès, d'une manière ou d'une autre, aux conditions prévues par la Convention<sup>51</sup>.

Ce principe du droit d'accès est limité par une liste exhaustive d'exceptions énumérées ci-dessous.

### **B. Modalités du droit d'accès**

#### *1. Date de création de l'information*

Le droit d'accès instauré par la Convention s'applique à toutes les informations, indépendamment du moment où elles ont été produites<sup>52</sup>.

La Suisse a cependant prévu deux exceptions. En effet, dans les domaines de l'énergie nucléaire et de la radioprotection, l'application de l'article 5 CA se fait sous la réserve de l'article 23 LTrans, qui prévoit uniquement l'accès aux documents officiels établis ou remis aux autorités après l'entrée en vigueur de la loi, le 1<sup>er</sup> juillet 2006.

<sup>50</sup> CEE-ONU, p. 66.

<sup>51</sup> CEE-ONU, p. 79 ; EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, pp. 134-136.

<sup>52</sup> Message Aarhus 2012, FF 2012 p. 4045 ; FLÜCKIGER, p. 770 ; MONTAVON/VOLLERY, p. 473 ; SIDLER/BALLY, p. 735.

## 2. *Forme de l'information*

La Convention vise toute information disponible sous forme écrite, visuelle, orale ou électronique, ou sous toute autre forme matérielle (art. 2 par. 3 CA), soit toutes les formes d'information enregistrées sur un support de données<sup>53</sup>. Le terme « oral » peut prêter à confusion, mais il faut considérer qu'il se rapporte à un support de données, tel que des enregistrements vidéo et audio<sup>54</sup> et non, comme le texte pourrait le laisser penser, à des informations prononcées oralement<sup>55</sup>. De la sorte, lorsque des informations ne sont pas enregistrées sur un support de données matériel, elles ne font pas partie du champ d'application de la Convention<sup>56</sup>.

Par ailleurs, la Convention garantit un accès à « l'information », laquelle doit être distinguée du « document »<sup>57</sup>. Ainsi, outre les produits finis, le terme englobe aussi l'information sous forme brute et non traitée<sup>58</sup>. Des copies des documents dans lesquelles ces informations se trouvent effectivement consignées peuvent également être obtenues, sous réserve de l'article 4 paragraphe 2 lettre b CA.

## 3. *Auteur de la demande*

À teneur de l'article 4 paragraphe 1 CA, le public au sens de l'article 2 paragraphe 4 CA, tel que défini ci-dessus, peut obtenir les informations sur l'environnement.

## 4. *Absence de justification de la demande*

L'article 4 paragraphe 1 lettre a CA prévoit un droit d'accès aux informations sur l'environnement très large, sans avoir besoin de faire valoir un intérêt particulier.

En pratique, le CERD indique qu'il serait préférable que le requérant précise que les renseignements sollicités ont trait à l'environnement, afin de faciliter le travail de l'autorité. Toutefois, ce n'est nullement obligatoire<sup>59</sup>.

<sup>53</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 111.

<sup>54</sup> CEE-ONU, p. 50.

<sup>55</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 111.

<sup>56</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 12.

<sup>57</sup> FLÜCKIGER, p. 756.

<sup>58</sup> CEE-ONU, p. 51.

<sup>59</sup> ACCC/C/2007/21 (*Communauté européenne*), ECE/MP.PP/C.1/2009/2/Add. 1, § 35.

## 5. *Forme de la réponse*

La Convention impose aux autorités saisies de se déterminer formellement et expressément sur les requêtes d'accès aux informations. Selon l'article 4 paragraphe 1 lettre b CA, la réponse intervient sous la forme sollicitée, à moins : qu'il soit raisonnable pour l'autorité publique de communiquer les informations en question sous une autre forme, auquel cas les raisons de ce choix devront être indiquées ; ou que les informations en question aient déjà été rendues publiques sous une autre forme.

Les informations transmises doivent être exactes et complètes<sup>60</sup>.

## 6. *Délai et notification de la réponse*

Les informations sur l'environnement sont mises à la disposition du public au plus tard dans un délai d'un mois à compter de la date de la demande. Ce délai peut être porté à deux mois si le volume et la complexité des éléments d'information demandés le justifient. Dans de tels cas, l'auteur de la demande est informé de toute prorogation du délai et des motifs qui la justifient (art. 4 par. 2 CA).

Au terme de la durée maximale de deux mois, une décision de rejet devrait être prise si la communication n'intervient pas<sup>61</sup>.

À teneur de l'article 4 paragraphe 7 CA, le rejet d'une demande d'informations est notifié par écrit si cette demande a été faite par écrit ou si son auteur sollicite une réponse écrite. En cas de rejet, l'autorité publique expose les motifs de ce rejet et informe l'auteur de la demande du recours dont il dispose en vertu de l'article 9 CA. Les autorités ont donc l'obligation de motiver les refus, ce qui implique qu'elles ne peuvent se déterminer par le seul silence<sup>62</sup>.

## 7. *Accès partiel*

Chaque partie fait en sorte, si cela est possible sans en compromettre le caractère confidentiel, de dissocier les informations sur l'environnement demandées qui, en vertu des articles 4 paragraphe 3 lettre c et 4 paragraphe 4

<sup>60</sup> WISARD/ORCEL, p. 493.

<sup>61</sup> ACCC/C/2008/24 (*Espagne*), ECE/MP.PP/2011/2/Add. 1, § 74 ; WISARD/ORCEL, p. 493.

<sup>62</sup> ACCC/C/2010/51 (*Roumanie*), ECE/MP.PP/C.1/2014/12, § 80 et 95 ; WISARD/ORCEL, p. 492.

CA n'ont pas à être divulguées, des autres informations sur l'environnement requises. Les autorités publiques communiquent ces dernières (art. 4 par. 6 CA).

#### 8. *Perception d'un droit*

Les autorités peuvent percevoir un droit raisonnable pour la fourniture des informations sollicitées. Elles doivent communiquer aux auteurs des requêtes le barème des droits à acquitter, en indiquant les cas dans lesquels elles peuvent y renoncer (art. 4 par. 8 CA).

Le coût devrait idéalement se limiter au coût matériel occasionné par la production de l'information, afin de ne pas dissuader ou limiter l'accès des personnes souhaitant obtenir des informations<sup>63</sup>. Le tarif des photocopies des documents remis doit rester proche des tarifs commerciaux. À cet égard, un émolument de EUR 2.– par page est excessif<sup>64</sup>.

Un simple accès aux informations demandées n'est pas suffisant si le requérant souhaite expressément des copies. Dans ce cas, les autorités sont tenues de fournir les pièces requises sous forme de copies<sup>65</sup> ou sous toute autre forme si cela se justifie (art. 4 par. 1 CA). Les documents demandés peuvent donc aussi être numérisés et transmis sur un support électronique<sup>66</sup>.

### **VIII. Les motifs de refus de l'accès à l'information (art. 4 par. 3 et 4 CA)**

#### **A. Généralités**

Si les motifs qui permettent aux autorités de refuser l'accès à des informations sur l'environnement sont listés à l'article 4 paragraphes 3 et 4 CA, des principes différents gouvernent ces deux paragraphes.

<sup>63</sup> CEE-ONU, p. 94.

<sup>64</sup> ACCC/C/2008/24 (*Espagne*), ECE/MP.PP/2011/2/Add.1, § 79 ; WISARD/ORCEL, p. 495.

<sup>65</sup> ACCC/C/2012/69 (*Roumanie*), ECE/MP.PP/C.1/2015/10, § 55 ; WISARD/ORCEL, p. 493.

<sup>66</sup> ACCC/C/2008/24 (*Espagne*), ECE/MP.PP/2011/2/Add.1, § 69 ; WISARD/ORCEL, p. 493. À cet égard, les autorités publiques ne peuvent imposer à une personne de se déplacer sur une distance de 200 kilomètres et n'autoriser la consultation de milliers de pages de documents que sur deux ordinateurs seulement sans permettre d'en faire des copies sur des CD-ROM : ACCC/2009/36 (*Espagne*), CE/MP.PP/2011/2/Add. 1, § 61 s.

## **Les points suivants s'appliquent aux paragraphes 3 et 4 de l'article 4 CA.**

### *1. Exhaustivité des motifs de refus*

Il doit tout d'abord exister un motif de refus listé à l'article 4 paragraphes 3 et 4 CA. En effet, les motifs de refus sont exhaustifs<sup>67</sup>, dans le sens où les parties ne peuvent pas prévoir d'exceptions supplémentaires<sup>68</sup>.

Néanmoins, les parties ne doivent pas prévoir tous ces motifs de refus. En effet, l'article 3 paragraphe 6 CA précise que rien n'oblige à déroger aux droits existants préalablement.

Si des motifs de refus supplémentaires étaient ajoutés au droit interne dans le cadre de la transposition de la Convention, nous sommes d'avis que cela irait contre le but de celle-ci, qui vise au contraire à alléger l'accès à l'information pour les informations sur l'environnement. Le CERD estime d'ailleurs qu'il ne devrait pas y avoir de régression des droits déjà existants, soit que les parties ne devraient pas ajouter des motifs de refus qui n'existaient pas avant l'entrée en vigueur de la Convention, en application de l'article 3 paragraphes 5 et 6 CA. Cet avis n'a cependant pas encore été validé par la Réunion des parties<sup>69</sup>.

Ceci étant dit, le motif de refus de l'article 4 paragraphe 4 lettre h CA peut exceptionnellement être ajouté en droit interne, puisqu'un tel ajout irait dans le sens de la protection de l'environnement voulue par la Convention.

### *2. Pas de motifs de refus « fixes »*

Les parties ne peuvent pas étendre la protection prévue par les exceptions de la Convention<sup>70</sup>. En effet, à teneur du texte même de l'article 4 paragraphes 3 et 4 CA, les parties « peuvent » mais ne « doivent » pas refuser l'accès dans les cas visés par les exceptions listées.

<sup>67</sup> ALMELING, p. 38 ss. ; ERRASS, p. 59 ss.

<sup>68</sup> Un imposant volume de documents ou le refus de l'auteur des informations demandées ne sont pas des motifs de refus au sens de la Convention : ACCC/C/2008/30 (*République de Moldova*), ECE/MP.PP/2011/2/Add. 1, § 31 ; ACCC/C/2007/21 (*Communauté européenne*), ECE/MP.PP/C.1/2009/2/Add. 1, § 31.

<sup>69</sup> CEE-ONU, p. 68 ; EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 128.

<sup>70</sup> À titre d'exemple, les exceptions de l'ancienne Directive 90/313/CEE du Conseil du 7 juin 1990 concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement étaient largement libellées, ce qui avait posé des problèmes dans la pratique.

Serait donc contraire à la Convention une exception « fixe », soit une exception formulée de manière à ce qu'elle enlève une grande partie du pouvoir d'appréciation de l'autorité<sup>71</sup>.

**Les points suivants s'appliquent uniquement au paragraphe 4 de l'article 4 CA.**

3. *Interprétation restrictive des motifs de refus*

Les motifs de refus doivent être interprétés de manière restrictive, afin de ne pas tenir en échec le principe d'accès à l'information environnementale garanti par la Convention<sup>72</sup> car, en pratique, ces motifs de refus couvrent un champ énorme, ce qui a pour conséquence que presque toutes les demandes sont susceptibles d'en toucher un.

4. *Les motifs de refus doivent déployer des incidences défavorables sur l'intérêt protégé*

Un motif de refus énuméré dans la liste ne suffit pas. Il faut encore que la divulgation déploie des effets négatifs sur l'intérêt protégé, conformément au texte de l'article 4 paragraphe 4 CA.

Ce dernier utilise le mot « aurait » et non « pourrait avoir », ce qui signifie qu'une simple hypothèse n'est pas suffisante<sup>73</sup>. Des effets défavorables doivent donc être raisonnablement prévisibles dans le cas concret et non purement hypothétiques de manière générale<sup>74</sup>. Ceci étant dit, une pesée des intérêts s'impose même en cas d'effets négatifs, comme explicité ci-dessous.

<sup>71</sup> MONTAVON/VOLLERY, p. 472. Par exemple, une législation nationale ne peut pas prévoir d'obligation de refuser l'accès à des documents dans les cas visés par les exceptions de la Convention: ACCC/C/2008/30 (*République de Moldova*), ECE/MP.PP/2011/2/Add. 1, § 38.

<sup>72</sup> Notamment CJUE, C-442/14 (*Bayer CropScience SA-NV et Stichting De Bijenstichting*) du 23 novembre 2016, § 55.

<sup>73</sup> CEE-ONU, p. 86 ; EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, pp. 150 ss.

<sup>74</sup> CJUE, affaires jointes C-39/05 P et C-52/05 P (*Sweden and Turco*), § 32 s. ; EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, pp. 150 ss.



5. *Pesée des intérêts obligatoire même en cas d'incidences défavorables sur l'intérêt protégé par un motif de refus*

La présence d'effets négatifs sur l'intérêt protégé par un motif de refus ne suffit pas pour refuser l'accès à des informations sur l'environnement. Il faut encore effectuer une pesée des intérêts en présence<sup>75</sup> qui tienne compte de l'intérêt que la divulgation des informations requises présenterait pour le public et selon que ces informations ont trait ou non aux émissions dans l'environnement (art. 4 par. 4 *in fine* CA). Une pesée des intérêts doit donc être effectuée quand bien même le législateur national déterminerait par une disposition à caractère général des critères qui permettent de faciliter cette appréciation comparée des intérêts<sup>76</sup>. Dans ce cadre, la marge de manœuvre des autorités doit notamment tenir compte du préambule et de l'objet de la Convention.

Pour refuser l'accès, il faut donc qu'il existe des effets négatifs concrets, dont le poids soit considérablement plus important que l'intérêt public à la divulgation puisque des effets négatifs abstraits ne peuvent l'emporter qu'exceptionnellement et en tout cas pas s'il s'agit d'informations sur des émissions<sup>77</sup>.

En cas de doute, le droit à l'information doit primer<sup>78</sup>.

a) *Intérêt public à la divulgation des informations*

Cette expression n'est pas définie dans la Convention, de sorte que les parties disposent d'une marge de manœuvre pour définir l'intérêt public, dans laquelle ils doivent toujours tenir compte du préambule et de l'objet de la Convention.

Dans ce cadre, il sied de mentionner le 6<sup>e</sup> paragraphe des Lignes directrices de Sofia<sup>79</sup>, selon lequel il faut évaluer, dans chaque cas, si l'intérêt général est mieux servi par la divulgation de l'information ou par sa non-divulgation<sup>80</sup>. Les informations demandées doivent ainsi être fournies lorsque l'intérêt public servi par la divulgation l'emporte sur l'intérêt individuel à les garder confidentielles.

<sup>75</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 144 ; MONTAVON/VOLLERY, p. 472.

<sup>76</sup> CJUE, C-266/09 (*Stichting Natuur en Milieu e.a.*) du 16 décembre 2010, § 58.

<sup>77</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 152.

<sup>78</sup> EPINEY, p. 19 ; EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 151.

<sup>79</sup> Lignes directrices de Sofia sur la participation du public à la prise de décisions en matière d'environnement adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 27 septembre 2017.

<sup>80</sup> CEE-ONU, p. 90.

b) *Les informations concernant des émissions qui risquent de nuire à la qualité de l'environnement*

Selon l'article 3 paragraphe 4 de la Directive 2010/75/UE<sup>81</sup>, il faut comprendre par émission le rejet direct ou indirect, à partir de sources ponctuelles ou diffuses de l'installation, de substances, de vibrations, de chaleur ou de bruit dans l'air, l'eau ou le sol<sup>82</sup>. La Cour de justice de l'Union européenne a jugé que cette définition était trop restrictive ; pour elle, relève de la notion d'émissions dans l'environnement « *le rejet de produits ou de substances, tels que les produits phytopharmaceutiques ou biocides et les substances que ces produits contiennent, dans l'environnement, pour autant que ce rejet soit effectif ou prévisible dans des conditions normales ou réalistes d'utilisation* »<sup>83</sup>. En outre, constituent des informations relatives à des émissions dans l'environnement « *les indications concernant la nature, la composition, la quantité, la date et le lieu des « émissions dans l'environnement » de ces produits ou substances, ainsi que les données relatives aux incidences, à plus ou moins long terme, de ces émissions sur l'environnement, en particulier les informations relatives aux résidus présents dans l'environnement après l'application du produit en cause et les études portant sur le mesurage de la dérive de la substance lors de cette application, que ces données soient issues d'études réalisées en tout ou partie sur le terrain, d'études en laboratoire ou d'études de translocation* »<sup>84</sup>. Pour le guide d'application de la Convention, toute information sur les émissions qui risquent de nuire à la qualité de l'environnement doit être considérée comme pertinente aux fins de la protection de l'environnement, quel que soit le volume des émissions<sup>85</sup>.

Les informations sur les émissions ont un rang de priorité élevé dans la balance des intérêts, même en cas d'effets négatifs concrets, sauf si le cœur de l'intérêt protégé est touché<sup>86</sup>. Cela s'explique logiquement par le principe selon lequel les informations relatives aux émissions perdraient leur caractère exclusif dès lors que les émissions entreraient dans le domaine public<sup>87</sup>.

<sup>81</sup> Directive 2010/75/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles.

<sup>82</sup> Art. 3 par. 4 de la Directive 2010/75/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles.

<sup>83</sup> CJUE, C-442/14 (*Bayer CropScience SA-NV et Stichting De Bijenstichting*) du 23 novembre 2016, § 103.

<sup>84</sup> CJUE, C-442/14 (*Bayer CropScience SA-NV et Stichting De Bijenstichting*) du 23 novembre 2016, § 103.

<sup>85</sup> CEE-ONU, p. 88.

<sup>86</sup> CEE-ONU, p. 90 ; EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 151 ; MONTAVON/VOLLERY, p. 473.

<sup>87</sup> CEE-ONU, p. 88.

Enfin, lorsqu'une partie entend utiliser une exception malgré le fait que les informations en question concernent des émissions pertinentes pour la charge environnementale, elle doit le justifier de manière plus importante que si les informations ne concernent qu'une des exceptions de l'article 4 paragraphes 3 et 4 CA.

**B. L'autorité publique à laquelle la demande est adressée n'est pas en possession des informations sollicitées (art. 4 par. 3 let. a CA)**

Si l'autorité publique peut refuser une requête lorsqu'elle n'est pas en possession des informations sollicitées, il lui incombe néanmoins de posséder et tenir à jour toutes les informations sur l'environnement qui sont utiles à l'exercice de ses fonctions (art. 5 par. 1 let. a CA).

Le présent motif de refus ne peut pas être retenu lorsque, pour des raisons pratiques, l'autorité consigne auprès de tiers des informations sur l'environnement dont elle a le droit de disposer car, autrement, l'étendue du droit d'obtenir des informations serait laissée à sa discrétion<sup>88</sup>. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs jugé que l'autorité (ou plutôt son délégataire) devait récupérer des données sollicitées alors qu'elles n'étaient plus en sa possession au moment de la demande<sup>89</sup>.

Il sied de rappeler que l'article 4 paragraphe 3 lettre a CA vise toutes les informations « en possession » de l'autorité, y compris celles dont elle n'est pas l'auteur.

Si une autorité publique n'est pas en possession des informations sur l'environnement requises, elle fait savoir aussi rapidement que possible à l'auteur de la demande à quelle autorité publique celui-ci peut, à sa connaissance, s'adresser pour obtenir les informations en question, ou transmet la requête à cette autorité et en informe son auteur (art. 4 par. 5 CA).

**C. La demande est manifestement abusive (art. 4 par. 3 let. b CA)**

Les parties qui prévoient ce motif doivent définir un cadre assez strict dans lequel une demande sera déclarée manifestement abusive, afin d'éviter tout arbitraire. Pour cela, il convient de se référer à la raison d'être du droit à

<sup>88</sup> BUTT, pp. 72 ss. ; CEE-ONU, p. 83 ; THURNHERR, Umweltinformationen, p. 120.

<sup>89</sup> ATF 144 II 91 = JdT 2018 I 135, consid. 2.4.7 (« *Greenpeace vs Leipzig* »).

l'information environnementale visé par la Convention. Dans ce contexte, il doit être évident que la requête ne vise pas à obtenir une meilleure information sur la charge environnementale, ses causes ou ses améliorations, mais bien d'autres buts. Ces derniers peuvent être privés ou avoir pour conséquence l'obstruction du travail des autorités<sup>90</sup>.

Une demande multiple n'est pas abusive en soi. De même, le volume et la complexité ne suffisent pas, à eux seuls, à rendre une requête manifestement abusive<sup>91</sup>. Par contre, un abus devrait pouvoir être présumé si la requête est destinée à interférer délibérément et systématiquement avec le travail des autorités<sup>92</sup>.

Cette exception devrait être rarement utilisée, étant donné que les demandes d'accès à l'information environnementale ne nécessitent pas de faire valoir d'intérêt particulier et qu'une évidence d'abus est requise<sup>93</sup>.

#### **D. La demande est formulée en termes trop généraux (art. 4 par. 3 let. b *in fine* CA)**

La Convention ne définit pas l'expression « trop généraux », de sorte que les parties qui choisissent de prévoir cette exception devraient, là aussi, donner des indications à ce sujet afin d'éviter tout arbitraire.

Une demande doit être assez précise pour que les documents puissent être identifiés<sup>94</sup>. Si elle ne l'est pas, les autorités ne devraient pas se contenter de la rejeter, mais essayer de discuter avec le requérant afin de la comprendre.

Si une requête ayant trait à tous les documents environnementaux au sein de l'État doit être jugée comme étant trop générale<sup>95</sup>, ne devraient pas être considérés comme telles :

- une demande ayant une trop large portée, puisque le public a, en soi, accès à tous les documents en mains des autorités<sup>96</sup> ;

<sup>90</sup> EPINEY, p. 18.

<sup>91</sup> CEE-ONU, p. 84 ; EPINEY, p. 18. Si les informations sollicitées représentent un volume important de documentation, les autorités peuvent, cas échéant, procéder à une communication électronique : ACCC/C/2004/03 (*Ukraine*), ECE/MP.PP/C.1/2005/2/Add. 3, § 32.

<sup>92</sup> ERRASS, p. 63 ; RÖGER, § 7 N. 55 s.

<sup>93</sup> EPINEY, p. 18.

<sup>94</sup> Cf. art. 10 al. 3 LTrans.

<sup>95</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 147.

<sup>96</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 147.

- une demande concernant un volume important de documents, car un tel motif permet une prorogation de délai et non un refus, conformément à l'article 4 paragraphe 2 CA<sup>97</sup>. Au demeurant, dans cette hypothèse, les autorités peuvent, cas échéant, procéder à une communication électronique<sup>98</sup> ;
- une demande portant sur les analyses de l'eau réalisées par toutes les administrations locales d'un département pendant cinq mois spécifiés<sup>99</sup> ;
- une demande sur l'ensemble des documents concernant la réalisation d'un réseau routier local<sup>100</sup>.

**E. Les documents en cours d'élaboration, à condition que cette exception soit prévue par le droit interne ou la coutume, compte tenu de l'intérêt que la divulgation des informations demandées présenterait pour le public (art. 4 par. 3 let. c CA)**

Les raisons d'être de ce motif de refus sont les suivantes. Tout d'abord, l'autorité doit pouvoir conserver un minimum de liberté d'action et développer ses projets avec la liberté nécessaire. Ensuite, elle ne doit pas être soumise à des pressions<sup>101</sup>. Finalement, elle doit disposer de l'espace nécessaire pour un travail concentré<sup>102</sup>.

Cela étant, il faut également prendre en compte le fait que l'article 6 paragraphes 2, 4 et 6, ainsi que les articles 7 et 8 CA, visent une participation du public le plus tôt possible, ce qui implique nécessairement un accès à certains documents le plus tôt possible au cours du processus décisionnel. Si les décisions sont déjà prises, la participation au sens de la Convention ne peut plus avoir lieu<sup>103</sup>. Cela signifie que des versions provisoires et projets de

<sup>97</sup> ACCC/C/2008/30 (*République de Moldova*), ECE/MP.PP/C.1/2009/6/Add. 3, § 31.

<sup>98</sup> ACCC/C/2004/03 (*Ukraine*), ECE/MP.PP/C.1/2005/2/Add. 3, § 32.

<sup>99</sup> Exemple tiré de la pratique de la Commission française d'accès aux documents administratifs, cité par CEE-ONU, p. 84.

<sup>100</sup> Exemple tiré de la pratique de la Commission française d'accès aux documents administratifs, cité par CEE-ONU, p. 84.

<sup>101</sup> ERRASS, p. 63.

<sup>102</sup> *Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen*, KOM(2000) 402 endgültig, p. 14.

<sup>103</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 148.

documents ne doivent pas automatiquement être considérés comme étant « en cours d'élaboration »<sup>104</sup>.

L'expression « document en cours d'élaboration » n'est pas définie par la Convention, de sorte que les parties devraient le faire afin d'éviter tout arbitraire. Il est tout d'abord important de préciser que l'élaboration se rapporte à un document et non à un processus décisionnel<sup>105</sup>. Sont visés les documents qui vont « faire l'objet d'un travail plus approfondi dans un laps de temps raisonnable »<sup>106</sup>, tel que l'exprime plus clairement la version anglaise (texte authentique) « *in the course of completion* ». Une limite pourrait néanmoins à nouveau se trouver dans l'effectivité de l'action des autorités, à l'instar des autres motifs de refus mentionnés à l'article 4 paragraphe 3 CA<sup>107</sup>.

Ne tombent pas sous cette exception des données brutes relatives à la pollution atmosphérique recueillies par une station de contrôle et non encore soumises à une méthode de correction, puisque l'autorité peut toujours accompagner les documents de l'indication que les données n'ont pas encore été traitées selon la procédure usuelle pour ce type de données<sup>108</sup>. Il en va pareillement des études commandées par un ministère à une entité liée, présentées audit ministère et approuvées par celui-ci<sup>109</sup>.

L'intérêt que la divulgation des informations demandées présenterait pour le public doit être pris en compte pour invoquer ce motif de refus. En outre, il faut que cette exception soit déjà prévue par le droit interne de manière générale. En effet, si cette exception était uniquement ajoutée au droit interne dans le cadre de la transposition de la Convention, cela irait contre le but de cette dernière, qui vise précisément à alléger l'accès à l'information pour des documents environnementaux<sup>110</sup>.

En cas de refus d'accès au document, l'autorité publique devra évidemment spontanément transmettre ce dernier au demandeur une fois son élaboration terminée.

<sup>104</sup> CEE-ONU, p. 85.

<sup>105</sup> ACCC/C/2010/51 (*Roumanie*), ECE/MP.PP/C.1/2014/12, § 87.

<sup>106</sup> CEE-ONU, p. 85 ; EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 147.

<sup>107</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 148.

<sup>108</sup> ACCC/C/2010/53 (*Royaume-Uni*), ECE/MP.PP/C.1/2013/3, § 75 à 77.

<sup>109</sup> ACCC/C/2010/51 (*Roumanie*), ECE/MP.PP/C.1/2014/12, § 87.

<sup>110</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 150.

**F. Les documents concernant des communications internes des autorités publiques, à condition que cette exception soit prévue par le droit interne ou la coutume, compte tenu de l'intérêt que la divulgation des informations demandées présenterait pour le public (art. 4 par. 3 let. c CA)**

Ce motif de refus vise les communications au sein d'une même autorité et non entre différentes autorités. Il protège la transmission d'informations et non la formation de la volonté administrative interne, laquelle est garantie par l'article 4 paragraphe 4 lettre a CA. En effet, la raison d'être de cette exception est la nécessité pour l'autorité de maintenir une image extérieure cohérente<sup>111</sup>.

Cette exception ne s'applique ni à des documents factuels, même s'ils sont encore sous forme de projet, ni à des études commandées par les autorités publiques auprès d'entités extérieures indépendantes.

Pour invoquer ce motif de refus, l'intérêt que la divulgation des informations sollicitées présenterait pour le public doit être pris en compte. Par ailleurs, il faut aussi que cette exception soit déjà prévue par le droit interne de manière générale<sup>112</sup>.

**G. Le secret des délibérations des autorités publiques, lorsque ce secret est prévu par le droit interne (art. 4 par. 4 let. a CA)**

Cette exception vise à protéger le processus décisionnel interne des autorités, afin de garantir une prise de position neutre, reflétant leur volonté et leur propre opinion. En particulier, il s'agit d'éviter d'exposer les autorités à une publicité qui pourrait les inhiber et les influencer dans leur prise de décision.

Le CERD a estimé qu'il ne suffisait pas que le droit national prévienne l'exception ; il faut encore qu'il établisse clairement la portée de la notion du mot « délibérations », qui renvoie, pour lui, aux étapes finales des processus décisionnels des autorités publiques<sup>113</sup>. Le législateur ne doit en effet pas laisser

<sup>111</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 149.

<sup>112</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 150.

<sup>113</sup> CJUE, C-204/09 (*Flachglas Torgau GmbH*), § 63.

aux autorités l'entière responsabilité de déterminer les circonstances dans lesquelles les délibérations sont confidentielles<sup>114</sup>.

Cette exception ne doit porter que sur les informations relatives au déroulement des délibérations et à l'avis interne des autorités publiques (ou de leur représentant)<sup>115</sup>. Elle concerne des activités concrètes telles que des réunions mais elle n'englobe pas toute action menée par les autorités publiques<sup>116</sup>. À titre d'exemple, le droit interne peut prévoir la possibilité de considérer comme informations confidentielles les comptes rendus de certaines réunions ayant pour objet de sélectionner les sites possibles pour l'implantation d'une centrale nucléaire, mais il ne peut qualifier de confidentielles toutes les mesures prises par les autorités en vue de choisir ces emplacements appropriés, y compris l'ensemble des études et documents y relatifs<sup>117</sup>.

Ainsi, sont *a priori* notamment visées par l'exception<sup>118</sup> :

- les délibérations des comités d'experts ;
- les délibérations en matière de conséquences juridiques, lorsque les autorités disposent d'un pouvoir d'appréciation ;
- les délibérations dans le cadre d'activités législatives d'une autorité, lorsqu'elles concernent des normes d'un rang inférieur à celui d'une loi formelle ;
- les délibérations au niveau politique.

En revanche, compte tenu de l'interprétation restrictive qui doit être effectuée, ne sont *a priori* pas soumis à cette exception<sup>119</sup> :

- les faits sur lesquels les délibérations sont fondées ;
- les résultats des délibérations, sans mentionner les prises de position individuelles des participants ;
- les délibérations concernant des décisions, lorsque les autorités se trouvent dans une situation de compétence liée (lorsque la loi ne prévoit aucun pouvoir d'appréciation des autorités) ;
- l'interprétation d'éléments de faits ;
- l'interprétation de notions juridiques indéterminées en fonction de faits ;

<sup>114</sup> *Ibidem*.

<sup>115</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 153.

<sup>116</sup> WISARD/ORCEL, p. 494.

<sup>117</sup> ACCC/C/2010/51 (*Roumanie*), ECE/MP.PP/C.1/2014/12, § 89.

<sup>118</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 153.

<sup>119</sup> EPINEY, p. 20 ; EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 153.



- les délibérations dont la connaissance du contenu est ouverte à des tiers, peu importe que ces derniers fassent partie d'un cercle qui ne doit pas les transmettre. En effet, pour que des délibérations soient secrètes au sens de cette exception, leur transmission doit être systématiquement refusée<sup>120</sup>.

Cette exception doit être prévue par le droit interne de manière générale, et non seulement dans le domaine environnemental. En effet, si cette exception était uniquement ajoutée au droit interne dans le cadre de la transposition de la Convention, cela irait contre le but de cette dernière, qui vise à alléger l'accès à l'information pour les documents environnementaux<sup>121</sup>.

Enfin, les principes énumérés ci-dessus au point VIII. A. s'appliquent. En particulier, l'existence d'effets négatifs sur l'intérêt protégé par cette exception ne suffit pas et il faut encore effectuer une pesée des intérêts en présence. Par ailleurs, cette exception doit s'interpréter restrictivement, compte tenu de l'intérêt que revêt la divulgation pour le public et selon que les informations demandées concernent ou non des émissions.

## **H. Les relations internationales, la défense nationale ou la sécurité publique (art. 4 par. 4 let. b CA)**

Ces termes devraient avoir la même définition que celle choisie par les parties dans le cadre du droit international<sup>122</sup>. Même en les ayant définis, les parties disposent néanmoins d'une certaine marge d'interprétation, raison pour laquelle toute divulgation de l'information doit être susceptible d'entraîner, concrètement, une menace grave pour les intérêts ou les biens visés par cette exception<sup>123</sup>.

L'exception relative aux « relations internationales » s'applique par exemple lorsque la divulgation de documents, créés dans un contexte international, pourrait concrètement affecter la position de négociation de l'État en question<sup>124</sup>.

L'expression « défense nationale » comprend les informations concernant les secrets militaires importants pour le pays, ou ceux qui donnent indirectement des indications sur ces derniers. Il faut partir du principe que la défense

<sup>120</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 154.

<sup>121</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 150.

<sup>122</sup> CEE-ONU, p. 86.

<sup>123</sup> EPINEY, p. 21.

<sup>124</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 155.

nationale constitue un intérêt généralement supérieur à celui de la divulgation lorsqu'il existe un risque d'y avoir une atteinte grave et sérieuse<sup>125</sup>.

Enfin, la « sécurité publique » concerne la sécurité intérieure du pays<sup>126</sup>. Une simple menace aux droits individuels ne suffit pas. En outre, il faut un lien de causalité entre la divulgation et le danger concernant la sécurité publique. Ainsi, une situation sécuritaire généralement mauvaise ne peut pas, en soi, justifier l'utilisation de cette exception<sup>127</sup>. Le CERD a estimé qu'un secret d'État selon le droit interne ne suffit pas pour légitimer l'utilisation de cette exception, car il faut encore que la divulgation de ce secret ait une incidence sur la sécurité intérieure<sup>128</sup>.

À titre d'exemple, l'Ukraine et la Russie ont décidé que les informations sur l'environnement ne peuvent pas être déclarées secrets d'État<sup>129</sup>.

Finalement, les principes énumérés ci-dessus au point VIII. A. s'appliquent. En particulier, l'existence d'effets négatifs sur les intérêts protégés par cette exception ne suffit pas et il faut encore effectuer une pesée des intérêts en présence. De surcroît, ces exceptions doivent s'interpréter restrictivement, compte tenu de l'intérêt que revêt la divulgation pour le public et selon que les informations demandées concernent ou non des émissions.

## **I. La bonne marche de la justice, la possibilité pour toute personne d'être jugée équitablement ou la capacité d'une autorité publique d'effectuer une enquête d'ordre pénal ou disciplinaire (art. 4 par. 4 let. c CA)**

Cette exception vise trois cas différents. Seul le premier, soit celui relatif à la bonne marche de la justice, peut porter à confusion et mérite donc de s'y attarder.

Le but du premier cas visé par cette exception, soit la bonne marche de la justice, est d'éviter d'exposer les autorités à une publicité qui pourrait les inhiber et les influencer dans leur prise de décision. S'agissant du contenu de l'exception, deux conditions doivent être remplies, en plus des conditions valables pour tous les motifs de refus de l'article 4 paragraphe 4 CA :

<sup>125</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 155.

<sup>126</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 155.

<sup>127</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 155.

<sup>128</sup> ACCC/C/2010/51 (*Roumanie*), ECE/MP.PP/C.1/2014/12, § 94.

<sup>129</sup> CEE-ONU, p. 86.

- il doit s'agir uniquement d'une procédure concrète en cours, et non d'une procédure terminée ou d'une éventuelle future procédure, sauf si elle est imminente<sup>130</sup> ;
- il faut un « risque d'atteinte » à une procédure en cours, comme le confirment les trois textes authentiques de l'ONU (anglais, français et russe), ainsi que les versions espagnole et italienne. En effet, à part la version allemande qui semble, à tort, viser toutes les procédures en cours avec son expression « *laufende Gerichtsverfahren* » (traduction non officielle), toutes les langues suivantes ont le même sens que la version française : en anglais, « *the course of justice* » (texte authentique), en russe, l'administration de la justice (texte authentique), en espagnol, « *la buena marcha de la justicia* » (traduction officielle de l'ONU) et, en italien, « *il corso della giustizia* » (traduction non officielle). Le droit européen a d'ailleurs remplacé son ancienne expression « affaires pendantes devant une juridiction » par des informations qui porteraient atteinte à la « bonne marche de la justice »<sup>131</sup>.

Cette double condition est confirmée par le Tribunal administratif fédéral<sup>132</sup>, qui indique en substance qu'il faut un risque de porter atteinte à une procédure en cours<sup>133</sup>. Sont visées des influences ou des pressions venant de l'extérieur<sup>134</sup>. Dans ce cadre, il faut aussi prendre en compte la nécessité de garantir, tout au long de la procédure juridictionnelle, que les débats entre les parties ainsi que le délibéré de la juridiction concernée sur l'affaire en instance se déroulent en toute sérénité.

Un risque purement hypothétique ne suffit pas, raison pour laquelle une appréciation concrète et individuelle du contenu des documents visés dans la demande d'accès est en principe requise<sup>135</sup>, ce que confirme la doctrine, en énonçant notamment que la Convention n'est sûrement pas respectée dans le cas d'un refus d'accès à des mémoires de parties d'une procédure en cours sans

<sup>130</sup> TAF A\_4186/2015 du 28 janvier 2016, consid. 7.5.3.1 (« *Mountain wilderness* »).

<sup>131</sup> L'art. 3 par. 2 3<sup>e</sup> tiret de la Directive 90/313/CEE du Conseil du 7 juin 1990 concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement a été remplacé par l'art. 4 al. 2 let. c de la Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement.

<sup>132</sup> TAF A\_4186/2015 du 28 janvier 2016, consid. 7.5.3 (« *Mountain wilderness* »).

<sup>133</sup> CEE-ONU, p. 87.

<sup>134</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 157.

<sup>135</sup> Dans le même sens, se référer à l'arrêt CJUE, affaires jointes C-514/07 P, C-528/07 P et C-532/07 (*Royaume de Suède et autres*) du 21 septembre 2010, § 18.

analyse *in concreto* des documents<sup>136</sup>. En outre, les principes énumérés ci-dessus au point VIII. A. s'appliquent. En particulier, l'existence d'effets négatifs sur l'intérêt protégé par cette exception ne suffit pas et il faut encore effectuer une pesée des intérêts en présence. De plus, cette exception doit s'interpréter restrictivement, compte tenu de l'intérêt que revêt la divulgation pour le public et selon que les informations demandées concernent ou non des émissions.

Enfin, si cette exception ne couvre pas la tentative d'une partie à la procédure d'obtenir des faits ou des preuves pour une procédure en cours<sup>137</sup>, nous pensons qu'il faut tout de même s'assurer que l'accès aux informations sollicitées n'ait pas pour effet de créer une pression extérieure sur la procédure en cours, dans le sens relevé ci-dessus.

## **J. Le secret commercial et industriel lorsque ce secret est protégé par la loi afin de défendre un intérêt économique légitime (art. 4 par. 4 let. d CA)**

L'expression « secret commercial et industriel » n'étant pas définie, elle doit être clairement délimitée par le droit interne, afin de ne pas refuser la divulgation de documents de manière arbitraire<sup>138</sup>. En droit suisse, la notion de secret d'affaires appréhende toutes les informations qui pourraient nuire au résultat commercial de l'entreprise ou entraîner une distorsion de la concurrence si elles étaient connues d'entreprises concurrentes<sup>139</sup>. Dans ce cadre, il appartient au maître du secret d'indiquer concrètement et de manière détaillée pour quel motif une information serait couverte par le secret<sup>140</sup>.

Par exemple, rien ne permet de présumer que la divulgation d'un cahier des charges d'une entreprise serait susceptible de menacer la compétitivité de l'entreprise en question. En effectuant une pesée des intérêts dans ce cas concret, le Tribunal fédéral a considéré qu'une communication ne pouvait être refusée vu l'importance mineure de ces informations, face à l'importance que

<sup>136</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 157 ; CJUE, affaires jointes C-514/07 P, C-528/07 P et C-532/07 (*Royaume de Suède et autres*) du 21 septembre 2010, § 156.

<sup>137</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 157.

<sup>138</sup> ACCC/C/2010/51 (*Roumanie*), ECE/MP.PP/C.1/2014/12, § 90.

<sup>139</sup> ATF 144 II 91 = JdT 2018 I 135, consid. 3.1 (« *Greenpeace vs Leipstadt* ») ; ATF 142 II 340 = JdT 2017 I 26, consid. 3.2 ; TAF A-3649/2014 du 25 janvier 2016, consid. 8.2.2 ; TAF A-3621/2014 du 2 septembre 2015, consid. 4.2.2 ; TAF A-2434/2013 du 9 décembre 2013, consid. 8.2 ; JAAC 1/2013 du 18 septembre 2013, p. 25.

<sup>140</sup> TAF A-3649/2014 du 25 janvier 2016, consid. 8.2.2 ; TAF A-3621/2014 du 2 septembre 2015, consid. 4.2.2 ; TAF A-6291/2013 du 28 octobre 2014, consid. 7.4.3.

le droit cantonal accorde à la transparence<sup>141</sup>. De même, le CERD a considéré qu'une étude, préparée par une entité étroitement liée à l'administration publique, qui cherche un emplacement possible pour une centrale nucléaire, ne pouvait pas être considérée comme une information commerciale et industrielle<sup>142</sup>.

La Convention ne définit pas non plus quels sont les « intérêts économiques légitimes ». Cette exception vise plutôt les intérêts d'entreprises privées, même si elle peut aussi protéger les intérêts d'entités publiques, notamment celles visées à l'article 2 paragraphe 2 lettres b et c CA ou, dans des circonstances exceptionnelles, les intérêts légitimes d'États, pour autant qu'ils soient définis légalement comme des intérêts commerciaux et industriels<sup>143</sup>.

En outre, les principes énumérés ci-dessus au point VIII. A. s'appliquent. En particulier, cette exception ne signifie pas que les autorités ont l'interdiction de transmettre des informations portant atteinte à des intérêts économiques légitimes. En effet, il faut effectuer une pesée des intérêts en présence et interpréter cette exception de manière restrictive, en prenant en compte l'intérêt que la divulgation des informations demandées présenterait pour le public. Ainsi, la Convention exigerait la divulgation dans un cas où il y a un intérêt public important et un dommage relativement faible aux intérêts économiques légitimes<sup>144</sup>.

Enfin, l'article 4 paragraphe 4 lettre d CA précise que les informations sur les émissions qui sont pertinentes pour la protection de l'environnement doivent être divulguées. Dans cette hypothèse, l'exception ne devrait donc pas pouvoir être utilisée, ce qui permet notamment l'application de l'article 5 paragraphe 9 CA. Cependant, si les informations concernent des émissions entrant dans le champ d'application du Protocole, il faut consulter son article 12 paragraphe 1 lettre c et paragraphe 2<sup>145</sup>.

## **K. Les droits de propriété intellectuelle (art. 4 par. 4 let. e CA)**

La notion de propriété intellectuelle n'étant pas explicitée par la Convention, il convient de se référer au droit interne des parties. En droit suisse, sont notamment visés les marques, brevets, droits d'auteur et designs.

<sup>141</sup> TF 1C\_665/2017 du 16 janvier 2019, consid. 5.7.

<sup>142</sup> ACCC/C/2010/51 (*Roumanie*), ECE/MP.PP/C.1/2014/12, § 92.

<sup>143</sup> ACCC/C/2010/51 (*Roumanie*), ECE/MP.PP/C.1/2014/12, § 91.

<sup>144</sup> ACCC/C/2007/21 (*Communauté européenne*), ECE/MP.PP/C.1/2009/2/Add. 1, § 30.

<sup>145</sup> CEE-ONU Protocole, p. 91 ; FLÜCKIGER, p. 776.

Cette exception se recoupe partiellement avec le secret commercial, mais il peut arriver que les droits de propriété intellectuelle soient seuls concernés.

Le CERD a estimé que les auteurs d'études d'impact sur l'environnement, qui font partie d'un dossier ouvert au public dans une procédure administrative, ne pouvaient pas se prévaloir de droits de propriété intellectuelle dans le sens de la Convention<sup>146</sup>.

Enfin, là aussi les principes énumérés ci-dessus au point VIII. A. s'appliquent. Notamment, l'existence d'effets négatifs sur l'intérêt protégé par cette exception ne suffit pas et il faut encore effectuer une pesée des intérêts en présence. Dans ce cadre, cette exception doit s'interpréter restrictivement, compte tenu de l'intérêt que revêt la divulgation pour le public et selon que les informations demandées concernent ou non des émissions.

**L. Le caractère confidentiel des données et/ou des dossiers personnels concernant une personne physique si cette personne n'a pas consenti à la divulgation de ces informations au public, lorsque le caractère confidentiel de ce type d'information est prévu par le droit interne (art. 4 par. 4 let. f CA)**

Cette exception est composée de quatre conditions :

- il faut tout d'abord qu'il s'agisse de données personnelles. À cet égard, la définition des données personnelles en droit fédéral<sup>147</sup> et dans la plupart des législations cantonales convient parfaitement ;
- cette exception ne concerne que les données personnelles de personnes physiques et non celles des personnes morales. Ceci signifie qu'il n'y a pas de droit d'être entendu en ce qui concerne ces dernières<sup>148</sup>. Cependant, en pratique, les personnes morales font très souvent opposition à la divulgation d'informations en vertu du secret commercial (art. 4 par. 4 let. d CA), de sorte qu'il convient, à notre avis, de leur octroyer le droit d'être entendu ;

<sup>146</sup> ACCC/C/2005/15 (Roumanie), ECE/MP.PP/2008/5/Add. 7, § 28.

<sup>147</sup> L'art. 3 let. a de la Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD ; RS 235.1) énonce que sont des données personnelles toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable.

<sup>148</sup> FLÜCKIGER, p. 777.

- les données doivent être confidentielles selon le droit interne : elles ne doivent pas être ou pouvoir être accessibles<sup>149</sup> et leur divulgation doit avoir des incidences défavorables sur la vie privée<sup>150</sup> ;
- la personne physique concernée par les données demandées ne doit pas avoir consenti à la divulgation de ses données au public. Cela signifie que, pour refuser une divulgation selon l'article 4 paragraphe 4 lettre f CA, il faudrait, si possible, essayer d'obtenir au préalable l'avis de la personne concernée<sup>151</sup>.

Enfin, les principes énumérés ci-dessus au point VIII. A. s'appliquent aussi pour cette exception. En particulier, l'existence d'effets négatifs sur l'intérêt protégé par cette exception ne suffit pas et il faut encore effectuer une pesée des intérêts en présence. Par ailleurs, cette exception doit s'interpréter restrictivement, compte tenu de l'intérêt que revêt la divulgation pour le public et selon que les informations demandées concernent ou non des émissions.

**M. Les intérêts d'un tiers qui a fourni les informations demandées sans y être contraint par la loi ou sans que la loi puisse l'y contraindre et qui ne consent pas à la divulgation de ces informations (art. 4 par. 4 let. g CA)**

Cette exception vise à encourager et protéger la circulation volontaire d'informations entre un particulier et une autorité. En effet, une bonne coopération n'est, souvent, pas fondée sur une base juridique et les informations utiles à l'autorité sont fréquemment fournies volontairement<sup>152</sup>.

Ces informations ne doivent donc pas avoir été transmises en application d'un devoir légal.

Pour une partie de la doctrine, seuls les intérêts légitimes de tiers doivent être pris en compte, tels que ceux de nature commerciale et légale, en application d'une interprétation restrictive selon l'article 4 paragraphe 4 *in fine* CA<sup>153</sup>. Nous sommes au contraire de l'avis qu'aucune condition relative aux intérêts ne devrait être exigée, vu l'importance que le flux d'informations volontaires revêt pour les autorités. Il est certes exact de dire que ces informations peuvent être de nature à influencer les autorités et qu'elles devraient dans ce sens pouvoir être consultables. Pourtant, il faut rappeler

<sup>149</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 165.

<sup>150</sup> CEE-ONU, p. 89.

<sup>151</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 166.

<sup>152</sup> EPINEY, p. 22.

<sup>153</sup> EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, p. 167.

qu'elles pourraient ne pas être en possession des autorités puisqu'elles sont volontaires, et les divulguer aurait, à moyen et long terme, des conséquences négatives importantes pour les autorités, puisque les tiers arrêteraient alors de leur fournir des informations qui peuvent se révéler précieuses.

## **N. Le milieu sur lequel portent les informations, comme les sites de reproduction d'espèces rares (art. 4 par. 4 let. h CA)**

Cette exception permet aux autorités de protéger certains sites contre toute exploitation, notamment les sites de reproduction d'espèces rares. Elle leur octroie la possibilité de prendre en compte les dangers pour l'environnement, lorsqu'elles décident de divulguer ou non une information<sup>154</sup>.

Le CERD interprète plutôt largement cette exception lorsque la demande est effectuée dans le cadre de l'article 6 paragraphe 6 CA, puisqu'il faut considérer, dans un tel cas, que la protection de l'environnement a un poids plus élevé que le principe de transparence<sup>155</sup>.

Contrairement aux autres exceptions, ajouter celle-ci en droit national serait tout à fait compatible avec les buts de la Convention.

Enfin, les principes énumérés ci-dessus au point VIII. A. s'appliquent. En particulier, la présence d'effets négatifs sur l'intérêt protégé par cette exception ne suffit pas et il faut encore effectuer une pesée des intérêts en présence. Par ailleurs, cette exception doit s'interpréter restrictivement, compte tenu de l'intérêt que revêt la divulgation pour le public et selon que les informations demandées concernent ou non des émissions.

## **IX. Mise en œuvre de la Convention d'Aarhus**

### **A. Obligation de mise en œuvre de la Convention d'Aarhus**

L'article 3 paragraphe 1 CA exige des parties qu'elles prennent, notamment, les mesures législatives nécessaires, y compris des mesures qui visent à assurer la compatibilité des dispositions donnant effet aux articles de la Convention relatifs à l'information, ainsi que des mesures d'exécution appropriées, dans le but de mettre en place et de maintenir un cadre précis, transparent et cohérent aux fins de l'application des dispositions de la Convention. Ces mesures ne

<sup>154</sup> CEE-ONU, p. 90.

<sup>155</sup> ACCC/C/2009/38 (*Royaume-Uni*), ECE/MP.PP/C.1/2011/2/Add. 10, § 70 ss.



constituent cependant qu'un plancher, de sorte que les parties ont notamment la faculté de mettre en place un droit d'accès plus large à l'information (art. 3 par. 5 CA).

En pratique, la mise en œuvre du droit d'accès à l'information sur l'environnement instauré par l'article 4 CA est primordiale, car ce droit est généralement beaucoup plus large que celui existant avant l'entrée en vigueur de la Convention, que ce soit en droit européen, fédéral ou cantonal.

## **B. Intégration de la Convention d'Aarhus en droit suisse**

À teneur de l'article 5 alinéa 4 Cst., la Confédération et les cantons respectent le droit international. Cette règle, dont on peut déduire une obligation d'interprétation conforme au droit international<sup>156</sup>, sert à harmoniser les normes juridiques internes et internationales et à prévenir les conflits<sup>157</sup> lorsqu'une telle interprétation n'est pas possible. Dans cette hypothèse, la Constitution ne donne pas de solution claire, se contentant d'énoncer que le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer le droit international (art. 190 Cst.). Le Tribunal fédéral estimait auparavant que le droit international primait, sauf si le législateur avait sciemment voulu y déroger<sup>158</sup>, ce qui devait clairement ressortir des travaux parlementaires<sup>159</sup>. Il a toutefois progressivement relativisé cette jurisprudence « *Schubert* » depuis lors, sans encore formellement la renverser. Quant à la doctrine, elle considère que le droit international prime clairement sur le droit cantonal et sur les lois fédérales, notamment en application de l'article 27 CV<sup>160</sup>. À noter qu'aucune dérogation n'est de toute façon possible relativement aux dispositions internationales de protection des droits de l'homme<sup>161</sup>.

Si le droit européen a déjà corrigé certains défauts en abrogeant, entre autres, sa directive 90/2003/CEE<sup>162</sup>, la Confédération et les cantons n'ont en revanche pas procédé à de telles adaptations.

Au niveau fédéral, l'entrée en vigueur de la Convention a coïncidé avec celle du chapitre 4 du titre 1 de la LPE intitulé « Informations sur l'environnement ». L'article 10g alinéa 1 LPE offre le droit à chacun de consulter les

<sup>156</sup> Cf. aussi les art. 26 et 27 CV.

<sup>157</sup> TSCHANNEN, pp. 174 ss.

<sup>158</sup> ATF 99 Ib 39, consid. 3 (« *Schubert* »).

<sup>159</sup> ATF 138 II 524, consid. 5.3.2.

<sup>160</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1348 et 1356.

<sup>161</sup> ATF 125 II 417, consid. 4d (« *PKK* »).

<sup>162</sup> CEE-ONU, p. 77. Ce texte a été remplacé par la Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement.

informations sur l'environnement contenues dans les documents officiels et celles relevant de dispositions sur l'énergie et qui se rapportent à l'environnement, ou d'obtenir de la part des autorités des renseignements sur le contenu de ces documents. L'article 10g alinéa 2 LPE ajoute que la LTrans régit les demandes d'accès adressées aux autorités fédérales, l'article 23 LTrans n'étant pas applicable, sauf pour les documents contenant des informations visées à l'alinéa 1 relatives aux installations nucléaires. Selon l'article 10g alinéa 3 LPE, le droit de consulter les documents s'applique aussi aux documents émanant des corporations de droit public et des particuliers chargés d'accomplir des tâches d'exécution sans bénéficier de la compétence de décision ; dans ces cas, l'autorité d'exécution compétente rend des décisions conformément à l'article 15 LTrans. Enfin, l'article 10g alinéa 4 LPE prévoit que le droit cantonal régit les demandes d'accès relatives aux informations sur l'environnement adressées aux autorités cantonales ; pour les cantons n'ayant pas encore édicté de dispositions sur l'accès aux documents, la LPE et la LTrans sont applicables par analogie<sup>163</sup>. À ce propos, le message du Conseil fédéral du 28 mars 2012 portant approbation de la Convention d'Aarhus et de son application ainsi que de son amendement précise : *« L'al. 4 oblige les cantons à réglementer le droit d'accès aux informations sur l'environnement au niveau cantonal. Les cantons doivent alors respecter les conditions énoncées dans la convention. Les cantons qui n'auront pas pu édicter les réglementations nécessaires ou procéder aux adaptations requises de dispositions existantes d'ici à la ratification de la convention par le Conseil fédéral devront autoriser l'accès aux informations sur l'environnement par analogie à la LTrans et en vertu des dispositions dérogatoires selon l'art. 10g, al. 2, LPE. Par analogie, car la LTrans contient plusieurs dispositions valant spécifiquement pour la Confédération et qui mentionnent expressément le Conseil fédéral et l'administration fédérale (cf. art. 8, al. 1, 3 et 5). Les dispositions suivantes ne seraient en particulier pas applicables : art. 13 et 14 (les cantons ne doivent pas prévoir de procédure de médiation), 17 (les cantons doivent édicter leurs propres réglementations concernant la perception d'émoluments), 18 à 22 (les cantons ne doivent pas désigner de préposé à la transparence et ne doivent donc pas réglementer ses compétences). Les art. 2, 4, 7 à 10, 15 et 16 doivent être appliqués par analogie. Les autres dispositions peuvent être appliquées telles quelles »*<sup>164</sup>.

<sup>163</sup> Dans cette hypothèse, l'application par analogie des art. 10e ss LPE permet au requérant d'obtenir une décision attaquable devant l'autorité judiciaire supérieure du canton : FANTI, p. 400. À ce propos, la qualité pour recourir doit être reconnue à quiconque, soit aussi aux organisations de protection de la nature et de l'environnement : JOMINI, p. 104.

<sup>164</sup> Message Aarhus 2012, FF 2012 p. 4055.

Au niveau du droit fédéral, quelques problèmes d'incompatibilité avec la Convention demeurent<sup>165</sup>. Ceci étant dit, le Conseil fédéral a estimé que le droit fédéral tel que modifié pouvait, globalement, être appliqué conformément à la Convention<sup>166</sup>. Ainsi, il n'y a jamais eu de volonté du législateur de déroger intentionnellement à celle-ci. En outre, il faut relever que cette dernière est, par analogie, une *lex specialis* par rapport aux lois générales concernant la transparence, puisqu'elle concerne spécifiquement l'environnement et les droits de l'homme (*lex specialis derogat generali* par analogie) et qu'elle est postérieure à la loi fédérale et à la plupart des lois cantonales (*lex posterior derogat priori* par analogie). Quoiqu'il en soit, le droit d'accès élargi conféré par la Convention n'est pas reconnaissable dans la LTrans.

Au niveau cantonal, s'agissant des cantons connaissant déjà un droit d'accès, nous pouvons relever trois cas de figure.

Le premier est celui des cantons qui ont adapté leur législation après l'entrée en vigueur de la Convention. À l'heure actuelle, seul le canton de Fribourg<sup>167</sup> a procédé de la sorte, et le droit d'accès élargi est à tout le moins reconnaissable, puisque la législation cite directement la Convention, qui devient applicable en ce qui concerne les exceptions au droit d'accès<sup>168</sup>. Il semble cependant que l'adaptation n'ait pas résolu tous les problèmes et que la mise en œuvre ne sera pas évidente<sup>169</sup>.

Le deuxième cas de figure est celui des cantons qui n'ont effectué aucune adaptation législative, car ils ont considéré qu'une interprétation conforme à la Convention était possible. Dans ces cas, étant donné que rien dans leur législation n'indique le droit élargi que confère la Convention pour les documents environnementaux, ce droit n'est que très difficilement reconnaissable et il y a ainsi, à notre sens, un manque de transparence et un problème de prévisibilité.

Le troisième cas de figure vise les cantons où, pour une raison ou une autre, une interprétation conforme n'est pas toujours possible, comme dans le canton

<sup>165</sup> Entre autres : ATF 144 II 91 = JdT 2018 I 135, consid. 4.6 (« *Greenpeace vs Leipstadt* ») ; FLÜCKIGER, p. 776 ; MONTAVON/VOLLERY, p. 462 (« *dans une très large mesure* »).

<sup>166</sup> Message Aarhus 2012, FF 2012 p. 4056.

<sup>167</sup> Loi fribourgeoise du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents (LInf ; RS/FR 17.5).

<sup>168</sup> La Convention est citée dans le préambule de la LInf parmi la législation sur laquelle se base cette loi, puis l'art. 25 al. 4 LInf y fait directement référence : « *Lorsque la demande d'accès concerne des informations sur l'environnement, les exceptions au droit d'accès prévues par la présente loi et par la législation spéciale doivent être interprétées conformément aux exigences de la Convention d'Aarhus* ».

<sup>169</sup> MONTAVON/VOLLERY, p. 484.

de Genève. Dans ces cas-là, il y a un conflit et le droit international prime<sup>170</sup>. Pour ces cantons, il faudrait, conformément à l'article 10g alinéa 4 LPE, concurremment appliquer la loi cantonale concernant la transparence (à tout le moins pour la procédure), la LTrans sur le fond (qui n'est pas entièrement compatible avec la Convention) et la Convention dans tous les cas. Cela semble particulièrement lourd et inefficace pour les autorités cantonales, soumises à des délais courts, plutôt que de procéder à l'application directe de la Convention, quand cela est envisageable. Dans ce troisième cas de figure, le droit d'accès élargi conféré par la Convention n'est de toute façon pas reconnaissable dans la LTrans.

Quant aux cantons qui ne connaissent pas encore le droit d'accès, ils devront, entre autres, appliquer par analogie la LTrans pour la procédure, à teneur de l'article 10g alinéa 4 LPE. Cependant, cela implique un certain nombre de points problématiques, lesquels ne sont pas forcément compatibles avec la Convention comme l'a très justement relevé la doctrine<sup>171</sup>, en plus de certaines incompatibilités de fond relatives à la LTrans<sup>172</sup>.

Au vu de ce qui précède, soit du fait que le droit d'accès élargi conféré par la Convention n'est pas reconnaissable dans la législation fédérale et la quasi-totalité des législations cantonales, plusieurs solutions de mise en œuvre pourraient résoudre ce problème. La transposition pourrait notamment se faire soit en adaptant la législation générale sur la transparence, comme l'a par exemple fait le canton de Fribourg en renvoyant directement à la Convention à son article 25 alinéa 4 LInf, soit en adoptant des règles spéciales pour les seules informations environnementales<sup>173</sup>.

### C. Applicabilité directe de l'article 4 CA en droit suisse

La Suisse connaît le système moniste, selon lequel les traités internationaux auxquels elle a valablement adhéré s'incorporent immédiatement à son ordre juridique, sans qu'une transposition en droit interne ne soit nécessaire<sup>174</sup>. Il s'ensuit que le particulier peut directement se prévaloir d'une disposition d'un traité international lorsqu'elle concerne ses droits et obligations, qu'elle est

<sup>170</sup> ATF 109 V 224.

<sup>171</sup> MONTAVON/VOLLERY, p. 483.

<sup>172</sup> Entre autres : ATF 144 II 91 = JdT 2018 I 135, consid. 4.6 (« *Greenpeace vs Leipstadt* ») ; FLÜCKIGER, p. 776 ; MONTAVON/VOLLERY, p. 462 (« *dans une très large mesure* »).

<sup>173</sup> FLÜCKIGER, p. 784.

<sup>174</sup> TF 4C.422/2004 du 13 septembre 2005, consid. 3.1.

suffisamment concrète et claire pour être directement applicable à un cas d'espèce et qu'elle s'adresse à des autorités chargées d'appliquer le droit<sup>175</sup>.

L'accès à l'information sur l'environnement remplissant ces trois conditions, l'article 4 CA s'applique dès lors directement en Suisse<sup>176</sup>.

Cela étant, la question du caractère *self-executing* de la Convention n'a pas encore été résolue par la jurisprudence, le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral l'ayant laissée ouverte. Le premier décrit malgré tout, dans de longs développements, la primauté du droit international, les conditions d'une justiciabilité directe et le fait que la doctrine dominante considère l'article 4 CA comme directement applicable, même si, dans le cas qui lui a été soumis, la question n'avait pas à être tranchée puisqu'il suffisait d'interpréter le droit national conformément à la Convention. Les juges de St-Gall ont aussi estimé qu'un traité doit en tout état de cause être interprété de manière indépendante<sup>177</sup>. Quant à notre Haute Cour, elle a, dans son arrêt « *Greenpeace vs Leipstadt* », analysé plusieurs questions juridiques d'abord sous l'angle de la LTrans, puis sous celui de la Convention, procédant finalement à une interprétation conforme à cette dernière<sup>178</sup>.

## X. Conclusion

Présentée à l'époque par le Secrétaire général de l'ONU comme l'entreprise la plus ambitieuse lancée par l'organisation dans le domaine de la démocratie environnementale<sup>179</sup>, la Convention d'Aarhus apparaît comme le texte le plus abouti en la matière. Au travers du volet passif de son premier pilier, un large accès à l'information sur l'environnement est garanti afin de pouvoir participer au processus décisionnel, contrôler la gestion environnementale de l'administration en signalant les lacunes dans les décisions, les politiques et la planification, et renforcer de la sorte la légitimité démocratique de l'action étatique. L'article 4 CA impose ainsi aux autorités de mettre à la disposition du public les informations sollicitées sur l'environnement, sauf motifs de refus exhaustivement énumérés, sans faire valoir un quelconque intérêt.

La Convention prévoit une mise en œuvre par le biais de diverses mesures, notamment législatives. En pratique, la transposition en Suisse de ce droit

<sup>175</sup> ATF 136 I 297, consid. 8.1.

<sup>176</sup> ERRASS, p. 88 ; FAVRE, p. 102 ; FLÜCKIGER, p. 786 ; MONTAVON/VOLLERY, p. 465 ; THURNHERR, Umweltinformationen, pp. 282-284 ; THURNHERR, Die Aarhus-Konvention, p. 524.

<sup>177</sup> TAF A\_4186/2015 du 28 janvier 2016, consid. 7.5.1 à 7.5.4 (« *Mountain wilderness* »).

<sup>178</sup> ATF 144 II 91 = JdT 2018 I 135, consid. 2.4.6 (« *Greenpeace vs Leipstadt* »).

<sup>179</sup> CEE-ONU, p. 253.

d'accès élargi n'est cependant pas aisée. Au niveau fédéral, des incompatibilités demeurent. Quant aux cantons qui connaissent le droit d'accès à l'information, excepté Fribourg, aucun d'entre eux n'a, à ce jour, adapté sa législation après l'entrée en vigueur de la Convention. Dans ce cadre, la solution consistant en une interprétation conforme ou une application directe de la Convention sans aucune adaptation ne peut être que temporaire. En effet, elle ne remplit pas, à notre sens, la condition de la prévisibilité du droit pour le public, étant donné qu'un accès très large en ce qui concerne les informations environnementales n'est que très difficilement reconnaissable.

Les enjeux environnementaux devenant de plus en plus incontournables tant à l'échelle globale que régionale, nous concluons en relevant que les autorités publiques ne doivent pas seulement considérer la Convention comme un ensemble d'obligations strictes et contraignantes, mais « *comme un outil précieux leur permettant de s'acquitter de leur responsabilité d'aider les citoyens à surmonter les défis de leur temps* »<sup>180</sup>.

## **XI. Bibliographie**

### **A. Littérature**

**Stefanie ALMELING**, Die Aarhus-Konvention, Berlin 2008 ; **Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER**, Droit constitutionnel suisse, Volume I : L'État, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2013 ; **Mark Eric BUTT**, Die Ausweitung des Rechts auf Umweltinformation durch die Aarhus-Konvention, Stuttgart 2001 ; **Bertil COTTIER**, Le TF fait souvent pencher la balance du côté de la transparence, *in* Plaidoyer 6/2017, pp. 24 ss ; **Astrid EPINEY**, UN/ECE-Konvention über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (« Aarhus-Konvention »), Kommentar, *in* FLUCK Jürgen/THEUER Andreas (éds), Informationsfreiheitsrecht mit Umweltinformations- und Verbrucherinformationsrecht IF-R/UIG, Kommentar, F II.1, Heidelberg 2003 ; **Astrid EPINEY/Stefan DIEZIG/Benedikt PIRKER/Stefan REITEMEYER**, Aarhus-Konvention, Handkommentar, Baden-Baden/Bâle/Vienne 2018 ; **Astrid EPINEY/Tobias FASNACHT/Benedikt PIRKER/Stefan REITEMEYER**, Aktive behördliche Information in Umweltangelegenheiten – Zu Reichweite und Schranken des Rechts und der Pflicht staatlicher Behörden zur Verbreitung oder Weitergabe von Umweltinformationen unter besonderer Berücksichtigung wissenschaftlicher Untersuchungen, Zurich 2014 ; **Christoph ERRASS**, Die Aarhus-Konvention und ihre Umsetzung ins schweizerische Recht, *in* DEP 2004, pp. 47 ss. ; **Sébastien FANTI**, La notion de document officiel en droit fédéral, ainsi qu'en droit valaisan, *in* RVJ 2016, pp. 393 ss ; **ANNE-CHRISTINE FAVRE**, La participation de la population en droit de l'environnement : Un droit ?, *in* Michel HOTTELIER/Randall HERTIG MAYA/Alexandre FLÜCKIGER (éds), Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel – Entre droit constitutionnel et droit administratif : Questions autour du droit de l'action publique, Genève/Zurich/Bâle 2019,

<sup>180</sup> CEE-ONU, p. 43.

pp. 97 ss ; **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* DEP 2009, pp. 749 ss ; **Simone FRITZ**, Integrierter Umweltschutz im Völkerrecht, Berlin 2009 ; **André JOMINI**, L'accès à un tribunal dans les procédures administratives en matière d'environnement : Garanties du droit fédéral et Convention d'Aarhus, *in* Antoine EIGENMANN/Charles PONCET/Bernard ZIEGLER (éds), Mélanges en l'honneur de Claude Rouiller, Bâle 2016, pp. 97 ss ; **Veit KOESTER**, Le comité d'examen du respect des dispositions de la Convention d'Aarhus : Un panorama des procédures et de la jurisprudence, *in* Revue Européenne de Droit de l'Environnement 3/2017, pp. 488 ss ; **Michael MONTAVON/Luc VOLLERY**, Adaptation des législations cantonales sur la transparence à la Convention d'Aarhus – L'exemple de Fribourg, *in* DEP 2017, pp. 459 ss ; **Ralf RÖGER**, Umweltinformationsgesetz : Kommentar, Cologne/Berlin 1995 ; **Salome SIDLER/Jürg BALLY**, La ratification projetée par la Suisse : Impact et enjeux de la Convention d'Aarhus pour le droit fédéral, *in* DEP 2009, pp. 725 ss ; **Daniela THURNHERR**, Öffentlichkeit und Geheimhaltung von Umweltinformationen, thèse Zurich/Bâle/Genève 2003 (citée : THURNHERR, Umweltinformationen) ; **Daniela THURNHERR**, Die Aarhus-Konvention in der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts – Eine Spurensuche, *in* DEP 2017, pp. 510 ss (cité : THURNHERR, Die Aarhus-Konvention) ; **Pierre TSCHANNEN**, Staatsrecht der Schweiz-erischen Eidgenossenschaft, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2007 ; **Nicolas WISARD/Lydia ORCEL**, Convention d'Aarhus : La « jurisprudence » du Comité d'examen du respect des dispositions, *in* DEP 2017, pp. 251 ss.

## **B. Documents officiels**

**Commission économique pour l'Europe des Nations Unies (CEE-ONU)**, Guide pour l'application du Protocole sur les Registres des Rejets et Transferts de Polluants à la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, New York/Genève 2008 (cité : CEE-ONU Protocole) ; **Commission économique pour l'Europe des Nations Unies (CEE-ONU)**, La Convention d'Aarhus : Guide d'application, 2<sup>e</sup> éd., New York/Genève 2014 (cité : CEE-ONU) ; **Conseil fédéral**, Message portant approbation de la Convention d'Aarhus et de son application ainsi que de son amendement du 28 mars 2012, FF 2012 pp. 4027 ss (cité : Message Aarhus 2012).





---

# Transparence passive – aspects pratiques

Joséphine BOILLAT

Préposée cantonale adjointe à la protection des données et à la transparence de la République et canton de Genève, Titulaire du brevet d’avocat

Stéphane WERLY

Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence de la République et canton de Genève, Professeur à la Faculté des lettres et sciences humaines de l’Université de Neuchâtel

## Table des matières

I.	Introduction.....	208
II.	La procédure d’accès aux documents.....	209
	A. La LTrans.....	209
	1. La demande d’accès.....	209
	a) En général.....	209
	b) Le droit d’être entendu des tiers concernés.....	211
	2. La saisine du Préposé fédéral, la procédure de médiation et la recommandation.....	213
	a) En général.....	213
	b) Les droits des tiers concernés.....	215
	c) La décision de l’autorité et les voies de recours.....	215
	B. Les législations cantonales.....	216
	1. La demande d’accès.....	216
	a) En général.....	216
	b) Le droit des tiers concernés.....	219
	2. La saisine du Préposé, la procédure de médiation/conciliation et la recommandation.....	220
	a) En général.....	220
	b) Les droits des tiers concernés.....	224
	c) La décision de l’autorité et les voies de recours.....	225
III.	Les émoluments.....	226
	A. La LTrans.....	226
	1. L’origine du caractère onéreux de l’accès aux documents officiels.....	226
	2. Le principe de l’émolument et ses exceptions.....	228
	3. Les modalités de l’émolument.....	229
	4. Le calcul de l’émolument.....	230
	5. La perception de l’émolument.....	231
	6. En pratique.....	231
	7. Les normes spéciales.....	232
	8. Le principe de l’émolument de lege ferenda.....	232
	B. Les cantons suisses.....	234
	1. Le principe de la gratuité.....	234
	2. L’exception.....	235

IV.	Les facilités accordées aux médias.....	236
A.	La LTrans .....	236
B.	Les cantons romands .....	238
1.	Le principe .....	238
2.	L'accréditation .....	238
3.	Les places réservées lors de séances .....	239
V.	Conclusion.....	240
VI.	Bibliographie .....	241
A.	Littérature .....	241
B.	Documents officiels.....	242

## I. Introduction

L'article 16 alinéa 3 Cst.<sup>1</sup> reconnaît à chacun le droit de recevoir librement des informations<sup>2</sup>, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser<sup>3</sup>. Il existe plusieurs manières d'obtenir des informations et des documents en possession des institutions publiques : à côté d'une transmission accidentelle ou encore d'une indiscretion faisant suite, par exemple, à une requête d'un journaliste promettant au fonctionnaire indélicat le silence sur son identité en échange de renseignements, afin de lui éviter des représailles de la justice, les réglementations consacrant le principe de la transparence de l'administration entrées en vigueur ces dernières années constituent un moyen plus classique.

De manière générale, la transparence<sup>4</sup> de l'administration permet de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique des citoyens, ou encore de prévenir les comportements répréhensibles de la part des agents publics, qui pourraient céder à certaines tentations coupables sans la publicité<sup>5</sup>. En premier lieu, la transparence active (communication d'office) est assurée par la publicité des séances plénières des autorités législatives cantonales ou encore des débats et prononcés de jugements des autorités

<sup>1</sup> Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse (Cst. ; RS 101).

<sup>2</sup> L'information apparaît à la fois comme l'objet, le moyen et le but de la transparence de l'État : SPOERRI/VARONE, p. 92.

<sup>3</sup> Pour des développements sur le fondement juridique du droit à l'information, domaine de recherche relativement récent (CHROBAK/OERTLI, p. 71), se référer à BARRELET, pp. 111-112 ; HUSI-STÄMPFLI, p. 3.

<sup>4</sup> Ce terme, très large, s'applique à de nombreux domaines au niveau de l'administration : la transparence documentaire, la transparence organisationnelle, la transparence comptable/budgétaire et la transparence de l'action/des responsabilités administratives : PASQUIER/MEILLAND, pp. 212-213 ; PASQUIER/VILLENEUVE, p. 207.

<sup>5</sup> BAUME, p. 8.

judiciaires, ainsi que par la communication spontanée et régulière d'informations au public par les entités publiques<sup>6</sup>. Ensuite, ce n'est pas parce qu'un document n'a pas d'office été rendu public qu'il n'en est pas pour autant accessible à tout un chacun. La transparence passive (communication sur demande) octroie en conséquence à chaque citoyen, sauf exceptions, l'accès aux documents en mains des organes soumis aux lois concernées.

La présente contribution se concentrera sur les aspects pratiques de la communication sur requête, à savoir la procédure d'accès aux documents (demande d'accès, saisine du Préposé/médiation/recommandation), les émoluments et les facilités accordées aux médias. Afin qu'elle conserve une taille raisonnable, seront uniquement examinés, outre la réglementation fédérale, les textes pertinents des seuls cantons romands<sup>7</sup>.

## II. La procédure d'accès aux documents

### A. La LTrans<sup>8</sup>

#### 1. La demande d'accès

##### a) En général

La procédure d'accès, soumise à peu d'exigences formelles, est un reflet du changement de paradigme de l'administration du secret vers la transparence, consacré à l'article 1 LTrans<sup>9</sup>. Comme le message relatif au projet de loi l'indique, « *l'objectif de transparence ne permet pas que des exigences de forme trop strictes soient posées pour la demande initiale. L'administration doit se rapprocher des citoyens* »<sup>10</sup>. Le Tribunal fédéral l'a également souligné à diverses reprises : « *il s'agit en effet de rendre le processus décisionnel de l'administration plus transparent dans le but de renforcer le caractère démocratique des institutions publiques, de même que la confiance des citoyens dans les autorités, tout en améliorant le contrôle de l'administration (ATF 133 II 209 consid. 2.3.1 p. 213 ; Message LTrans, FF 2003 1807 ss, 1819, 1827).*

<sup>6</sup> FÜZESSERY, p. 81.

<sup>7</sup> Relevons néanmoins qu'en Suisse, à part Appenzell Rhodes-Intérieures, Glaris, Lucerne, Nidwald, Obwald et Thurgovie, tous les cantons ont adopté, à ce jour, une loi sur l'information : COTTIER, plaidoyer 6/2017, p. 28 ; MABILLARD/PASQUIER, pp. 301-302.

<sup>8</sup> Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans ; RS 152.3).

<sup>9</sup> BELLANGER, p. 187.

<sup>10</sup> Message LTrans, FF 2003 p. 1860.

Conformément à ce but, la loi définit de manière large la notion de documents officiels (art. 5 LTrans), le champ d'application *ratione personae* (art. 2 LTrans) ainsi que les bénéficiaires et les conditions d'exercice du droit d'accès (art. 6 LTrans) »<sup>11</sup>.

En pratique, cela se traduit d'abord par un droit d'accès généralisé et illimité<sup>12</sup> aux documents officiels détenus par l'administration : toute personne intéressée<sup>13</sup> peut introduire une demande d'accès auprès de l'autorité qui a produit les documents ou qui les a reçus en tant que destinataire principal de la part de tiers qui ne sont pas soumis à la loi (art. 6 al. 1 et art. 10 al. 1 LTrans). Partant, la personne intéressée ne doit pas justifier d'un intérêt particulier pour obtenir les documents<sup>14</sup>. Elle dispose d'un droit subjectif à la consultation de documents officiels qu'elle peut faire valoir en justice<sup>15</sup>. Ce droit d'accès se distingue donc des droits qui peuvent découler de la qualité de partie à une procédure ou du droit d'accès à ses propres données personnelles<sup>16</sup>. En effet, dans ces dernières situations, c'est la personne du requérant qui est centrale et qui fonde l'accès à la procédure ou aux données personnelles, à l'exclusion de tiers. Le principe de transparence, à l'inverse, « *garantit une information collective : lorsque l'accès à un document officiel est accordé à une personne, il doit l'être à toutes ("access to one ; access to all")* »<sup>17</sup>.

Ensuite, si la requête doit être formulée de manière suffisamment précise, en comprenant des indications suffisantes pour permettre à l'autorité d'identifier le document demandé (art. 10 al. 3 LTrans et art. 7 al. 2 OTrans<sup>18</sup>), elle n'est soumise à aucune exigence de forme et ne doit pas être motivée (art. 7 al. 1

<sup>11</sup> TF 1C\_553/2018 du 26 juin 2019, consid. 2.1. Voir à ce propos COTTIER, La transparence au crible de la jurisprudence, p. 42.

<sup>12</sup> BURGER/GILLIOZ, p. 317.

<sup>13</sup> Le fait que le droit à l'information n'est pas limité à un cercle de bénéficiaires particulier n'est pas propre à la Suisse, même si ce n'est pas toujours le cas au niveau international : MEILLAND, p. 25.

<sup>14</sup> De la sorte, la simple curiosité suffit : FLÜCKIGER/JUNOD, p. 3.

<sup>15</sup> « *Nach der Rechtsprechung besteht ein subjektiver, individuell gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Zugang zu den vom Öffentlichkeitsprinzip erfassten Dokumenten* » selon ATF 142 II 313, consid. 3.2, rappelé dans l'arrêt TF 1C\_462/2018 du 17 avril 2019. Voir aussi Message LTrans, FF 2003 p. 1819.

<sup>16</sup> Sur la question du rapport entre la transparence et la protection des données personnelles, se reporter à MAHON, pp. 335-338.

<sup>17</sup> Message LTrans, FF 2003 p. 1843.

<sup>18</sup> Ordonnance fédérale du 24 mai 2006 sur le principe de la transparence dans l'administration (OTrans ; RS 152.31).

OTrans). Par conséquent, elle peut même intervenir oralement et anonymement<sup>19</sup>. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence<sup>20</sup> considère que le degré de précision qui peut être exigé dépend des moyens dont le demandeur dispose, notamment des informations mises à disposition par l'autorité concernant ses tâches ou ses dossiers ; en outre, cette dernière doit « *aider le demandeur à formuler sa demande de manière plus précise, si elle en a sans autres la possibilité et si on peut l'exiger d'elle* »<sup>21</sup>, notamment pour le cas où elle n'a rendu généralement accessibles que peu d'indications relatives à des documents officiels disponibles. L'autorité peut inviter le demandeur à préciser sa requête et lui octroier un délai de 10 jours pour ce faire ; faute de réponse dans le délai imparti, sa demande est considérée comme retirée (art. 7 al. 3 et 4 OTrans). Finalement, la requête doit être adressée auprès de l'autorité qui a produit les documents ou qui les a reçus en tant que destinataire principal de la part de tiers qui ne sont pas soumis à la loi. Si tel n'est pas le cas, il incombe à l'autorité destinataire de la transmettre spontanément et sans délai à l'autorité compétente<sup>22</sup>.

L'autorité prend position sur la demande aussi rapidement que possible, au plus tard dans les 20 jours<sup>23</sup> à compter de sa réception, ce délai pouvant exceptionnellement être prolongé de 20 jours supplémentaires, selon la complexité ou le nombre de documents requis (art. 12 al. 1 et 2 LTrans). La prise de position de l'autorité doit être motivée sommairement, par écrit, en cas de délai prolongé ou de droit d'accès limité ou refusé (art. 12 al. 4 LTrans). En cas de pluralité d'autorités concernées, l'article 11 OTrans détermine l'autorité compétente pour prendre position. Enfin, il convient de préciser que, dans les cas où l'autorité a reçu un grand nombre de demandes concernant les mêmes documents, elle pourra favoriser l'information active ou procéder à la jonction des procédures<sup>24</sup>.

#### *b) Le droit d'être entendu des tiers concernés*

Lorsque la demande porte sur des documents officiels contenant des données personnelles (qui ne concernent pas le requérant), l'autorité diffère l'accès jusqu'à droit connu (art. 12 al. 3 LTrans). En effet, dans un tel cas, lorsque l'autorité envisage de donner suite à la requête, la personne concernée doit être

<sup>19</sup> BSK BGÖ-BHEND/SCHNEIDER, N 34 *ad* art. 10.

<sup>20</sup> Ci-après : « le Préposé fédéral ».

<sup>21</sup> PFPDT, Mise en œuvre du principe de transparence, p. 32.

<sup>22</sup> Message LTrans, FF 2003 p. 1861 ; PFPDT, Mise en œuvre du principe de transparence, p. 40.

<sup>23</sup> Il s'agit d'un délai d'ordre : BSK BGÖ-BHEND/SCHNEIDER, N 24 *ad* art. 12.

<sup>24</sup> Message LTrans, FF 2003 p. 1862 ; PFPDT, Mise en œuvre du principe de transparence, p. 33.

consultée et bénéficie d'un délai de 10 jours pour se prononcer ; elle sera ensuite informée de la prise de position de l'autorité sur la demande d'accès (art. 11 LTrans). Le Préposé fédéral considère que l'autorité peut renoncer à l'audition des personnes dont les données personnelles figurent dans les documents officiels en cause, lorsqu'il ressort d'un examen sommaire de la situation juridique qu'il est exclu d'accorder l'accès auxdites données, même compte tenu de l'article 9 alinéa 2 LTrans ; par contre, il estime que « *même s'il est manifeste que des données personnelles peuvent être communiquées à un tiers avec ou sans le consentement de la personne concernée (art. 9, al. 2, LTrans en liaison avec l'art. 19 LPD), l'autorité ne saurait être déliée de son obligation d'entendre cette personne* »<sup>25</sup>.

Le Préposé fédéral peut alors exiger de l'autorité qu'elle procède à l'audition qu'elle avait jusque-là négligée<sup>26</sup>. Sur la question du droit d'être entendu des tiers, le Tribunal fédéral propose une procédure en plusieurs étapes : dans un premier temps, un examen préliminaire des intérêts publics ou privés prépondérants qui pourraient s'opposer au caractère public du document. Si de tels intérêts prépondérants ne paraissent pas trouver application et qu'un accès semble possible, les personnes concernées doivent en règle générale être entendues. Sur la base de leur détermination, il s'agit alors de procéder à une nouvelle pesée des intérêts avant de prendre une décision quant à l'accès au document. Notre Cour suprême considère en outre qu'il est possible de renoncer à entendre les personnes concernées si l'on est en présence de deux conditions cumulatives, à savoir lorsque la balance des intérêts est tellement en faveur de la publication qu'on ne peut s'attendre à ce qu'il y ait des intérêts privés encore non identifiés qui pourraient conduire à un résultat différent et lorsque la mise en œuvre du droit de consultation apparaît disproportionnée, notamment parce que la consultation impliquerait un effort excessif<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> PFPDT, Mise en œuvre du principe de transparence, p. 38.

<sup>26</sup> PFPDT, Mise en œuvre du principe de transparence, p. 39.

<sup>27</sup> TF 1C\_222/2018 du 21 mars 2019, consid. 3.4 : « *betrifft das Gesuch amtliche Dokumente, die Personendaten enthalten, und zieht die Behörde die Gewährung des Zugangs in Betracht, so konsultiert sie gemäss Art. 11 Abs. 1 BGÖ die betroffene Person und gibt ihr Gelegenheit zur Stellungnahme innert zehn Tagen. Insofern ist ein mehrstufiges Verfahren sachgerecht. In einem ersten Schritt ist aufgrund einer grundsätzlich vorläufigen Interessenabwägung zu prüfen, ob eine Veröffentlichung des Dokuments überhaupt in Betracht fällt oder aufgrund überwiegender öffentlicher oder privater Interessen von vornherein scheidet. Trifft letzteres Szenario zu, hat es dabei sein Bewenden. Wird indes die Möglichkeit einer Zugangsgewährung bejaht, so sind in der Regel die betroffenen Dritten anzuhören, d.h. es ist ihnen die Gelegenheit einzuräumen, ihre einer Publikation entgegenstehenden Interessen geltend zu machen. Gestützt auf diese Stellungnahmen ist die definitive Interessenabwägung vorzunehmen und der eigentliche Entscheid über die Gewährung des Zugangs zum fraglichen*

## 2. La saisine du Préposé fédéral, la procédure de médiation et la recommandation

### a) En général

Une demande de médiation peut être déposée auprès du Préposé fédéral par la personne ayant sollicité l'accès aux documents lorsque sa requête est limitée, différée ou refusée ou lorsque l'autorité n'a pas pris position dans les délais. Elle peut également être déposée par une personne dont les données personnelles figurent dans un document auquel l'autorité entend donner accès, malgré son opposition. Ainsi, pour avoir qualité à requérir une médiation, la participation à la procédure de demande d'accès est suffisante ; la preuve d'un intérêt particulier n'est pas nécessaire<sup>28</sup>. La requête de médiation doit être déposée, par écrit, dans un délai de 20 jours à compter de la date de réception de la prise de position de l'autorité ou à l'échéance des délais fixés à l'autorité pour prendre position (art. 13 al. 1 et 2 LTrans). À cet égard, il sied de préciser que le non-respect du délai n'entraîne que peu de conséquences pour le demandeur, qui pourrait, le cas échéant, déposer une nouvelle demande d'accès auprès de l'autorité pour faire débiter une nouvelle procédure<sup>29</sup>. Il n'en va pas de même pour la personne concernée dont des données personnelles figurent dans le document ; en effet, cette dernière se devra de respecter le délai, faute de quoi le document sera transmis.

La médiation constitue une étape obligatoire<sup>30</sup> et la présence des parties est requise (art. 12b al. 2 let. c OTrans). En conséquence, si le demandeur ne prend pas part à la médiation, la requête est considérée comme retirée et l'affaire est

*Dokument zu fällen (zum Ganzen: BGE 142 II 340 E. 4.6 S. 349 mit Hinweis). Von der Anhörung darf nur unter zwei kumulativen Voraussetzungen abgesehen werden. Erstens muss die vorläufige Interessenabwägung so klar zugunsten der Veröffentlichung ausfallen, dass nicht ernsthaft damit zu rechnen ist, es gebe noch nicht erkannte private Interessen, die zu einem anderen Ergebnis führen könnten. Und zweitens muss die Durchführung des Konsultationsrechts unverhältnismässig erscheinen, namentlich weil die Anhörung mit einem übergrossen Aufwand verbunden wäre (zum Ganzen: a.a.O., mit Hinweis) ».* Voir également ATF 142 II 340, consid. 4.6.

<sup>28</sup> Message LTrans, FF 2003 p. 1864.

<sup>29</sup> Message LTrans, FF 2003 p. 1865.

<sup>30</sup> TAF A-7369/2006 du 24 juillet 2007, consid. 4.3 : « or, la médiation, suivie d'une éventuelle recommandation du Préposé, est une étape essentielle de la procédure instaurée par la LTrans, qui, comme indiqué, a pour objectif d'essayer de résoudre le litige portant sur l'accès aux documents officiels en évitant de saisir les tribunaux (cf. supra consid. 4.1). Cette étape ne saurait donc être supprimée pour des motifs d'économie de procédure, d'autant plus qu'on ignore à ce jour quel en serait l'aboutissement et quel serait le contenu d'une éventuelle recommandation du Préposé ». Cf. aussi TAF A-75/2009 du 16 avril 2009, consid. 4.3.

classée (art. 12b al. 3 OTrans) ; faute de collaboration des parties, le Préposé fédéral peut constater que la médiation n'a pas abouti (art. 12b al. 4 OTrans).

La procédure de médiation peut intervenir oralement ou par écrit, selon l'appréciation du Préposé fédéral<sup>31</sup>. Ce dernier entend les parties selon la forme choisie et s'efforce de les amener à un accord ; il peut leur soumettre des propositions (art. 12 al. 2 OTrans). Les parties ont l'obligation de collaborer à la médiation ; à cet égard, le Préposé fédéral peut solliciter tous les documents pertinents et il a accès aux documents officiels<sup>32</sup>, même s'ils sont protégés par le secret (art. 20 LTrans et art. 12b OTrans). Si la médiation aboutit à un accord (qui n'a pas besoin de revêtir une forme particulière<sup>33</sup>), l'affaire est classée (art. 13 al. 3 LTrans). Dans le cas contraire, le Préposé fédéral établit une recommandation écrite aux participants à la procédure, dans les 30 jours qui suivent la réception de la demande en médiation (art. 14 LTrans et art. 13 OTrans). En 2017, le Préposé fédéral a mis sur pied un projet pilote prévoyant de traiter les demandes de médiation par le biais de séances de médiation en présence des parties (demandeurs, éventuels tiers concernés, autorités), à une date en principe non négociable située dans le délai d'ordre de 30 jours. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'il est renoncé à une séance de médiation et que la procédure se déroule uniquement par écrit. L'autorité dispose de 10 jours dès réception de l'invitation à la séance de médiation pour fournir au Préposé fédéral les documents visés par la demande d'accès ainsi qu'une éventuelle prise de position complémentaire. Si aucun accord n'est trouvé lors de la séance de médiation, le Préposé fédéral rend oralement sa recommandation. La recommandation écrite, sommairement motivée, est ensuite rapidement transmise aux parties<sup>34</sup>. Le projet pilote a permis de réduire les délais de traitement des demandes de médiation et d'augmenter les solutions amiables ; il a bénéficié d'un bon retour des participants, de sorte que ce procédé (majorité de procédures orales, motivation sommaire des recommandations et procédures écrites uniquement à titre exceptionnel) a été intégré dans la gestion ordinaire des procédures<sup>35</sup>. Le processus de médiation tel que prévu par la LTrans peut donc être qualifié d'hybride, empruntant des techniques propres à la médiation ou à la conciliation, et s'apparentant de la sorte à la procédure devant un ombudsman<sup>36</sup>. Lorsque la médiation n'a pas abouti à un accord et qu'une recommandation est rendue, les destinataires sont l'autorité concernée, la

<sup>31</sup> Message LTrans, FF 2003 p. 1865.

<sup>32</sup> Sur la mise en œuvre de cette disposition lorsque l'autorité ne coopère pas, voir BSK BGÖ-SCHWEGLER, N 29 *ad* art. 20.

<sup>33</sup> Message LTrans, FF 2003 p. 1865.

<sup>34</sup> PFPDT, Procédure de médiation selon la loi sur la transparence, p. 4.

<sup>35</sup> PFPDT, Procédure de médiation selon la loi sur la transparence, p. 7.

<sup>36</sup> CHATTON, p. 32.



personne qui a présenté la demande en médiation, de même que les tiers concernés lorsqu'il s'agit de documents officiels contenant des données personnelles<sup>37</sup>. Il convient de rappeler que la recommandation ne revêt pas le caractère d'une décision au sens de l'article 5 PA<sup>38</sup> et n'a dès lors aucune force obligatoire<sup>39</sup>. Elle déploie toutefois des effets juridiques médiats<sup>40</sup>.

b) *Les droits des tiers concernés*

La procédure de médiation est une étape obligatoire, à laquelle le demandeur et l'autorité sont toujours partie. Les tiers dont des données personnelles figurent dans le document et qui s'opposent à ce qu'il soit communiqué peuvent saisir le Préposé fédéral d'une demande de médiation (art. 13 al. 1 let. c LTrans). Leurs droits procéduraux sont donc expressément régis par la LTrans. S'ils n'ont pas eu la faculté d'exercer auparavant leur droit d'être entendu et que le Préposé fédéral considère que les documents peuvent être rendus accessibles, il devra inviter les tiers à prendre position<sup>41</sup>. Le Tribunal fédéral considère que « ces phases de la procédure sont toutes susceptibles d'aboutir à une décision sur le droit d'accès, correspondant aux critères de l'art. 5 PA. Dès lors, à ce stade déjà, les requérants ont qualité de partie au sens de l'art. 6 PA puisqu'il est statué sur leurs prétentions et que leurs droit et obligations sont ainsi touchés »<sup>42</sup>. Ces derniers ont toutefois la faculté de déclarer qu'ils renoncent à participer à la procédure. Ce faisant, ils perdent alors leur droit de recours (art. 48 al. 1 let. a PA)<sup>43</sup>.

c) *La décision de l'autorité et les voies de recours*

L'autorité peut être amenée à rendre une décision au sens de l'article 5 PA dans différents cas de figure : soit à la demande du requérant ou de la personne qui

<sup>37</sup> Message LTrans, FF 2003 p. 1865.

<sup>38</sup> Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021).

<sup>39</sup> TAF A-75/2009 du 16 avril 2009, consid. 4.1.

<sup>40</sup> CHATTON, p. 19 : « primo, la recommandation vise à convaincre l'autorité de céder à la demande d'accès ou, au contraire, le requérant de renoncer à entrer dans la phase décisionnelle, puis contentieuse. Secundo, l'autorité concernée devra s'y référer en formulant sa décision subséquente (art. 15 LTrans). Tertio, le juge en tiendra compte au stade de la phase contentieuse, et quarto, ces avis constituent, de façon générale, des interprétations authentiques, car rendues par le « centre de compétence » désigné par la loi en matière de transparence de l'administration ; celles-ci sont susceptibles d'induire des changements de pratique administrative. »

<sup>41</sup> OFJ, Commentaire de l'ordonnance relative à la LTrans, p. 15.

<sup>42</sup> TF 1C\_562/2017 du 2 juillet 2018, consid. 2.3.

<sup>43</sup> PFPD<sup>T</sup>, Mise en œuvre du principe de transparence, p. 38.

a été entendue (demande qui doit intervenir dans les 10 jours suivant la réception de la recommandation), soit d'office, si, en dérogation à la recommandation, elle entend limiter, différer ou refuser le droit d'accès ou si elle entend accorder le droit d'accès à un document officiel contenant des données personnelles (art. 15 al. 1 et 2 LTrans). L'autorité doit rendre sa décision dans un délai de 20 jours (art. 15 al. 3 LTrans). Elle en informe le Préposé fédéral (art. 13a OTrans). Dans le cadre de la procédure tendant au prononcé d'une décision, il y a lieu d'entendre toutes les parties, y compris celles qui n'ont pas demandé un tel prononcé (art. 30 PA)<sup>44</sup>.

Le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la qualité de partie à la procédure et a retenu ce qui suit : « *la qualité de partie à la procédure de recours ne saurait être limitée à celui qui réclame une décision au sens de l'art. 15 al. 1 LTrans. Une telle décision peut d'ailleurs être rendue sans requête préalable dans les cas prévus à l'art. 15 al. 2 LTrans (cf. arrêt 1C\_137/2016 du 27 juin 2016, consid. 1.2 non publié à l'ATF 142 II 340). Le droit de recourir dépend dès lors exclusivement des conditions posées à l'art. 48 PA. Or, il n'apparaît pas contestable que les requérantes ont pris part à la procédure de première instance et que, même si elles n'en sont pas les destinataires au sens formel, elles sont spécialement atteintes par la décision qui statue sur le sort de leur requête et disposent d'un intérêt à la modification en leur faveur de cette décision. Leur légitimation active et passive dans la présente cause est ainsi indéniable et le grief doit être rejeté* »<sup>45</sup>. La décision de l'autorité peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral (art. 16 LTrans). Un recours au Tribunal fédéral est réservé<sup>46</sup>.

## **B. Les législations cantonales**

### *1. La demande d'accès*

#### *a) En général*

Tout comme au niveau fédéral, corollaire du changement de paradigme que représente la transparence de l'administration, dans les cantons romands, le

<sup>44</sup> PFPDT, Mise en œuvre du principe de transparence, p. 38.

<sup>45</sup> TF 1C\_562/2017 du 2 juillet 2018, consid. 2.3.

<sup>46</sup> Art. 86 al. 1 let. a, art. 89 et art. 100 al. 1 de la Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110). Pour une analyse détaillée de la jurisprudence concernant la LTrans, consulter COTTIER, plaidoyer 5/2014, pp. 26-31 ; KELLER/KÄMPFER, medialex 2017, pp. 95-103 ; KELLER/KÄMPFER, medialex 2018, pp. 79-85 ; MEILL, pp. 31-38.

requérant n'a pas à justifier d'un intérêt particulier pour faire valoir sa demande (art. 20 al. 1 LInf-FR<sup>47</sup> ; art. 24 al. 1 LIPAD-GE<sup>48</sup> ; art. 69 al. 1 CPDT-JUNE<sup>49</sup> ; art. 12 LIPDA-VS<sup>50</sup> ; art. 8 al. 1 LInfo-VD<sup>51</sup>). La Cour de Justice de la République et canton de Genève, notamment, a rappelé dans sa jurisprudence que ni la qualité du demandeur ni son intérêt personnel n'avaient à interférer dans l'examen<sup>52</sup>.

La demande n'est en principe soumise à aucune exigence de forme et n'a pas à être motivée, si ce n'est qu'elle doit contenir les indications permettant d'identifier le document recherché (art. 31 LInf-FR ; art. 28 al. 1 LIPAD-GE ; art. 74 CPDT-JUNE ; art. 48 LIPDA-VS ; art. 10 LInfo-VD et art. 15 RLInfo-VD<sup>53</sup>). Ces dispositions précisent que la forme écrite peut être exigée dans certains cas. De manière générale, les législateurs avaient à l'esprit que l'entité sollicitée soutienne le demandeur dans sa démarche<sup>54</sup>. La jurisprudence de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois a précisé que « *dans l'application de la LInfo, une certaine rigueur ou un certain formalisme s'imposent. Une demande vague ou indifférenciée, tendant à*

<sup>47</sup> Loi fribourgeoise du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents (LInf-FR ; RS/FR 17.5).

<sup>48</sup> Loi genevoise du 5 octobre 2001 sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD-GE ; RS/GE A 2 08).

<sup>49</sup> Convention intercantonale des 8 et 9 mai 2012 relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (CPDT-JUNE ; RS/JU 170.41 et RS/NE 150.30).

<sup>50</sup> Loi valaisanne du 9 octobre 2008 sur l'information du public, la protection des données et l'archivage (LIPDA-VS ; RS/VS 170.2).

<sup>51</sup> Loi vaudoise du 24 septembre 2002 sur l'information (LInfo ; BLV 170.21).

<sup>52</sup> Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève, ATA/758/2015 du 28 juillet 2015, consid. 8d ; Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève, ATA/1003/2016 du 29 novembre 2016, consid. 6d.

<sup>53</sup> Règlement d'application du 25 septembre 2003 de la loi du 24 septembre 2002 sur l'information (RLInfo ; BLV 170.21.1).

<sup>54</sup> Art. 9 al. 2 de l'Ordonnance fribourgeoise du 14 décembre 2012 sur l'accès aux documents (OAD-FR ; RS/FR 17.54) ; art. 50 al. 3 LIPDA-VS. Rapport explicatif relatif à la CPDT-JUNE, *ad* chapitre 4 section III, Accès aux documents officiels : « *à ce propos, dans la mesure du possible, l'entité requise soutient le demandeur dans sa démarche, notamment pour permettre l'identification du document demandé* ». Le rapport explicatif est disponible à l'adresse suivante : <https://www.ppdj-june.ch/fr/Documentation/Bases-legales/Rapport-CPDT-JUNE/Rapport-explicatif-CPDT-JUNE.html> (consulté le 31 octobre 2020). Dans le même sens, au sujet de l'art. 28 LIPAD-GE, l'exposé des motifs relatif au projet de loi précise que « *cette disposition met par ailleurs à la charge des institutions le devoir d'aider les requérants s'adressant à elles à obtenir satisfaction. Cette assistance comporte l'accessibilité aux systèmes de classement des documents, et l'orientation du requérant vers une autre institution à laquelle il lui faut le cas échéant s'adresser* » (MGC 2000 45/VIII 7701).

*obtenir de l'administration non seulement des renseignements mais aussi des explications sur la manière de traiter certains problèmes techniques ou informatiques, n'implique pas l'obligation de mettre à disposition du requérant tous les documents, textes, procès-verbaux, etc. relatifs aux problèmes visés* »<sup>55</sup>.

Dans les cantons du Jura, de Neuchâtel et du Valais, la demande doit être adressée à l'entité qui a émis le document officiel requis ou, subsidiairement, si l'entité qui a émis le document n'est pas soumise à la CPDT-JUNE ou à la LIPDA-VS, à l'entité qui est la destinataire principale du document officiel (art. 74 CPDT-JUNE ; art. 49 LIPDA-VS). Dans le canton de Genève, elle peut être adressée à toute institution en possession des documents (art. 24 al. 1 LIPAD-GE). Aucune règle de répartition des compétences n'est prévue en cas de documents en possession de plusieurs autorités. Ainsi, le requérant peut s'adresser à l'autorité de son choix. Toutefois, si les intérêts d'une autre institution que l'institution requise sont susceptibles d'être compromis, elle doit être consultée (art. 28 al. 4 LIPAD-GE et art. 9 al. 4 RIPAD-GE)<sup>56</sup>. Dans le canton de Vaud, il est prévu que « *les requêtes envoyées à une autorité qui n'est pas concernée sont transmises d'office et sans délai par celle-ci à l'autorité compétente* » (art. 14 al. 3 LInfo-VD). Cette même règle est prévue à l'article 8 alinéa 3 RELIPDA-VS<sup>57</sup>, qui précise en outre que « *si la demande concerne des informations détenues par plusieurs autorités, celles-ci discutent de la manière dont la demande doit être traitée et examinée* ».

L'entité requise doit traiter la demande rapidement (art. 28 al. 2 LIPAD-GE ; art. 76 CPDT-JUNE ; art. 12 al. 1 et 2 LInfo-VD). Pour Genève, la pratique retient que cela correspond à un délai de 30 jours<sup>58</sup>. L'ordonnance sur l'accès aux documents relative à la loi fribourgeoise prévoit également un délai de 30 jours qui peut être prolongé si la demande présente des difficultés particulières ou si des tiers doivent être consultés (art. 13 OAD-FR<sup>59</sup>). La loi vaudoise prévoit des délais plus brefs, puisque l'autorité répond dans les 15 jours dès la réception de la demande, délai qui peut exceptionnellement être prolongé de 15 jours (art. 12 al. 1 et 2 LInfo-VD). Finalement, en Valais, le

<sup>55</sup> Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de droit administratif et public GE.2019.0094 du 24 juin 2019, consid. 3.

<sup>56</sup> Règlement genevois du 21 décembre 2011 d'application de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (RIPAD-GE ; RS/GE A 2 08.01).

<sup>57</sup> Règlement valaisan du 16 décembre 2010 d'exécution de la loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage (RELIPDA-VS ; RS/VS 170.202).

<sup>58</sup> Selon l'exposé des motifs relatif au projet de loi genevois, le législateur ne souhaitait pas fixer un délai impératif tant les situations peuvent diverger les unes des autres (MGC 2000 45/VIII 7701).

<sup>59</sup> Ordonnance fribourgeoise du 14 décembre 2010 sur l'accès aux documents (OAD-FR ; RS/FR 17.54).

traitement de la demande doit intervenir dans un délai de 10 jours, prolongeable de 10 jours en cas de documents complexes ou volumineux (art. 50 al. 1 et 2 LIPDA-VS).

Toutes les législations prévoient que les tiers dont des intérêts sont susceptibles d'être compromis doivent être consultés ou informés (art. 32 al. 2 LInf-FR et art. 10 OAD-FR ; art. 28 al. 4 LIPAD-GE ; art. 77 CPDT-JUNE ; art. 13 al. 2, art. 51 LIPDA-VS et art. 15 RELIPDA-VS ; art. 16 al. 4 et 5 LInfo-VD).

L'entité requise, si elle entend refuser une demande d'accès, doit en informer le requérant et lui indiquer qu'il peut saisir le Préposé cantonal (art. 32 al. 3 LInf-FR et art. 12 OAD-FR ; art. 28 al. 5 LIPAD-GE ; art. 78 al. 1 CPDT-JUNE ; art. 52 LIPDA-VS). Pareillement, si l'entité entend donner accès nonobstant l'opposition d'une autre institution ou d'un tiers, elle doit les en informer, de même que leur indiquer qu'ils peuvent saisir le Préposé cantonal (art. 32 al. 3 LInf-FR et art. 12 OAD-FR ; art. 28 al. 6 LIPAD-GE ; art. 30 al. 2 CPDT-JUNE ; art. 52 LIPDA-VS). Dans le canton de Vaud, l'entité doit indiquer par écrit les motifs l'ayant conduite à ne pas donner son autorisation, à la donner partiellement ou à différer sa transmission ; elle adresse une copie de sa décision au Préposé à la protection des données et à l'information (art. 20 LInfo-VD).

#### *b) Le droit des tiers concernés*

Comme mentionné ci-dessus, les tiers concernés sont, tout comme au niveau fédéral, appelés à intervenir dans la procédure et peuvent faire valoir leur droit d'être entendu<sup>60</sup>. Ils doivent donc être interpellés par l'entité publique, si cette dernière entend donner accès aux documents.

Certains législateurs cantonaux ont prévu des situations dans lesquelles les tiers n'ont pas à être consultés. Ainsi, dans le canton de Fribourg, la consultation n'est-elle pas nécessaire lorsque la pesée d'intérêts est si nettement favorable à la divulgation prévue qu'il n'y a pas lieu d'envisager raisonnablement des intérêts publics ou privés propres à entraîner un autre résultat ou encore lorsque les données personnelles sont présumées publiques, que le tiers y a consenti ou que son consentement peut être présumé (art. 10 OAD-FR).

Dans le canton de Genève, c'est la notion de « tiers » qui a été précisée par règlement : un mandataire, prestataire, délégataire d'une tâche publique ou une personne physique agissant comme un organe de fait de l'institution ne sont

<sup>60</sup> L'exposé des motifs relatif au projet de loi genevois note à cet égard : « cette règle de procédure concrétise sinon étend même l'obligation générale de respecter le droit d'être entendu des parties à une procédure administrative » (MGC 2000 45/VIII 7701).

pas considérés comme des tiers dans ce contexte par le droit genevois (art. 9 al. 1 RIPAD-GE). Ils n'ont donc pas à être consultés.

Le délai qui est octroyé au tiers pour se déterminer ne doit en principe pas excéder la semaine dans le canton de Genève (art. 9 al. 5 RIPAD-GE). Il est de 10 jours en Valais (art. 51 LIPDA-VS et art. 15 RELIPDA-VS).

Finalement, la loi vaudoise ne prévoit pas que le tiers se détermine, mais précise qu'il doit être informé préalablement à la communication (art. 16 al. 4 LInfo-VD et art. 26 RLInfo-VD) ; il est renvoyé à la loi vaudoise sur la protection des données en cas d'opposition à la communication (art. 16 al. 5 LInfo-VD). De la sorte, le tiers concerné peut saisir d'un recours soit le Préposé à la protection des données, soit le Tribunal cantonal (art. 31 LPrD-VD<sup>61</sup>).

## 2. *La saisine du Préposé, la procédure de médiation/conciliation et la recommandation*

### a) *En général*

S'agissant de la saisine du Préposé et de la procédure qui s'ensuit, des divergences entre les cantons interviennent. En effet, certains cantons prévoient une procédure de médiation (Fribourg, Genève, Valais), alors que d'autres se réfèrent à une conciliation (Jura/Neuchâtel, Vaud)<sup>62</sup>. Certains connaissent uniquement l'intervention du Préposé (Genève, Valais), alors que d'autres peuvent voir le rôle d'une Commission intervenir (Jura/Neuchâtel, Fribourg) ou encore une saisine à choix soit du Préposé, soit du Tribunal (Vaud). Ces variations impliquent que le rôle des Préposés diverge sensiblement d'un canton à l'autre, de même que la nature des actes qu'ils sont amenés à rendre. Nous décrirons brièvement la procédure pour chaque canton.

Nous présenterons d'abord la procédure des cantons qui connaissent le recours à la médiation. Ainsi, dans le canton de Genève, le Préposé est saisi par une requête écrite de médiation sommairement motivée, à l'initiative soit d'un requérant dont la demande d'accès à un document n'est pas satisfaite (refus, refus partiel ou non réponse de l'entité), soit d'une institution ou d'un tiers opposé à une communication de documents susceptibles de compromettre des intérêts protégés (art. 30 al. 1 LIPAD-GE). Le délai pour saisir le Préposé est de 10 jours dès la prise de position de l'institution publique sur la demande

<sup>61</sup> Loi vaudoise du 11 septembre 2007 sur la protection des données personnelles (LPrD ; BLV 172.65).

<sup>62</sup> Mode alternatif de résolution des conflits, la médiation se distingue formellement de la conciliation en ce que le médiateur, à l'inverse du conciliateur, ne propose pas de solution, mais amène les parties à résoudre elles-mêmes leurs conflits : SAYEGH, p. 63.

(art. 30 al. 2 LIPAD-GE). Quant à son déroulement, la médiation nécessite le consentement de toutes les parties et la confidentialité des échanges est garantie (art. 10 al. 2 et 3 RIPAD-GE). Le Préposé mène la procédure de manière informelle, selon un mode de communication adapté à la complexité de la requête et conformément au principe d'économie de procédure (art. 30 al. 3 LIPAD-GE et art. 10 al. 8 RIPAD-GE). Lui-même ne peut se voir refuser l'accès au document qui fait l'objet de la procédure (art. 30 al. 3 LIPAD-GE). Le Préposé entend les parties et s'efforce de les amener à un accord tout en leur soumettant, si nécessaire, des propositions (art. 10 al. 9 RIPAD-GE). Si la médiation aboutit, l'affaire est classée (art. 30 al. 4 LIPAD-GE). Si la médiation échoue, le Préposé formule, à l'adresse du requérant ainsi que de l'institution ou des institutions concernées, une recommandation écrite sur la communication du document considéré (art. 30 al. 5 LIPAD-GE).

Dans le canton de Fribourg, la personne qui a demandé l'accès et les tiers qui ont fait opposition bénéficient d'un délai de 30 jours pour déposer une requête de médiation auprès de la Préposée à la transparence (art. 33 al. 1 LInf-FR et art. 14 al. 1 OAD-FR). Quant au déroulement de la médiation, la Préposée la conduit librement (art. 14 al. 2 OAD-FR). L'obligation de collaborer des parties est expressément prévue et implique, de la part de l'organe public, la transmission des documents requis à la Préposée (art. 14a al. 1 OAD-FR) et, de la part des deux parties, de respecter le délai de 20 jours dans lequel la médiation doit se dérouler, de collaborer à la recherche d'un accord et de prendre part à la médiation (art. 14 al. 4 et art. 14a al. 2 OAD-FR). Le refus de collaborer peut mener la Préposée à constater que la médiation n'a pas abouti (art. 14a al. 4 OAD-FR). À cet égard, le Tribunal fédéral a confirmé une décision de la Préposée qui, en l'absence du requérant à la séance de médiation (après avoir été informé des conséquences de son absence) a considéré la requête comme retirée et la médiation comme close. Il a rappelé que la médiation est une étape obligatoire dont le requérant ne saurait se dispenser de son propre chef<sup>63</sup>. Lorsque la médiation aboutit, l'accord est consigné par écrit et devient immédiatement exécutoire (art. 14 al. 3 OAD-FR)<sup>64</sup>. Par contre, si elle n'aboutit pas, la Préposée établit une recommandation écrite dans les 10 jours (art. 33 al. 2 LInf-FR et art. 14 al. 4 OAD-FR). Dans ces situations, d'une part les délais sont raccourcis (art. 14 al. 1bis OAD-FR) et, d'autre part, selon l'organe visé, la recommandation de la Préposée et la décision de l'organe public sont remplacés par une décision de la Commission cantonale de la transparence et de la protection des données (art. 33a LInf-FR et 14 al. 4 OAD-FR). Il sied de relever que l'art. 20 al. 1bis LInf-FR spécifie

<sup>63</sup> TF 1C\_353/2019 du 18 mars 2020, consid. 4.2.

<sup>64</sup> Voir à cet égard : Tribunal cantonal du canton de Fribourg, Cour administrative 601 2019 207 du 14 mai 2020, portant sur un recours pour inexécution de l'accord de médiation.

expressément que le droit d'accès s'applique aussi aux informations sur l'environnement détenues par une personne privée qui assume des responsabilités ou des fonctions publiques ou fournit des services publics en rapport avec l'environnement, lorsque cette personne agit sous l'autorité d'un organe. Cette disposition entend transposer les obligations de la Suisse liées à la ratification de la Convention de la Commission économique de l'ONU 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<sup>65</sup>.

Dans le canton du Valais, les intéressés (demandeur d'accès ou tiers dont les intérêts sont touchés) bénéficient d'un délai de 10 jours pour demander l'ouverture d'une procédure de médiation, qui est obligatoire<sup>66</sup>, auprès du Préposé (art. 52 LIPDA-VS). Ce dernier tente de trouver un compromis entre les parties ; les organes concernés sont tenus de collaborer à l'établissement des faits (art. 40 et 53 al. 1 LIPDA-VS). Si la médiation aboutit, l'affaire est classée ; dans le cas contraire, le Préposé formule, dans les 10 jours à compter de l'échec de la médiation, des recommandations écrites aux parties (art. 53 al. 3 LIPDA-VS).

Selon la CPDT-JUNE, le Préposé peut être saisi par une requête écrite sommairement motivée par le demandeur d'accès ou les tiers concernés afin qu'il tienne une séance de conciliation, lors de laquelle il s'efforce d'amener les parties à un accord (art. 40 et 41 al. 1 CPDT-JUNE). En cas d'absence d'une partie à la conciliation, cette dernière est réputée avoir échoué et la partie absente peut se voir sanctionnée en supportant les frais (art. 41 al. 2 CPDT-JUNE). Si la conciliation aboutit, la convention conclue entre les parties est portée au procès-verbal (art. 41 al. 3 CPDT-JUNE). Ce procès-verbal (et donc le contenu des débats) doit être tenu secret, toute divulgation non autorisée constituant une contravention poursuivie d'office<sup>67</sup>. En cas d'échec de la conciliation ou de non-respect de l'accord figurant au procès-verbal, la cause peut être transmise pour décision, par toute partie, ainsi que par le Préposé, à

<sup>65</sup> Convention d'Aarhus ; RS 0.814.07. Ce texte est entré en vigueur pour notre pays le 1<sup>er</sup> juin 2014. L'art. 22 al. 4 LInf-FR indique encore que constituent des informations sur l'environnement les informations découlant des domaines d'application des législations sur la protection de l'environnement, la protection de la nature et du paysage, la protection des eaux, la protection contre les dangers naturels, la sauvegarde des forêts, la chasse, la pêche, le génie génétique et la protection du climat, ainsi que les informations relevant de dispositions sur l'énergie qui se rapportent à ces domaines.

<sup>66</sup> Message accompagnant le projet de loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage (LIPDA-VS), p. 22.

<sup>67</sup> Avis du Préposé des cantons du Jura et de Neuchâtel 2017.1840 publié le 28 avril 2017, qui retient l'application de l'art. 293 CP. L'avis est disponible à l'adresse suivante : <<https://www.ppdt-june.ch/fr/Activites/Avis/2017/Le-contenu-des-seances-de-conciliation-du-PPDT-est-confidentiel-20171840.html>> (consulté le 31 octobre 2020).



la Commission de la protection des données et de la transparence (art. 42 al. 1 CPDT-JUNE).

Finalement, dans le canton de Vaud, le demandeur d'accès peut choisir de recourir au Préposé ou directement au Tribunal cantonal (art. 21 al. 1 LInfo-VD). Lorsque le Préposé est saisi, il tente la conciliation afin d'amener les parties à un accord (art. 21 al. 3 LInfo-VD) et peut pour ce faire avoir accès à toutes les informations nécessaires (art. 38 al. 1 LPrD-VD). Si la conciliation aboutit, l'affaire est classée (art. 21 al. 4 LInfo-VD). En cas d'échec de la conciliation, le Préposé rend une décision qu'il notifie à l'entité compétente et à l'intéressé (art. 21 al. 5 LInfo-VD).

Ce survol des procédures de médiation/conciliation dans les différents cantons romands appelle plusieurs remarques. La première a trait à la terminologie adoptée. En effet, que les textes légaux se réfèrent à la conciliation ou à la médiation, il apparaît que le Préposé dispose d'une marge de manœuvre importante dans la manière de mener la séance. Les textes semblent tous privilégier une flexibilité des méthodes laissée à l'appréciation du Préposé. Par ailleurs, certains textes, bien qu'ils se réfèrent à la notion de « médiation », prévoient une procédure qui s'apparente plus à une conciliation<sup>68</sup>, particulièrement au vu du caractère obligatoire de la démarche et des sanctions en cas d'absence d'une partie. La terminologie adoptée par les textes légaux à cet égard est en fin de compte peu pertinente pour qualifier la procédure qui apparaît, tout comme au niveau fédéral, hybride<sup>69</sup>.

Autre point d'intérêt, certains Préposés rendent une recommandation<sup>70</sup> (Fribourg, Genève, Valais), le Préposé vaudois une décision, alors que le Préposé pour les cantons du Jura et de Neuchâtel peut transmettre la cause pour décision à une commission. La nature de ces actes varie donc. Dans le canton de Vaud, il s'agit d'une décision au sens de la procédure administrative. Les recommandations, elles, peuvent à notre sens être qualifiées, tout comme la recommandation rendue dans le cadre de la LTrans, d'actes qui déploient des effets juridiques médiats. Toutefois, l'on peut se demander si le Préposé est parfois amené à rendre une décision au sens de la procédure administrative. Pour ce qui a trait de l'application de la loi fribourgeoise, il faut retenir que oui, à la lecture d'un arrêt récent du Tribunal fédéral qui considère que tel est le cas de

<sup>68</sup> Tel est le cas par exemple dans le canton de Genève. Le législateur avait d'ailleurs exposé que « *la LIPAD-GE ne prévoit pas de véritable médiation au sens classique du terme mais une procédure ad hoc où le préposé joue un rôle plus actif que le médiateur* » (MGC 2005-2006 X A 8534).

<sup>69</sup> CHATTON, p. 32.

<sup>70</sup> Le Message accompagnant le projet de loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage (LIPDA-VS), p. 22, précise qu'il ne s'agit pas d'une décision administrative et que l'autorité n'est pas tenue de suivre la recommandation du Préposé.

la décision de considérer une requête comme retirée et la procédure comme close<sup>71</sup>.

Enfin, certains cantons ont prévu une meilleure exécutabilité de l'accord intervenu en médiation ou en conciliation que d'autres. Le législateur fribourgeois a prévu le caractère exécutoire de l'accord de médiation. Dans les cantons du Jura et de Neuchâtel, l'accord figure dans un procès-verbal qui peut être transmis à la Commission de la protection des données et de la transparence pour décision en cas de non-respect de l'accord. Il apparaît donc que ces deux cantons ont un système plus satisfaisant s'agissant du suivi de l'accord. Les législations des autres cantons sont muettes sur ce point.

#### b) *Les droits des tiers concernés*

Dans la majorité des cantons (Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Valais), les tiers concernés peuvent faire appel au Préposé pour qu'il mette sur pied une conciliation ou une médiation (art 33 al. 1 LInf-FR ; art. 30 al. 1 LIPAD-GE ; art. 40 et 77 CPDT-JUNE ; art. 52 LIPDA-VS). Leurs droits sont donc expressément régis par la loi et s'intègrent directement dans la procédure d'accès aux documents. La procédure est exactement identique, que la personne ayant sollicité le Préposé soit le demandeur d'accès ou le tiers concerné. La question de savoir si les tiers concernés bénéficient d'un droit d'être entendu devant le Préposé semble avoir été laissée ouverte par le Tribunal fédéral, car le Préposé n'est qu'une instance de conciliation et n'a pas de pouvoir de décision<sup>72</sup>. Quoiqu'il en soit, lorsque la médiation/conciliation est sollicitée par le tiers concerné, les parties à la médiation/conciliation seront donc, en tous les cas, l'autorité qui détient le document et le tiers concerné. La question se pose de savoir si la présence du demandeur d'accès est également requise et s'il doit être considéré comme une partie dans ce processus. Le Préposé des cantons du Jura et de Neuchâtel répond par l'affirmative, faute de quoi cela conduirait à supprimer les voies de droit aux demandeurs de documents officiels ; il considère que l'esprit et le but de la loi l'exigent, soulignant que si l'anonymat des personnes concernées doit être

<sup>71</sup> TF 1C\_353/2019 du 18 mars 2020, consid. 2.2.

<sup>72</sup> TF 1C\_472/2017 du 29 mai 2018, consid. 1.4 : « en cas d'échec de la conciliation, l'affaire est portée devant la Commission qui, seule, dispose d'un pouvoir décisionnel. Il n'est dès lors pas évident que l'intimée devait disposer d'un droit d'être entendu devant le Préposé, et que la convention soit lacunaire sur ce point. Quoiqu'il en soit, la procédure devant la Commission (art. 42 al. 2 CPTD-JUNE) puis la procédure de recours ont manifestement satisfait au droit d'être entendu de l'intimée, et une éventuelle violation antérieure de ce droit aurait donc été réparée ».

respecté, il appartiendra alors au Préposé d'organiser la séance en fonction de ce critère<sup>73</sup>.

Dans le canton de Vaud, la solution retenue est sensiblement différente. En effet, si un tiers concerné entend s'opposer à la communication d'un document, il ne va pas saisir le Préposé à l'information, mais la Préposée à la protection des données ou le Tribunal cantonal (art. 16 al. 5 LInfo-VD et art. 31 LPrD-VD). La procédure d'accès aux documents sera suspendue dans l'intervalle. Cette solution sensiblement différente des autres cantons romands peut se comprendre par le fait que les Préposés rendent des décisions, soit des actes directement susceptibles de recours et qu'il y a, au sein du canton, deux Préposés, l'un à l'information et l'autre à la protection des données. Les champs de compétences de chacun sont donc clairement délimités.

*c) La décision de l'autorité et les voies de recours*

Dans le canton de Genève, l'institution concernée rend une décision sur la communication du document considéré dans les 10 jours (art. 30 al. 5 LIPAD-GE). Cette décision peut faire l'objet d'un recours devant la Chambre administrative de la Cour de justice, conformément aux règles de la procédure administrative, qui régit dès lors la qualité de partie, les délais et la procédure à suivre. Aucune qualité pour recourir n'est prévue en faveur du Préposé.

La législation fribourgeoise prévoit des règles similaires, puisque l'organe public rend d'office une décision lorsqu'une recommandation a été rendue et ce, au plus tard dans les 30 jours qui suivent la réception de la recommandation ; s'il se rallie à la recommandation, le renvoi à cette dernière peut faire office de motivation (art. 33 al. 3 LInf-FR et art. 15 al. 1 OAD-FR). Il est renvoyé au code de procédure et de juridiction administrative, sauf règles spéciales prévues par la LInf (art. 15 al. 2 OAD-FR). La décision de l'organe public peut faire l'objet d'un recours conformément aux règles de la juridiction administrative (art. 34 al. 1 LInf-FR).

Selon la législation valaisanne, l'autorité rend une décision motivée lorsqu'elle entend s'écarter des recommandations du Préposé (art. 54 al. 2 LIPDA-VS). Cette décision peut faire l'objet d'un recours conformément à la loi sur la procédure et la juridiction administratives (art. 56 al. 1 LIPDA-VS). Le Préposé a qualité pour recourir devant toutes les autorités de la juridiction administrative (art. 56 al. 2 LIPDA-VS).

<sup>73</sup> Avis du Préposé des cantons du Jura et de Neuchâtel 2019.3073 publié le 11 mars 2020, disponible à l'adresse suivante : <<https://www.ppd-june.ch/fr/Activites/Avis/2020/Interpretation-de-l-article-77-CPDT-JUNE-20193073.html>> (consulté le 31 octobre 2020).

Dans les cantons du Jura et de Neuchâtel, il appartient à la Commission de la protection des données et de la transparence de trancher en rendant une décision<sup>74</sup>, si elle est saisie par le demandeur d'accès, le tiers concerné ou le Préposé. Aucun délai n'est prévu pour saisir la Commission, le critère étant qu'il y ait un intérêt encore actuel à effectuer une telle démarche<sup>75</sup>. Les parties peuvent exercer leur droit d'être entendu (art. 42 CPDT-JUNE). La décision de la Commission est sujette à recours devant le Tribunal du canton du siège de l'entité, dont la législation sur la procédure et la juridiction administrative est applicable. Le Préposé cantonal a également qualité pour recourir (art. 43 CPDT-JUNE).

Finalement, dans le canton de Vaud, le Préposé rend une décision qui est susceptible de recours, conformément à la loi sur la procédure administrative (art. 27 al. 3 LInfo-VD).

Il est intéressant de noter que trois cantons ont prévu la qualité pour recourir du Préposé : Jura, Neuchâtel et Valais. Le fait que le Préposé vaudois ne puisse pas recourir se comprend aisément, puisqu'il agit par voie décisionnelle et ne saurait recourir contre une décision qu'il a rendue. Dans le canton de Genève, cette possibilité n'a pas été prévue pour le Préposé, alors qu'elle existe s'agissant du volet protection des données de la loi (art. 56 al. 5 LIPAD-GE).

### III. Les émoluments

#### A. La LTrans

##### 1. *L'origine du caractère onéreux de l'accès aux documents officiels*

Dans son avant-projet de LTrans, le Département fédéral de justice et police avait envisagé de rendre gratuites la demande d'accès, la procédure de médiation et la procédure de décision en première instance, sauf en cas de travail important pour répondre à la requête, de sollicitation répétitive ou de remise d'une copie (art. 13 al. 1 et 2). Il relevait que la gratuité de l'accès aux documents officiels constitue, à côté de la simplicité et de la rapidité de la

<sup>74</sup> La Commission intervient donc en tant qu'autorité de première instance. Voir à cet égard le rapport explicatif relatif à la CPDT-JUNE, *ad* art. 40, disponible à l'adresse suivante : <<https://www.ppd-june.ch/fr/Documentation/Bases-legales/Rapport-CPDT-JUNE/Rapport-explicatif-CPDT-JUNE.html>> (consulté le 31 octobre 2020).

<sup>75</sup> *Ibidem*.

procédure, un élément clef du principe de transparence, le critère économique ne devant pas constituer un frein à la transparence passive<sup>76</sup>.

Les résultats de la procédure de consultation furent néanmoins sans appel : seuls trois cantons (Argovie, Tessin, Uri) et deux partis politiques (PS, UDC) saluèrent le principe de la gratuité de l'accès aux documents officiels, les autres estimant que cette solution pouvait conduire à des abus et, par conséquent, à une charge de travail disproportionnée pour l'administration<sup>77</sup>.

De la sorte, le Conseil fédéral, dans son message du 12 février 2003 relatif à la LTrans, proposa le principe de la perception d'émoluments, afin de « *permettre de contrebalancer, dans une certaine mesure, l'accès inconditionnel aux documents officiels* » et de tenir compte de « *l'intérêt public au fonctionnement efficace et rationnel de l'administration* »<sup>78</sup>. D'un autre côté, notre Gouvernement admit qu'une généralisation de la perception d'émoluments pourrait se révéler prohibitive dans certains cas et aller à l'encontre de l'objectif de la loi, « *sans compter qu'elle provoquerait des frais administratifs démesurés* »<sup>79</sup>.

Malgré la position opposée de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, ce point de vue a été adopté à une courte majorité par la Chambre basse (86 voix contre 79)<sup>80</sup>, plus largement par le Conseil des États<sup>81</sup>.

Si l'introduction de frais vise certes à garantir une certaine efficacité de l'administration en évitant de paralyser cette dernière par une surabondance des requêtes<sup>82</sup>, elle a aussi pour objectif moins avouable de dissuader les investigations<sup>83</sup>.

<sup>76</sup> DFJP, Projet de LTrans, p. 56.

<sup>77</sup> OFJ, Synthèse des résultats de la procédure de consultation relative à la LTrans, p. 18.

<sup>78</sup> Message LTrans, FF 2003 p. 1867.

<sup>79</sup> Message LTrans, FF 2003 p. 1867.

<sup>80</sup> JODER, in BO 2004 N 1263-1264. Il avait à cette occasion été affirmé : « *wenn wir das Öffentlichkeitsprinzip einführen wollen, dann können und dürfen wir nicht wieder auf dem Wege der Erhebung von Gebühren die Schwelle erhöhen und damit das ganze Prinzip zunichte machen* ».

<sup>81</sup> BO 2003 E 1141-1142.

<sup>82</sup> TAF A-2589/2015 du 4 novembre 2015, consid. 5.1 : « *mit diesem Grundsatz wurde ein gewisses Gegengewicht zum voraussetzungslosen Zugang geschaffen und dem öffentlichen Interesse an einer zweckmässigen und rationellen Verwaltung Rechnung getragen* ».

<sup>83</sup> BLOCHER, in BO 2004 N 1264 : « *das würde - wenn es gebührenfrei ist - dann natürlich auch Schule machen und den Appetit wecken* ».

## 2. Le principe de l'émolument et ses exceptions

L'article 17 alinéa 1 LTrans énonce que l'accès aux documents officiels est en principe soumis au paiement d'un émolument<sup>84</sup>. Les termes « en principe » (« *in der Regel* », « *di norma* ») indiquent que l'autorité dispose d'une certaine marge de manœuvre pour décider de la perception d'un émolument. En conséquence, elle peut tenir compte d'autres circonstances, par exemple les cas de renonciation ou de remise/réduction prévus aux articles 3 et 13 de l'Ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments<sup>85</sup>, sous réserve des dispositions spéciales prévues dans l'Ordonnance sur la transparence (art. 14 OTrans)<sup>86</sup>.

L'article 17 alinéa 2 LTrans prévoit la gratuité pour :

- le règlement des demandes qui occasionnent peu de frais (let. a), soit celles dont les émoluments sont inférieurs à CHF 100.<sup>87</sup> et celles dont la perception d'émoluments engendrerait des frais d'un montant supérieur à celui des prestations fournies (art. 15 al. 1 OTrans) ;
- la procédure de médiation (let. b) ;
- la procédure en première instance (let. c).

Il en va pareillement si les documents officiels ont déjà été publiés par la Confédération sur papier, par exemple dans la Feuille fédérale, ou sous forme électronique, et si l'autorité se limite à communiquer les références nécessaires à leur consultation (art. 6 al. 3 LTrans et art. 3 al. 2 OTrans).

L'article 10 des recommandations de la Conférence des secrétaires généraux du 22 novembre 2013 relatives à la perception d'émoluments pour l'accès aux documents officiels (ci-après : « recommandations de la CSG »)<sup>88</sup> ajoute d'autres exceptions à la perception de frais, pour :

- le temps consacré à la recherche des documents dans le système de gestion des affaires ;
- les discussions avec le demandeur ;

<sup>84</sup> Pour des critiques sur le principe de l'émolument, voir COTTIER, La publicité des documents administratifs, p. 103 ; HÄNER, p. 300.

<sup>85</sup> OGEmol ; RS 172.041.1. Ce texte définit les principes régissant la perception des émoluments par l'administration fédérale pour les décisions qu'elle rend et les prestations qu'elle fournit. Outre les art. 3 et 13, il contient notamment des dispositions sur les débours (art. 6), les avances (art. 10), l'échéance (art. 12) et la prescription (art. 14).

<sup>86</sup> PFPDT, Mise en œuvre du principe de transparence, p. 43.

<sup>87</sup> CHATTON, p. 14 ; MADER, Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, p. 33.

<sup>88</sup> Les recommandations sont disponibles à l'adresse suivante : <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/oeffentlichkeitsprinzip/gsk-empfehlungsbuehren-f.pdf>> (consulté le 31 octobre 2020).

- le temps consacré à la rédaction de la prise de position destinée au requérant ;
- le temps consacré à l'examen de la recommandation du Préposé fédéral dans la perspective de la décision portant sur la demande d'accès.

L'article 11 des recommandations de la CSG mentionne qu'il est possible de renoncer à percevoir tout ou partie des émoluments si l'intérêt public à un accès gratuit à des documents officiels est prépondérant par rapport à l'intérêt public à une administration rationnelle et efficace, c'est-à-dire quand le droit d'accès répond à un besoin particulier d'informations de la part du public suite par exemple à des événements importants, qu'il sert à protéger des intérêts publics, notamment l'ordre, la sécurité ou la santé publics, ou qu'il revêt une importance existentielle pour le public.

Enfin, l'article 17 alinéa 4 LTrans énonce que la remise de rapports, de brochures ou d'autres imprimés et supports d'information peut, dans tous les cas, être subordonnée au paiement d'un émolument.

### 3. *Les modalités de l'émolument*

Conformément à l'article 17 alinéa 3 LTrans, le Conseil fédéral a fixé les modalités de l'émolument à l'article 15 OTrans.

Ainsi, les frais liés aux besoins particuliers des personnes handicapées ne sont pas pris en compte dans le calcul de l'émolument (art. 15 al. 2 OTrans).

Par ailleurs, l'autorité peut remettre ou réduire l'émolument lorsqu'elle refuse l'accès aux documents officiels ou lorsqu'elle ne l'accorde que partiellement (art. 15 al. 3 OTrans).

En outre, depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2014<sup>89</sup>, lorsqu'un émolument est perçu dans le cas d'une demande d'accès présentée par un média, l'autorité le réduit d'au moins 50% ; elle peut toutefois renoncer à la réduction si la demande d'accès nécessite un surcroît important de travail (art. 15 al. 4 OTrans)<sup>90</sup>.

Au vu de ce qui précède, l'on constate une importante marge d'appréciation pour l'autorité, laquelle doit garder à l'esprit la volonté d'ouverture de la loi.

<sup>89</sup> RO 2014 2169.

<sup>90</sup> Cf. *infra* IV. A.

#### 4. Le calcul de l'émolument

Comme le lui commande l'article 17 alinéa 3 LTrans, le Conseil fédéral a réglé le tarif de l'émolument à l'article 16 OTrans. L'alinéa 1 de cette norme renvoie à l'annexe 1 s'agissant des montants. Pour les reproductions par exemple, la photocopie format A4 ou A3 à partir d'un document figurant sur une seule page normale jusqu'à A3 coûte 20 centimes par page<sup>91</sup>. Le travail consacré à l'examen et à la préparation des documents officiels est facturé CHF 100.– l'heure. Par examen, il faut comprendre la lecture des documents, la consultation de tiers ou de spécialistes et l'analyse juridique (art. 5 des recommandations de la CSG), alors que le temps consacré à la préparation englobe le caviardage/l'anonymisation des documents et la reproduction de ces derniers (art. 6 des recommandations de la CSG). En revanche, la recherche des documents, les entretiens avec le requérant, les frais de traduction dans la langue de la personne entendue au titre de l'article 11 alinéa 1 LTrans et les frais d'expédition ne sont pas facturés<sup>92</sup>.

Selon l'article 16 alinéa 2 OTrans, si les coûts prévus dépassent CHF 100.–, l'autorité informe le demandeur du montant prévisible de l'émolument, en motivant son estimation (détail des différents coûts envisagés). Le montant indiqué constitue un plafond, non susceptible d'être dépassé. Le devis ne peut pas faire l'objet d'une médiation, sauf s'il est excessif : « *ist zum Zeitpunkt der Prüfung der voraussichtlichen Gebühren (also vor der materiellen Beurteilung des Zugangsgesuchs) der angekündigte Betrag hin-gegen derart exzessiv, dass er eine abschreckende Wirkung auf die Aufrechterhaltung des Gesuchs hat, kommt dies einer materiellen Zugangs-beschränkung bzw. -verweigerung gleich* »<sup>93</sup>. Il a qualité de décision incidente attaquable : « *würde vorliegend auf die Überprüfung der Zwischenverfügung nicht eingetreten, so bliebe das Kostendach unverändert bestehen und der Beschwerdeführer müsste damit rechnen, eine maximale Gebühr von Fr. 16'500.00 entrichten zu müssen. Mit der Offenlegung seiner beschränkten finanziellen Mittel legte der Beschwerdeführer nachvollziehbar dar, dass eine Gebühr in besagter Höhe für ihn eine schwere Belastung bedeuten würde. In der Konsequenz ist davon auszugehen, dass ihn dieses Kostenrisiko davon abhalten könnte, weiterhin an seinem Zugangsgesuch festzuhalten. Mit einem entsprechenden Rückzug entginge ihm nebst der Überprüfung seines Zugangsgesuchs jedoch auch die*

<sup>91</sup> Il est aussi possible d'obtenir une copie électronique (transmise en ligne ou sur support numérique), une cassette audio ou vidéo enregistrée par l'autorité, une reproduction de photographies, un film 16 ou 35 mm copié sur cassette vidéo, ainsi que toutes autres copies effectuées par une firme partenaire extérieure à divers prix.

<sup>92</sup> TAF A-2589/2015 du 4 novembre 2015, consid. 6.

<sup>93</sup> Recommandation du PFPDT du 4 décembre 2012, consid. 13.



*Möglichkeit, einen für ihn günstigen Endentscheid zu erwirken, der die Verwaltungsgebühr in seinem Sinne reduzieren könnte. Darin ist ein nicht wieder gutzumachender Nachteil zu erblicken. Die angekündigte Gebührenhöhe wirkt abschreckend und kommt einer materiellen Zugangsbeschränkung gleich »<sup>94</sup>. L'article 16 alinéa 2 OTrans précise que si le requérant ne confirme pas sa demande d'accès dans un délai de 10 jours, elle est considérée comme retirée. L'autorité doit rendre le demandeur attentif aux conséquences du non-respect du délai.*

## 5. *La perception de l'émolument*

Il appartient à l'autorité chargée de prendre position de facturer les émoluments au demandeur et de les percevoir. Si plusieurs unités administratives participent à l'élaboration de la prise de position, chacune d'entre elles fixe l'émolument en fonction de ses frais effectifs et communique le montant à l'unité administrative responsable. Cette dernière calcule alors le montant total de l'émolument et établit la facture (art. 3 des recommandations de la CSG).

## 6. *En pratique*

En 2019, seules 31 des 916 demandes d'accès ont entraîné la perception d'un émolument, soit 3,3% de l'ensemble des requêtes<sup>95</sup>. Le total des montants perçus pour l'accès à des documents s'est élevé à CHF 18'185.– (2018 : CHF 13'358.– ; 2017 : CHF 6'160.– ; 2016 : CHF 22'700.–)<sup>96</sup>.

La complexité de la procédure, des frais inférieurs à CHF 100.– ou encore la volonté d'éviter des recours peuvent expliquer qu'en moyenne la gratuité est accordée dans près de 97% des cas.

Si le DFJP et la Chancellerie fédérale n'ont prélevé aucun émolument, les six autres départements ont diversement facturé leur temps de travail aux demandeurs (DFI : CHF 8'710.– ; DDPS : CHF 300.– ; DFF : CHF 3'750.– ; DEFR : CHF 700.– ; DETEC : CHF 2'750.–)<sup>97</sup>. Ces mêmes différences de pratiques entre les départements ont pu être observées les années précédentes. À ce propos, dans une interpellation 16.3678 datée du 21 septembre 2016

<sup>94</sup> TAF A-2589/2015 du 4 novembre 2015, consid. 1.2.3.

<sup>95</sup> Avant l'entrée en vigueur de la loi, un auteur prévoyait d'ailleurs qu'aucun émolument ne serait perçu dans la plupart des cas : MADER, La LTrans, p. 26.

<sup>96</sup> PFPDT, 27<sup>e</sup> rapport d'activités 2019/2020, p. 66.

<sup>97</sup> PFPDT, 27<sup>e</sup> rapport d'activités 2019/2020, p. 66.

(« *Comment améliorer l'application de la loi sur la transparence au sein de l'administration ?* »), le Conseiller national Feller a demandé au Conseil fédéral quelles mesures il entendait prendre pour harmoniser ces pratiques au sein de l'administration. Dans sa réponse du 25 janvier 2017, le Gouvernement a fait référence aux recommandations édictées par la Conférence des secrétaires généraux, ainsi qu'à la révision à venir de la LTrans, qui devraient permettre de régler ce problème<sup>98</sup>.

## 7. *Les normes spéciales*

L'article 17 alinéa 3 LTrans réserve les dispositions spéciales prévues dans d'autres lois. Il existe en premier lieu des textes supplétifs, comme l'OGEmol ou les recommandations de la CSG.

Ensuite, certaines lois contiennent des régimes dérogatoires. Aux termes de l'article 9 alinéa 1 de la Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'archivage<sup>99</sup>, les archives de la Confédération peuvent en principe être consultées librement et gratuitement par le public après l'expiration d'un délai de protection de 30 ans ; le droit d'accès en vertu de la Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données est pareillement gratuit, sauf exceptions (art. 8 al. 5)<sup>100</sup>.

## 8. *Le principe de l'émolument de lege ferenda*

Le principe de l'accès payant a été remis en question par l'initiative parlementaire 16.432 de la Conseillère nationale Graf-Litscher du 27 avril 2016 (« *Principe de la transparence dans l'administration. Faire prévaloir la gratuité de l'accès aux documents officiels* »)<sup>101</sup>. Le 20 octobre 2016, la Commission des institutions politiques du Conseil national y a donné suite, son homologue de la Chambre haute ayant suivi le 13 janvier 2017. La première a rédigé un avant-projet/rapport explicatif daté du 13 février 2020.

Il est donc prévu de remplacer le principe qui consiste à percevoir un émolument par le principe inverse. Certains auteurs avaient déjà plaidé pour la

<sup>98</sup> Site du Parlement fédéral : <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curiavista/geschaeft?AffairId=20163678>> (consulté le 31 octobre 2020).

<sup>99</sup> LAr ; RS 152.1.

<sup>100</sup> LPD ; RS 235.1.

<sup>101</sup> Site du Parlement fédéral : <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curiavista/geschaeft?AffairId=20160432>> (consulté le 31 octobre 2020).

suppression de tout émolument, ce qui d'ailleurs aurait constitué selon eux une solution plus logique du point de vue de la technique législative<sup>102</sup>.

La seule exception à la gratuité concernerait les cas où la demande d'accès nécessiterait un surcroît important de travail de la part des autorités, afin « *d'empêcher que des citoyens aient excessivement recours aux services de la Confédération* »<sup>103</sup>. L'ordonnance devra indiquer le nombre d'heures de travail à partir duquel un émolument pourra être perçu pour le traitement d'une requête. Le projet lie par conséquent la perception d'émoluments au critère objectif du temps de travail investi dans le traitement<sup>104</sup>.

Dans l'hypothèse de la perception d'un émolument, le requérant devra, comme à l'heure actuelle, en être informé au préalable et disposer de la voie de droit usuelle lui permettant d'exiger une décision formelle de la part de l'autorité puis de recourir contre cette décision devant le Tribunal administratif fédéral, pour autant que le recours ne porte que sur l'émolument. Si le recours concerne aussi l'accès à un document, une requête en médiation devra être déposée. Le projet ne prévoit cependant pas d'ajouter à l'article 13 LTrans une procédure de médiation spécifique à la perception d'émoluments, en raison du fait que cela serait difficilement compatible avec le principe de la gratuité<sup>105</sup>.

Le montant de l'émolument, fixé sur la base de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral<sup>106</sup>, sera toutefois plafonné à CHF 2'000.–, pour ne pas atteindre un niveau empêchant de fait l'accès aux documents<sup>107</sup>. Une minorité (COTTIER, BINDER, FLURI, JAUSLIN, ROMANO, SILBERSCHMIDT, STREIFF) estime qu'il n'y a pas lieu de fixer le montant d'un émolument au niveau de la loi<sup>108</sup>.

<sup>102</sup> BORN, p. 105 ; BURKERT, *Öffentlichkeitsgesetz*, Art. 17 BGÖ, pp. 289-290.

<sup>103</sup> CIP-CN, Avant-projet et rapport explicatif sur l'initiative parlementaire 16.432, p. 7.

<sup>104</sup> La Commission a estimé plus judicieux d'utiliser un critère mesurable plutôt que d'introduire des notions difficilement applicables telles que celle d'« intérêt public » ; l'utilisation de cette notion serait en outre en contradiction avec la conception de la LTrans, selon laquelle il existe un droit de regard inconditionnel : CIP-CN, Avant-projet et rapport explicatif sur l'initiative parlementaire 16.432, p. 7.

<sup>105</sup> CIP-CN, Avant-projet et rapport explicatif sur l'initiative parlementaire 16.432, p. 8.

<sup>106</sup> S'il a par exemple jugé exagéré un émolument de CHF 16'500.– facturé à une association et l'a réduit à CHF 8'000.– (TAF A-2589/2015 du 4 novembre 2015), le Tribunal administratif fédéral a, en revanche, trouvé justifié un émolument de CHF 4'000.– facturé à un journaliste pour une demande d'accès ayant généré 80 heures de travail (TAF A-3299/2016 du 24 mai 2017).

<sup>107</sup> CIP-CN, Avant-projet et rapport explicatif sur l'initiative parlementaire 16.432, p. 8.

<sup>108</sup> CIP-CN, Avant-projet et rapport explicatif sur l'initiative parlementaire 16.432, p. 9.

## B. Les cantons suisses

### 1. Le principe de la gratuité

En Suisse romande, l'exercice de l'accès et la procédure d'accès sont en principe gratuits (art. 24 al. 1 LInf-FR ; art. 28 al. 7 LIPAD-GE ; art. 81 al. 1 CPDT-JUNE ; art. 55 al. 1 LIPDA-VS ; art. 11 al. 1 LInfo-VD).

Des exceptions à la gratuité interviennent pour la délivrance de copies, d'imprimés et de supports d'information, voire pour l'envoi postal du document (art. 24 al. 2 LInf-FR et art. 4 al. 2 let. b OAD-FR ; art. 28 al. 7 LIPAD-GE ; art. 81 al. 3 CPDT-JUNE<sup>109</sup> ; art. 55 al. 2 LIPDA-VS ; art. 11 al. 2 let. c LInfo-VD). Les articles 6 alinéa 1 OAD-FR, 19 alinéa 1 RELIPDA-VS, 11 alinéa 3 LInfo-VD et 16 alinéa 1 RLInfo-VD obligent les autorités à informer préalablement le requérant qu'elles pourront lui demander un émolument. Dans le canton de Fribourg, l'institution publique doit renoncer à percevoir un émolument lorsque le montant est inférieur à CHF 30.– ou lorsque l'accès est entièrement refusé (art. 6 al. 2 OAD-FR).

Pour le calcul de l'émolument, le Valais applique des frais se montant à CHF 1.– par page (art. 22 al. 1 RELIPDA-VS). Dans le canton de Vaud, un émolument de 20 centimes par page est perçu dès la 21<sup>e</sup> page pour toute copie d'un document dépassant 20 pages (art. 17 al. 3 RLInfo-VD). Les cantons de Fribourg et Genève détaillent encore plus précisément le tarif appliqué :

- 50 centimes par page A4 pour la remise de copies papier, y compris le temps passé à leur confection ; frais effectifs pour la confection de copies papier spéciales, pour la remise d'imprimés ou de supports d'information électronique, ainsi que pour l'envoi postal du document (art. 5 OAD-FR) ;
- par photocopie, télécopie ou impression de page (ou fraction de page), au-delà de 10 pages et jusqu'à 20 pages, est perçu un montant forfaitaire de CHF 30.–, puis CHF 1.– supplémentaire par page à partir de la 21<sup>e</sup> page. La remise de copies de documents par voie électronique demeure gratuite, sauf exceptions (art. 24 al. 1 RIPAD-GE)<sup>110</sup>.

<sup>109</sup> Dans le canton du Jura, il convient de se reporter à l'Arrêté des 25 février et 5 mars 2014 fixant le tarif des émoluments perçus par le Préposé à la protection des données et à la transparence ainsi que par la Commission de la protection des données et de la transparence (tarif des émoluments CPDT-JUNE ; RS/JU 170.412).

<sup>110</sup> Voir aussi les art. 20 à 24 du Règlement du 14 juin 2018 du Pouvoir judiciaire sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (RIPAD-PJ-GE ; RS/GE E 2 05.52). L'art. 21 al. 1 RIPAD-PJ-GE précise notamment que l'émolument est réduit de moitié en cas de recherche scientifique.

Par ailleurs, en droit genevois, la remise d'une copie ou d'un tirage d'un document se prêtant à une commercialisation intervient au prix du marché (art. 28 al. 7 LIPAD-GE et art. 24 al. 1 let. d RIPAD-GE).

Des frais peuvent encore être perçus lorsque :

- l'octroi de l'accès nécessite un travail important (art. 24 al. 2 LInf-FR et art. 4 al. 2 let. a OAD-FR ; art. 81 al. 2 let. c CPDT-JUNE ; art. 55 al. 2 LIPDA-VS ; art. 11 al. 2 let. a LInfo-VD). Deux cantons estiment comme tel le traitement dont le temps consacré excède la demi-heure (art. 24 al. 1 let. b RIPAD-GE ; art. 20 al. 1 et art. 23 al. 1 RELIPDA-VS), de sorte qu'il est perçu en sus CHF 50.– par demi-heure supplémentaire, respectivement un tarif horaire de CHF 60.–. Vaud considère qu'une réponse occasionnant un travail dépassant une heure mérite un émoulement de CHF 40.– par heure, pour tout ce qui dépasse cette durée, jusqu'à et y compris quatre heures, alors qu'au-delà, l'émoulement s'élève à CHF 60.– par heure (art. 17 al. 1 RLInfo-VD). Le canton de Fribourg, quant à lui, estime qu'un temps de travail excédant les deux heures doit engendrer des frais de CHF 60.– de l'heure (art. 5 al. 1 let. b OAD-FR) ;
- le requérant renouvelle abusivement sa demande (art. 81 al. 3 let. a CPDT-JUNE ; art. 55 al. 3 LIPDA-VS et art. 21 al. 1 RELIPDA-VS<sup>111</sup> ; art. 11 al. 2 let. b LInfo-VD et art. 17 al. 2 RLInfo-VD<sup>112</sup>), par exemple parce qu'il a déjà obtenu le même renseignement dans les douze derniers mois et ne peut exciper d'un intérêt pressant (art. 81 al. 3 let. b CPDT-JUNE).

Des règles spéciales sont parfois réservées (art. 24 al. 3 LInf-FR ; art. 24 al. 1 let. e RIPAD-GE ; art. 55 al. 4 LIPDA-VS et art. 18 al. 2 RELIPDA-VS).

## 2. L'exception

En Suisse, seuls trois cantons ont introduit, à l'instar du législateur fédéral, le principe du caractère onéreux de la transparence passive :

- à Saint-Gall, l'article 19 alinéa 1 OeffG-SG<sup>113</sup> prévoit que l'accès à des documents officiels se fait moyennant des émoulements, sans exceptions

<sup>111</sup> En cas de renouvellement abusif d'une demande, une participation de CHF 20.– minimum par prestation peut être requise. Lorsque le traitement de la demande requiert plus d'un quart d'heure de travail, le tarif horaire de CHF 60.– s'applique en sus (art. 24 RELIPDA-VS).

<sup>112</sup> Selon cette norme, en cas de demande sur le même sujet déposée plus de trois fois par année par la même personne, un émoulement de CHF 60.– par heure est perçu.

<sup>113</sup> *Gesetz vom 18.11.2014 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung* (OeffG-SG ; RS/SG 140.2).

possibles. L'alinéa 3 renvoie, s'agissant de la perception de ces derniers, à la loi sur la procédure et la juridiction administratives<sup>114</sup>.

- la Loi schwyzoise sur la transparence de l'administration et la protection des données<sup>115</sup> prévoit un émolument pour une requête d'accès (§ 37 al. 1)<sup>116</sup>, sauf si cette dernière nécessite un effort minimal de la part de l'autorité (§ 37 al. 2 let. a).
- dans le canton de Zurich, le paragraphe 29 IDG-ZH<sup>117</sup> pose le principe de l'émolument (al. 1), sauf si l'accès à l'information nécessite un effort minimal de l'institution concernée ou si la requête sert à des fins scientifiques, pour autant que les résultats soient utiles au public (al. 2). L'entité publique doit informer le demandeur si le traitement de la requête implique des coûts considérables, auquel cas elle peut exiger une avance appropriée (al. 3). Si l'information peut être utilisée à des fins commerciales, une redevance basée sur le prix du marché peut être perçue (al. 4).

#### **IV. Les facilités accordées aux médias**

##### **A. La LTrans**

Les journalistes ne bénéficient d'aucun accès privilégié tiré de la liberté d'information ou de la liberté des médias s'agissant de la procédure d'accès aux documents officiels<sup>118</sup>. Néanmoins, les besoins particuliers des médias<sup>119</sup> doivent être pris en considération dans ce cadre, en tenant compte, dans la mesure du possible, de l'urgence de l'information (art. 10 al. 4 let. a LTrans et art. 9 OTrans). Le message relatif à la LTrans relève à ce propos que le Conseil fédéral « *pourrait par exemple leur [aux médias] accorder des facilités en matière de paiement des émoluments ou recommander dans l'ordonnance que les délais légaux ne soient si possible pas échus dans le cas des demandes présentées par les médias. La question de la diffusion spontanée et rapide d'informations complètes au sujet des questions importantes est en revanche*

<sup>114</sup> Gesetz vom 16.05.1965 über die Verwaltungsrechtspflege (VRP-SG ; RS/SG 951.1).

<sup>115</sup> Gesetz vom 23 Mai 2007 über die Öffentlichkeit der Verwaltung und den Datenschutz (OeffG-SZ ; RS/SZ 140.410).

<sup>116</sup> L'al. 1 ajoute que si les documents officiels peuvent être utilisés à des fins commerciales, une redevance peut être perçue sur la base de la valeur marchande.

<sup>117</sup> Gesetz vom 12 Februar 2007 über die Information und den Datenschutz (IDG-ZH ; RS/ZH 170.4).

<sup>118</sup> TAF A-1156/2011 du 22 décembre 2011, consid. 11.

<sup>119</sup> Sur ce qu'il convient d'entendre par « média », voir BSK BGÖ-BHEND/SCHNEIDER, N 58 ad art. 10.

aujourd'hui déjà réglée dans les dispositions spéciales, selon lesquelles le Conseil fédéral et l'administration sont tenus de mener une politique d'information active (art. 180, al. 2, Cst. et art. 10 LOGA) »<sup>120</sup>.

Pour notre Haute Cour, qui s'est prononcée sur l'interprétation de l'article 3 alinéa 2 lettre a OGE mol, il convient de partir du principe qu'il existe un intérêt public pour les journalistes, ce qui peut justifier la réduction ou la non-perception d'un émolument dans certains cas<sup>121</sup>.

L'article 15 alinéa 4 OTrans permet aux médias, sauf surcroît important de travail pour l'autorité, d'obtenir une réduction d'au moins 50% de l'émolument lorsqu'ils demandent l'accès à un document. Cela s'explique par leur rôle de « chien de garde de la démocratie »<sup>122</sup>. Notre Haute Cour a souligné la nécessité des journalistes d'avoir fréquemment besoin d'accéder à des documents officiels, de sorte qu'un cumul d'émoluments, même modestes, peut dans les faits constituer une restriction d'accès ; de ce fait, il faut partir du principe qu'il existe un intérêt public à ce que les médias aient accès aux documents officiels, ce qui peut justifier de ne plus percevoir d'émoluments, même lorsque l'obtention de l'information n'est pas d'une importance existentielle : « bei der dort vorgesehenen Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Medien zur seriösen Wahrnehmung ihrer Funktionen – namentlich ihrem Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung und zur Kontrolle behördlicher Tätigkeiten (BGE 137 I 8 E. 2.5 S. 12) – regelmässig auf den Zugang zu amtlichen Dokumenten angewiesen sind und die Kumulation von (für sich allein bescheidenen) Gebühren sich als tatsächliche Zugangsbeschränkung auswirken könnte. Hinzu kommt, dass es auch im Interesse der Verwaltung liegt, wenn die Medien seriös, gestützt auf amtliche Dokumente, über Themen von aktuellem Interesse informieren, und die Behörden damit in ihrem Informationsauftrag unterstützen. Insofern ist – entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts – grundsätzlich davon auszugehen, dass ein öffentliches Interesse am Zugang der Medien zu öffentlichen Dokumenten besteht, das einen Gebührenverzicht rechtfertigen kann, auch wenn die Informationsbeschaffung nicht von geradezu existentieller Bedeutung ist »<sup>123</sup>. À titre exemplatif, une taxe de CHF 250.– facturée à un magazine pour des

<sup>120</sup> Message LTrans, FF 2003 p. 1862. Consulter aussi BARRELET/WERLY, N 1105.

<sup>121</sup> TF 1C\_64/2013 du 26 avril 2013, consid. 4.3 et 4.4. Concernant cet arrêt, se référer à BORN, pp. 105-106.

<sup>122</sup> Arrêt de la Cour EDH *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* [GC] du 22 avril 2013, § 103 ; ATF 139 I 114, consid. 4.2 ; CHATTON, p. 14.

<sup>123</sup> ATF 139 I 114, consid. 4.3 ; cf. également TF 1C\_550/2013 du 19 novembre 2013, consid. 3. Ces deux affaires, qui ont permis aux recourants d'obtenir une réduction substantielle des montants exigés, ont amené à l'introduction de l'art. 15 al. 4 OTrans.

renseignements s'inscrivant dans un large débat relatif à la sortie du nucléaire (contrôle de l'étiquetage des appareils électriques) est trop élevée<sup>124</sup>.

## **B. Les cantons romands**

### *1. Le principe*

De manière générale, les médias, parfois considérés comme des partenaires privilégiés des institutions publiques (art. 58 al. 1 CPDT-JUNE ; art. 6 RLInfo-VD), doivent se voir accorder par ces dernières, dans toute la mesure du possible, des facilités pour l'accès à l'information (art. 17 al. 1 LInf-FR ; art. 31 al. 3 LIPAD-GE).

Leurs besoins et leurs contraintes doivent être pris en compte (art. 17 al. 2, art. 32 al. 1 LInf-FR et art. 13 al. 1 OAD-FR ; art. 58 al. 2 CPDT-JUNE ; art. 11 al. 2 LIPDA-VS ; art. 5, art. 12 al. 4 LInfo-VD et art. 7 RLInfo-VD<sup>125</sup>).

En tous les cas, les institutions publiques doivent respecter l'égalité de traitement entre médias (art. 17 al. 2 LInf-FR ; art. 31 al. 3 LIPAD-GE ; art. 5 LInfo-VD).

Elles peuvent leur assurer la gratuité de l'information pour tous les documents (art. 17 al. 3 LInf-FR ; art. 11 al. 3 LIPDA-VS ; art. 11 al. 5 LInfo-VD), ou pour certains seulement (art. 31 al. 1 et 2 LIPAD-GE). Dans le canton de Fribourg, les articles 24 alinéa 2 LInf-FR et 6 alinéa 4 OAD-FR ajoutent que les éventuelles exceptions à la gratuité ne sont pas applicables aux médias.

### *2. L'accréditation*

Certaines lois cantonales instaurent pour les médias et les journalistes appelés à suivre régulièrement les affaires de certaines instances la possibilité de recevoir une accréditation, donnant le droit d'être au bénéfice de certaines facilités, par exemple l'obtention, à titre régulier et gratuit d'informations sur les activités d'intérêt général des entités concernées ou de places réservées lors de séances (art. 18 al. 1 et 2 LInf-FR<sup>126</sup> ; art. 32 al. 1 LIPAD-GE ; art. 4, art. 8

<sup>124</sup> TF 1C\_64/2013 du 26 avril 2013, consid. 4.

<sup>125</sup> Le canton de Vaud connaît un Règlement du 13 juin 2006 de l'ordre judiciaire sur l'information (ROJI-VD ; BLV 170.21.2) qui traite notamment des objectifs et relations avec les médias (art. 2 à 6).

<sup>126</sup> Dans le canton de Fribourg, le Règlement du 21 juin 2012 du Tribunal cantonal sur l'information du public en matière judiciaire (RTCInf-FR ; RS/FR 17.53) prévoit expressément certaines dispositions pour l'accréditation des médias (art. 8 à 12).



et art. 11 al. 4 LIPDA-VS ; art. 6 et 7 LInfo-VD). L'article 32 alinéa 2 LIPAD-GE précise que les conditions d'octroi, de suspension ou de retrait de cartes d'accréditation ne peuvent dépendre d'opinions ou jugements de valeur émis par les journalistes considérés, mais qu'elles peuvent être liées au respect des règles professionnelles et déontologiques en usage.

Seul le canton de Vaud fait dépendre l'accréditation de la qualité de journaliste inscrit au registre professionnel (art. 8 RLInfo-VD), même si l'article 6 alinéa 3 LInfo-VD prévoit que les autorités compétentes peuvent également accréditer d'autres personnes, par exemple les journalistes non professionnels, dans des situations particulières.

Dans le canton de Fribourg, l'abus des avantages que confère l'accréditation peut être sanctionné par des mesures administratives (art. 18 al. 3 LInf-FR), voire aboutir, en cas de violations graves et répétées des règles professionnelles et déontologiques régissant la profession de journaliste, au retrait de l'accréditation, le Conseil suisse de la presse devant être consulté au préalable (art. 18 al. 4 LInf-FR). Dans le canton de Genève, le journaliste concerné et son média sont entendus et l'avis du Préposé doit être sollicité avant toute suspension ou tout retrait d'une carte d'accréditation (art. 32 al. 3 LIPAD-GE).

Les cantons du Jura et de Neuchâtel ne prévoient pas de système d'accréditation. Certaines facilités sont accordées aux journalistes qui en font la demande : l'agenda des audiences publiques des tribunaux leur est accessible (art. 64 CPDT-JUNE), de même que les dates, heures et lieux des séances des législatifs communaux, les ordres du jour et les rapports à l'intention de leurs membres (art. 65 al. 2 CPDT-JUNE).

### 3. *Les places réservées lors de séances*

Les médias peuvent disposer de places réservées lors des séances auxquelles ils sont admis (art. 19 al. 1 LInf-FR).

Ils sont autorisés à effectuer des prises de son ou d'images et à assurer leur retransmission, pour autant qu'ils ne perturbent pas le bon déroulement de la séance (art. 19 al. 2 LInf-FR ; art. 31 al. 4 LIPAD-GE ; art. 8 al. 2 LIPDA-VS). En Valais néanmoins, pour les audiences et prononcés de jugement des autorités judiciaires, les prises de son ou d'images ne sont en principe pas autorisées (art. 8 al. 2 LIPDA-VS).

## **V. Conclusion**

La transparence passive, complément indispensable de la transparence active, apparaît solidement ancrée dans la législation fédérale, comme dans les textes sur l'information adoptés par les cantons romands au cours des années écoulées. Tirant son origine de la liberté d'information consacrée par l'article 16 alinéa 3 Cst., elle en constitue d'ailleurs le cœur.

Le droit subjectif pour tous, indépendamment de la nationalité ou du lieu de résidence, de demander et de consulter les documents en mains de l'administration implique que la procédure d'accès réponde à peu d'exigences formelles, afin précisément de satisfaire à l'objectif de transparence. De la sorte, le requérant n'a pas à justifier d'un intérêt particulier à l'appui de sa demande, laquelle doit simplement comprendre des indications nécessaires (par exemple la date de l'établissement, le titre ou la référence), pour permettre à l'autorité d'identifier le document. Cette dernière doit prendre position rapidement, en motivant son point de vue.

Si la requête est limitée, différée ou refusée, les lois offrent au demandeur la possibilité de recourir à une autorité indépendante, le Préposé fédéral/cantonal, par le biais d'une procédure de médiation (Confédération, Fribourg, Genève et Valais) ou de conciliation (Jura/Neuchâtel et Vaud). À cet égard, la terminologie utilisée par les textes importe peu, car il ressort en pratique que le Préposé dispose d'une certaine marge de manœuvre dans la manière de mener la séance de médiation/conciliation. Sont réservées, par la suite, l'éventuelle recommandation (Confédération, Fribourg, Genève et Valais)/décision (Vaud) du Préposé (ou de la Commission de la protection des données et de la transparence pour Jura/Neuchâtel) et la décision de l'institution publique, voire la saisine des tribunaux.

Contrairement aux textes cantonaux, la LTrans souffre d'un bémol important : le paiement d'un émolument pour l'accès aux documents officiels. La pratique montre, certes, que peu de requêtes aboutissent à la perception de frais. Il n'en reste pas moins que le principe de l'accès payant n'est plus acceptable à l'heure actuelle. Il devrait d'ailleurs céder le pas prochainement à la gratuité, sauf en cas de surcroît de travail important pour l'autorité.

Enfin, les différentes réglementations examinées dans le cadre de cette contribution prévoient toutes la prise en considération du besoin des médias d'avoir fréquemment accès aux documents en possession des institutions publiques, par le biais de facilités en matière de paiement des émoluments, de l'instauration d'un système d'accréditation, ou encore du bénéfice de places réservées lors de séances.

## VI. Bibliographie

### A. Littérature

**Denis BARRELET**, Le droit de la presse à la transparence, *in* Aspects du droit des médias, vol. 1, Fribourg 1983, pp. 109 ss ; **Denis BARRELET/Stéphane WERLY**, Droit de la communication, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2011 ; **Sandrine BAUME**, Exposer les affaires publiques au regard des citoyens – Les raisons justificatives du principe de transparence, *in* Martial PASQUIER (éd.), Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Lausanne 2013, pp. 3 ss ; **François BELLANGER**, Le devoir d'information de l'État, *in* Christine CHAPPUIS/Bénédict WINIGER (éds), La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Genève 2009, pp. 175 ss ; **Christoph BORN**, Öffentlichkeitsgesetz : Abschied von den Gebühren für Medienschaffenden, *in* Medialex 2013, pp. 105-106 ; **Stefan C. BRUNNER/Luzius MADER (éds)**, Öffentlichkeitsgesetz, Berne 2008 (cité : AUTEUR, Öffentlichkeitsgesetz) ; **Dominique BURGER/Pierre GILLIOZ**, Transparence dans l'administration : quelques réflexions, *in* Bénédict FOËX/Laurent HIRSCH (éds), Transparence et secret dans l'ordre juridique, Genève 2010, pp. 317 ss ; **Gregor T. CHATTON**, La procédure de médiation administrative instaurée par la LTrans, *in* Jusletter 3 avril 2017 ; **Lennart CHROBAK/Dominic OERTLI**, Die Information im Wandel des Informations- und Kommunikationsrechts, *in* Mirina GROSZ/Seraina GRÜNEWALD (éds), Recht und Wandel: Festschrift für Rolf H. Weber, Zurich 2016, pp. 67 ss ; **Bertil COTTIER**, La publicité des documents administratifs : étude de droit suédois et suisse, Genève 1982 (cité : COTTIER, La publicité des documents administratifs) ; **Bertil COTTIER**, La transparence au crible de la jurisprudence des tribunaux fédéraux et cantonaux, ainsi que des recommandations du Préposé fédéral à la transparence et à la protection des données, *in* Martial PASQUIER (éd.), Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Lausanne 2013, pp. 37 ss (cité : COTTIER, La transparence au crible de la jurisprudence) ; **Bertil COTTIER**, Encore des résistances à l'application de la loi sur la transparence, *in* Plaidoyer 5/2014, pp. 26 ss (cité : COTTIER, plaidoyer 5/2014) ; **Bertil COTTIER**, Le TF fait souvent pencher la balance du côté de la transparence, *in* Plaidoyer 6/2017, pp. 24 ss (cité : COTTIER, plaidoyer 6/2017) ; **Alexandre FLÜCKIGER/Valérie JUNOD**, La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par l'État fondée sur l'article 10 CEDH, *in* Jusletter 27 février 2017 ; **Simone FÜZESSERY**, Le devoir d'informer des autorités : l'autre face de la transparence administrative, *in* Alexandre FLÜCKIGER (éd.), La mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration, Genève/Zurich/Bâle 2006, pp. 81 ss ; **Isabelle HÄNER**, Das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung im Bund und in den Kantonen – Neuere Entwicklungen, *in* ZBl 2003, pp. 281 ss ; **Sandra HUSI-STÄMPFLI**, Das Öffentlichkeitsprinzip – Und ewig grüsst die Skepsis, *in* Jusletter 27 mai 2019 ; **Annina KELLER/Daniel KÄMPFER**, Öffentlichkeitsgesetz : Die neuere Rechtsprechung im Lichte des gesetzgeberischen Konzepts und seinen Stolpersteinen, *in* Medialex 2017, pp. 95 ss (cité : KELLER/KÄMPFER, medialex 2017) ; **Annina KELLER/Daniel KÄMPFER**, Öffentlichkeitsgesetz : Gerichte stärken das Recht auf Zugang zu Verwaltungsakten, *in* Medialex 2018, pp. 79 ss (cité : KELLER/KÄMPFER, medialex 2018) ; **Vincent MABILLARD/Martial PASQUIER**, Transparence administrative et accès à l'information en Suisse et dans le monde, *in* Véronique BOILLET/Anne-Christine FAVRE/Vincent MARTENET (éds), Le droit public en mouvement, Genève 2020, pp. 301 ss ; **Luzius MADER**, La nouvelle loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration, *in* Alexandre FLÜCKIGER (éd.), La mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration, Genève/Zurich/Bâle 2006,

pp. 13 ss (cité : MADER, La LTrans) ; **Luzius MADER**, Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes – Einführung in die Grundlagen, in Bernhard EHRENZELLER (éd.), Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, Saint-Gall 2006, pp. 9 ss (cité : MADER, Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes) ; **Pascal MAHON**, L'information par les autorités, in RDS 1999 II, pp. 199 ss ; **Urs MAURER-LAMBROU/Gabor-Paul BLECHTA (éds)**, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2014 (cité : BSK BGÖ-Auteur) ; **Andreas MEILI**, Medien im Spannungsfeld zwischen Justizöffentlichkeit und Persönlichkeitsschutz, in Medialex 2017, pp. 31 ss ; **Philomène MEILLAND**, Caractéristiques des lois sur l'accès à l'information en Suisse, in Martial PASQUIER (éd.), Le principe de transparence en Suisse et dans le monde, Lausanne 2013, pp. 19 ss ; **Martial PASQUIER/Philomène MEILLAND**, L'introduction du principe de la transparence dans l'administration fédérale, in Peter KNOEPFEL (éd.), Réformes de politiques institutionnelles et action publique, Lausanne 2009, pp. 209 ss ; **Martial PASQUIER/Jean-Patrick VILLENEUVE**, Les stratégies des organisations publiques pour éviter l'accès à l'information, in Medialex 2005, pp. 206 ss ; **Christine SAYEGH**, Le bilan de la transparence administrative dans le canton de Genève, in Alexandre FLÜCKIGER (éd.), La mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration, Genève/Zurich/Bâle 2006, pp. 55 ss ; **Kaspar SPOERRI/Frédéric VARONE**, La transparence administrative à l'épreuve des usagers : une évaluation exploratoire dans cinq cantons, in LeGes 2008, pp. 89 ss.

## B. Documents officiels

**Commission des institutions politiques du Conseil national**, Initiative parlementaire 16.432 : Principe de la transparence dans l'administration. Faire prévaloir la gratuité de l'accès aux documents officiels, Avant-projet et rapport explicatif sur l'initiative parlementaire, du 13 février 2020 (cité : CIP-CN, Avant-projet et rapport explicatif sur l'initiative parlementaire 16.432) ; **Conseil fédéral**, Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 pp. 1807 ss (cité : Message LTrans) ; **Département fédéral de justice et police**, Pour une administration plus transparente, Projet de loi fédérale sur le principe de la transparence et rapport explicatif, Berne 2000 (cité : DFJP, Projet de LTrans) ; **Office fédéral de la justice**, Synthèse des résultats de la procédure de consultation relative à la loi fédérale sur la transparence de l'administration, Berne 2001 (cité : OFJ, Synthèse des résultats de la procédure de consultation relative à la LTrans) ; **Office fédéral de la justice**, Commentaire de l'ordonnance relative à la loi fédérale sur le principe de la transparence, Berne 2006 (cité : OFJ, Commentaire de l'ordonnance relative à la LTrans) ; **Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence**, Mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration fédérale : questions fréquemment posées, Berne 2013, (cité : PFPDT, Mise en œuvre du principe de transparence) ; **Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence**, Procédure de médiation selon la loi sur la transparence, Rapport d'évaluation de l'essai pilote 2017 du 6 avril 2018 (cité : PFPDT, Procédure de médiation selon la loi sur la transparence) ; **Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence**, 27<sup>e</sup> rapport d'activités 2019/2020 (cité : PFPDT, 27<sup>e</sup> rapport d'activités 2019/2020).

---

# La transparence de l'administration, quel intérêt ?

Denis MASMEJAN

Secrétaire général *Reporters sans frontières Suisse*, Docteur en droit, journaliste, membre du comité *Loitransparence.ch*

Bastien VON WYSS

Recherchiste *RTS*, membre du comité *Loitransparence.ch*

## Table des matières

I.	Les intérêts en jeu dans la transparence .....	243
A.	Pour le journalisme.....	243
B.	Pour les citoyens.....	244
C.	Pour l'État .....	244
D.	Les intérêts en présence dans le droit positif .....	244
II.	La transparence, quel intérêt ? La réponse en quatre exemples.....	245
A.	De l'adjudication de gré à gré à une affaire de corruption au Secrétariat d'État à l'économie (SECO).....	245
B.	Le sponsoring des hautes écoles .....	246
C.	<i>Swissmedic</i> et conflits d'intérêts .....	246
D.	L'agenda des conseillers d'État.....	247
E.	Quelques leçons à tirer .....	247
F.	L'intérêt du droit d'accès à ses propres données .....	248
III.	Conclusion .....	248

## I. Les intérêts en jeu dans la transparence

### A. Pour le journalisme

Pour le journalisme, un accès étendu et garanti par la loi aux documents administratifs représente un intérêt majeur. Cet accès renforce en effet le rôle de « chien de garde de la démocratie » dévolu au journalisme, pour reprendre une métaphore utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme. Il permet de questionner en permanence le discours officiel, de comparer les déclarations publiques des responsables avec la réalité d'un dossier et d'éclairer toute une part de l'activité des pouvoirs publics qui resterait sinon dissimulée. L'accès aux documents administratifs garantit en outre une information précise, authentique et sourcée. Il doit être considéré comme un outil indispensable au journalisme du 21<sup>e</sup> siècle, critique, indépendant, distant de tous les pouvoirs. Il

est d'autant plus nécessaire que l'État s'entoure de plus en plus de « communicants » et que l'expression directe des élus tend à se faire plus rare et plus contrôlée.

## **B. Pour les citoyens**

La transparence de l'administration n'est pas spécifiquement destinée aux médias mais sert les intérêts de l'ensemble des citoyens. Elle leur permet d'être davantage concernés par l'action des pouvoirs publics, d'en être partie prenante, de participer davantage aux institutions démocratiques. Dans un pays de démocratie semi-directe, elle apparaît comme le complément naturel des droits politiques : un citoyen qui peut prendre part aux décisions politiques a le droit de savoir comment l'administration les applique. La transparence est également un instrument d'une grande utilité pour les acteurs de la société civile, les organisations non gouvernementales au premier chef.

## **C. Pour l'État**

Quand bien même l'État est le « débiteur » du principe de transparence, il en retire lui aussi des avantages. Il est en effet démontré qu'un citoyen qui a confiance dans les institutions parce que celles-ci ne se retranchent pas derrière le secret accepte également mieux les décisions des autorités. Nous le verrons plus loin : l'exercice du droit d'accès aux documents administratifs peut déboucher sur des améliorations du fonctionnement de l'administration.

## **D. Les intérêts en présence dans le droit positif**

Ce qui précède ne découle pas seulement de l'idéalisme des auteurs de la présente contribution. Plusieurs lois cantonales assignent explicitement à la transparence de l'administration le but de favoriser la libre formation de l'opinion ou la participation à la vie publique<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Exemples en Suisse romande : Genève : art. 1 LIPAD-GE, Jura et Neuchâtel : art. 1 CPDT-JUNE, Valais : art. 1 LIPDA-VS, Vaud : art. 1 LInfo-VD, Fribourg : art. 1 LInf-FR.

## II. La transparence, quel intérêt ? La réponse en quatre exemples

### A. De l'adjudication de gré à gré à une affaire de corruption au Secrétariat d'État à l'économie (SECO)

En 2012, un journaliste du *Bund/Tages-Anzeiger* adresse une demande d'accès à des documents relatifs aux adjudications de gré à gré au sein de l'administration fédérale. Le Département fédéral de l'économie, de la formation, et de la recherche oppose une fin de non-recevoir. La procédure de médiation permet de parvenir à un compromis. Les noms seront caviardés et remplacés par des pseudonymes. Mais l'affaire prend du temps. L'enquête du journaliste ne peut être publiée qu'en janvier 2014. Elle révèle que le SECO a attribué des marchés publics pour des sommes importantes sans procéder aux appels d'offres publics nécessaires. Ce n'est pas tout. Le journaliste finit aussi par découvrir qu'un collaborateur du SECO s'est fait octroyer des avantages personnels considérables en échange de ces adjudications de gré à gré. Des enquêtes pénales sont ouvertes. Le chef du département prend des mesures.

L'affaire est exemplaire. Un journaliste enquête, demande des documents, les obtient même s'il doit batailler longtemps, découvre des irrégularités et même des soupçons de délits, les publie. L'administration corrige alors ses pratiques.

Alors même que cette affaire n'a pas encore été révélée, des journalistes du *Matin dimanche* et de la *SonntagsZeitung* s'intéressent eux aussi aux achats publics de la Confédération. Ils veulent savoir quels sont les départements et les offices qui recourent le plus souvent à des prestataires externes, pour quels types de biens et qui sont les plus gros fournisseurs. Il leur faut trois ans de procédure pour obtenir leurs informations en vertu de la loi sur la transparence. Le Tribunal fédéral leur donne partiellement raison par un arrêt du 2 décembre 2015<sup>2</sup>. Ils publient leur enquête en 2016.

Ce qui précède n'a pas retenu le Conseil fédéral, lors de la révision de loi sur les marchés publics en 2017, de vouloir exclure l'ensemble des documents liés aux procédures d'adjudication des marchés publics du champ d'application de la loi sur la transparence. Manière originale, avouons-le, de tirer les conséquences des abus constatés quelques années à peine auparavant. Les chambres renonceront à suivre le gouvernement sur ce point. Nous ne pouvons que nous en féliciter.

<sup>2</sup> TF 1C\_50/2015 du 2 décembre 2015.

## B. Le sponsoring des hautes écoles

En 2012, deux journalistes de la *Wochenzeitung* et de l'édition suisse de *Die Zeit* demandent à l'Université de Zurich de produire un contrat de sponsoring signé avec *UBS*. Cet accord porte sur un montant de CHF 100.- millions destinés à financer l'*International Center of Economics in Society* du département d'économie de l'université. Celle-ci refuse tout d'abord de divulguer le contrat mais y est finalement contrainte par la commission de recours des hautes écoles. La publication des détails de l'accord fait grand bruit, eu égard aux interrogations que de telles pratiques peuvent soulever quant à l'indépendance de l'enseignement et de la recherche. Depuis, l'Université de Zurich a compris que la transparence sur des financements de ce type est légitime et opportune et rend publique la liste de ses sponsors.

En 2012 toujours, la *Wochenzeitung* fait une démarche analogue auprès des deux Écoles polytechniques fédérales. Celles-ci s'y opposent mais acceptent, en 2014, de suivre la recommandation du Préposé fédéral à la protection des données<sup>3</sup> et à la transparence et de divulguer leurs contrats de sponsoring. Le public prend alors connaissance du contenu de l'accord conclu entre *Nestlé* et l'EPFL qui fait tiquer jusqu'au président du Conseil des EPF en raison du droit de regard sur la nomination des professeurs accordé à la multinationale veveysanne. Une telle pratique sera toutefois cautionnée, après examen, par l'autorité qui chapeaute les deux hautes écoles.

## C. *Swissmedic* et conflits d'intérêts

En Suisse romande, l'enquête de *Temps présent* diffusée en 2011 « Faut-il avoir peur des médicaments ? » est un cas d'école. Grâce à la loi sur la transparence, les journalistes de la *RTS* ont pu obtenir les déclarations d'intérêts des experts mandatés par l'organisme d'autorisation des médicaments en Suisse. La majorité de ces experts déclarent des liens d'intérêt avec l'industrie pharmaceutique. Près d'un quart reconnaissent posséder des actions des grandes sociétés pharmaceutiques. Ces informations amènent la présidente de *Swissmedic* à reconnaître que la sensibilité à la question des conflits d'intérêt s'est accrue, et à annoncer une révision de la réglementation applicable pour la rendre plus stricte et plus transparente. En 2014, *Swissmedic* se dote en effet

<sup>3</sup> La recommandation peut être consultée à l'adresse suivante : <[https://www.edoeb.admin.ch/dam/edoeb/de/dokumente/2014/03/empfehlung\\_vom\\_26\\_februar2014\\_ethzfinanzierungvonlehrstuehleninter.pdf.download.pdf/empfehlung\\_vom\\_26februar2014ethzfinanzierungvonlehrstuehleninter.pdf](https://www.edoeb.admin.ch/dam/edoeb/de/dokumente/2014/03/empfehlung_vom_26_februar2014_ethzfinanzierungvonlehrstuehleninter.pdf.download.pdf/empfehlung_vom_26februar2014ethzfinanzierungvonlehrstuehleninter.pdf)> (consulté le 31 octobre 2020).



d'un nouveau code relatif à la gestion des conflits d'intérêts. Ils sont désormais publiés spontanément.

#### **D. L'agenda des conseillers d'État**

En 2016, au terme d'une longue procédure, le Tribunal fédéral admet que l'agenda électronique *Outlook* de l'ancien directeur général de l'armement est un document officiel au sens de l'article 5 LTrans<sup>4</sup> et donne raison au journaliste de la *SonntagsZeitung* et du *Matin dimanche* qui voulait y accéder. L'affaire donne des idées à la RTS, qui demande, en 2018, aux conseillers d'État romands d'accéder à leurs agendas respectifs pour la période du 1<sup>er</sup> juin au 31 août. La réaction des intéressés est souvent réticente, mais certains acceptent de se prêter au jeu tout en préservant très légitimement ce qui a trait à leur vie privée. La même opération est répétée l'année suivante par la télévision locale genevoise *Léman Bleu*, avec plus de succès puisque le diffuseur obtient l'agenda des sept conseillers d'État sur une semaine entière. Les deux sujets montrent bien sûr les réserves des magistrats à porter à la connaissance du public des informations ayant trait à l'organisation de leur travail quotidien, mais aussi, chez plusieurs, une vive conscience des exigences découlant du principe de transparence. L'examen possible de l'organisation du temps des membres des exécutifs permet aux citoyens de comprendre en détail le fonctionnement des institutions. Sans révéler de scandale, ces publications illustrent ainsi la manière dont la transparence peut rapprocher citoyens et élus.

#### **E. Quelques leçons à tirer**

Les exemples que nous venons de citer montrent que l'usage par les médias de leur droit d'accès à des documents administratifs ont contribué à :

- mettre à jour un cas de corruption au sein de l'administration fédérale ;
- amener l'administration ou des entités assimilées à revoir leurs pratiques dans un sens plus conforme aux principes d'une bonne gouvernance ;
- informer le public sur le fonctionnement détaillé des institutions et par-là rapprocher les citoyens des pouvoirs publics et des élus.

<sup>4</sup> ATF 142 II 324, consid. 2.

## F. L'intérêt du droit d'accès à ses propres données

En 2015, l'émission *On en parle de RTS La Première* lance une opération spéciale baptisée « Enquête ouverte : donnez-moi mes données ! » Le but de la démarche est de permettre aux auditeurs, au fil des mois, d'accéder à leurs données personnelles détenues par des administrations ou des entreprises. La *RTS* a ainsi pu montrer que près de la moitié des communes vaudoises qui transmettent les données du contrôle des habitants au Bureau vaudois d'adresses le font sans avertir les citoyens concernés. Deux mois plus tard, le chef du Département vaudois de l'économie et du sport rappelait les communes à leurs obligations. Depuis lors, les données du contrôle des habitants ont cessé d'être utilisées par le Bureau vaudois d'adresses.

La même opération permet à la *RTS* de révéler, en 2016, que la ville de La Chaux-de-Fonds conserve trop longtemps les traces des signatures d'initiatives ou de référendums de ses citoyens validées par la commune. Dans la foulée, la commune annonce qu'elle change sa pratique et détruira à l'avenir ces données dès qu'elles ne seront plus utiles.

Ces exemples montrent que le droit d'accès à ses propres données peut entraîner de vrais changements de pratique en mettant en lumière le traitement qui en est fait.

## III. Conclusion

On retiendra de ces quelques exemples que les législations sur la transparence servent un journalisme de qualité, précis, documenté et centré sur l'intérêt général. L'utilisation de ces outils dans le travail journalistique aboutit en outre à des modifications de pratiques qui renforcent la démocratie. À l'heure où la mutation numérique affaiblit considérablement les médias et où l'information fiable tend à être noyée dans le flux des réseaux sociaux, ces faits méritent d'être soulignés. Le soutien aux médias, au sens large, passe aussi par une application loyale du principe de transparence.

Or il faut se rendre à une évidence : les résistances auxquelles les journalistes se heurtent lorsqu'ils invoquent le principe de transparence restent parfois vives. Elles ne peuvent souvent être surmontées qu'au prix de procédures longues et coûteuses, dans lesquelles seuls des médias disposant de moyens importants peuvent se risquer. Nous le déplorons et attendons des pouvoirs publics une prise en compte complète du principe de transparence par la concrétisation générale et effective du changement de paradigme qu'il implique.