

Les conventions de départ de hauts fonctionnaires fédéraux peuvent être soumises au droit d'accès (dénégation de la jurisprudence du TAF)

Arrêt du Tribunal fédéral du 19 mai 2010 (1C_522/2009)

10-171

Gemäss Art. 6 BGÖ hat jede Person das Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskünfte über deren Inhalt zu erhalten. Dieses Auskunftsrecht gilt jedoch nicht absolut, sondern wird durch die in Art. 8 BGÖ statuierten Grenzen eingeschränkt. Davon erfasst sind auch amtliche Dokumente des Mitberichtsverfahren gemäss Art. 15 RVOG.

L'article 6 LTrans, selon lequel toute personne a le droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités, n'est pas absolu et se voit tempéré par les limitations au droit d'accès évoquées à l'article 8. Tel est le cas des documents officiels de l'administration afférents à la procédure de corapport au sens de l'art. 15 LOGA.

mots-clés Demande d'accès; Notion de documents officiels et de procédure de corapport

Art. 2, 5, 6, 7, 8 LTrans; art. 15 LOGA

Faits (résumé)

Un journaliste s'est vu refuser par le DFJP l'accès aux contrats de travail des anciens (respectivement) secrétaire général et secrétaire général suppléant du DFJP, y compris les conditions spéciales et décisions relatives à leur indemnisation après leur renvoi.

Le DFJP a rejeté la demande d'accès. La simple curiosité journalistique ne constituait pas un intérêt public suffisant à la consultation d'éléments des dossiers personnels du secrétaire général du DFJP et de son suppléant.

Le Tribunal administratif fédéral (TAF) a rejeté le recours du journaliste.

Le TF a admis son recours en matière de droit public.

Considérant en droit

1.L'arrêt attaqué, relatif à l'accès à des documents officiels au sens de la LTrans, constitue une décision rendue dans une cause de droit public (art. 82 let. a LTF).

1.1 Selon l'art. 89 al. 1 LTF, a qualité pour recourir quinconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente

ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est particulièrement atteint par la décision attaquée (let. b) et dispose d'un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Le TAF a reconnu la qualité pour recourir à Erik Reumann, considérant que celui-ci était l'auteur de la demande d'accès aux documents. Par ailleurs, même s'il n'exerçait plus la profession de journaliste, il conservait un intérêt digne de protection puisque la LTrans accordait un droit d'accès à toute personne (art. 6 al. 1 LTrans), indépendamment des motifs de la demande de consultation et des informations déjà disponibles, notamment dans la presse. Ces considérations ne prêtent pas le flanc à la critique. Elles peuvent s'appliquer également à ce stade de la procédure, de sorte que la qualité pour agir doit être reconnue à Erik Reumann. Le TAF a par ailleurs considéré que Magalie Goumaz n'était pas l'auteur de la demande d'accès et n'avait pas participé à la procédure devant le Préposé fédéral. Il n'y avait pas lieu à une substitution de parties puisqu'Erik Reumann était habilité à recourir. La recourante ne critique pas ce motif d'irrecevabilité; elle se contente de reprendre les mêmes arguments que ceux soulevés devant le TAF pour justifier sa qualité pour agir auprès du Tribunal fédéral. Elle ne prétend donc pas qu'elle aurait été «privée de la possibilité de participer à la procédure» au sens de l'art. 89 al. 1 let. a LTF. Le recours est dès lors irrecevable en tant qu'il est formé par Magalie Goumaz.

1.2 (...)

2.Le recourant se plaint d'une violation de l'art. 8 LTrans. Cette disposition aurait pour but de protéger la formation de la décision au sein du Conseil fédéral et de préserver le principe de collégialité qui prévaut pour cette autorité. Seuls seraient ainsi soustraits à la transparence les documents permettant de prendre connaissance d'éventuelles divergences d'opinion au sein du collège gouvernemental. En revanche, les documents annexes et la décision finale seraient accessibles. En l'occurrence, les conventions de départ devraient être considérées non comme des documents préparatoires, mais comme des documents annexes à la proposition du DFJP. Le recourant invoque également, dans le même grief, les art. 16 al. 3 Cst. et 10 par. 1 CEDH, sans toutefois satisfaire sur ce point aux exigences de motivation posées à l'art. 106 al. 2 LTF.

2.1 (...)

2.2 (...)

2.3 L'art. 8 LTrans énumère un certain nombre de cas particuliers de documents pour lesquels l'accès est exclu ou différé. Selon l'art. 8 al. 1 LTrans, le droit d'accès n'est pas reconnu pour les documents officiels de l'administration afférents à la procédure de corapport (Mitberichtsverfahren) au sens de l'art. 15 LOGA.2.3.1. La procédure de corapport sert à préparer la dé-

cision du Conseil fédéral et doit lui permettre de concentrer ses délibérations sur les aspects essentiels de l'affaire (art. 3 al. 1 et 5 OLOGA, RS 172.010.1; Sägesser, *Regierungs- und Verwaltungsorganisations-gesetz RVOG*, Berne 2007, p. 214). Comme le prévoit l'art. 5 al. 1bis OLOGA, elle commence au moment où le département compétent signe sa proposition adressée au Conseil fédéral. Cette disposition est déterminante dans l'interprétation de l'art. 8 al. 1 LTrans, car elle a précisément été modifiée lors de l'adoption de l'OTrans – cf. annexe 2 OTrans – afin de clarifier la situation (FF 2003 1855 in fine; le message évoquait alors le moment où les documents sont remis par l'office au chef du département). Le département remet ensuite sa proposition définitive à la Chancellerie fédérale en vue de l'ouverture de la procédure de corapport proprement dite (art. 5 al. 3 OLOGA). La proposition est alors transmise aux autres départements pour prises de position. Les offices concernés donnent leur avis dans un délai approprié, et les divergences doivent être éliminées dans la mesure du possible au cours de cette consultation (art. 4 OLOGA). Il peut s'ensuivre d'autres échanges d'écritures. L'affaire n'est traitée par le Conseil fédéral qu'après élimination – ou confirmation – des divergences (Sägesser, *op. cit.* p. 214). Ce processus a pour but de permettre l'expression des différents intérêts et points de vue, dans le cadre d'une procédure relativement formalisée, en vue de la délibération du Conseil fédéral (Brunner/Mader, *op. cit.* p. 171). De nombreuses affaires peuvent ainsi être liquidées sans discussion supplémentaire (Sägesser, *op. cit.* p. 214). La procédure de corapport prend fin avec la décision formelle du Conseil fédéral (Brunner/Mader, *op. cit.* p. 171).

2.3.2. L'exclusion de l'accès pour les documents relatifs à la procédure de corapport a pour but de préserver le principe de collégialité prévalant pour le gouvernement fédéral (art. 12 LOGA) et de protéger la libre formation de son opinion et de sa volonté (FF 2003 1855). Le législateur a estimé que le fait de donner accès à ces documents compromettrait le bon fonctionnement du gouvernement en tant qu'organe collégial (Mader, *op. cit.* p. 23). La révélation du processus décisionnel pourrait mettre au jour des divergences d'opinion, alors que le principe de collégialité exige que les membres du Conseil fédéral défendent les décisions prises par le Collège (sur le bien-fondé de cette motivation, cf. Mader, *Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, Einführung in die Grundlagen*, in: Ehrenzeller (éd.), *Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes*, St-Gall 2006, p. 28). Pour cette raison, le secret qui protège ces documents est maintenu, même après la décision du Conseil fédéral (FF 2003 1855), et indépendamment de l'existence d'un intérêt particulier au maintien du secret. En ce sens, l'art. 8 al. 1 LTrans constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 8 al. 2 LTrans.

2.3.3. Dès lors que le moment de l'ouverture de la procédure de corapport correspond à la signature de la proposition du département, le secret instauré à l'art. 8 al. 1 LTrans couvre ladite proposition, les corapports des autres départements et les échanges ultérieurs d'écritures, y compris les propositions formalisées émanant des offices consultés, ainsi que les notes personnelles des conseillers fédéraux, de leurs conseillers personnels ou d'autres collaborateurs (FF 2003 1855; Brunner/Mader, *op. cit.* n° 20 *ad art.* 8). En revanche, les documents qui accompagnent la proposition au Conseil fédéral ne sont pas en tant que tels soumis au secret instauré à l'art. 8 al. 1 LTrans. Ainsi, le projet de proposition élaboré par un office

fédéral à l'attention du département ne fait l'objet que de la restriction provisoire instaurée à l'art. 8 al. 2 LTrans (Brunner/Mader, *op. cit.* n° 19 *ad art.* 8). Il en va de même des documents officiels de la consultation des offices. Cela résulte a contrario de l'art. 8 al. 3 LTrans, selon lequel le Conseil fédéral peut exceptionnellement décider que de tels documents restent non accessibles après la prise de décision.

2.3.4 En l'occurrence, la demande d'accès porte sur les conventions de départ passées entre le secrétaire général du DFJP, respectivement son suppléant d'une part, et la Confédération d'autre part, agissant par le DFJP. La convention passée avec le secrétaire général a été signée par les parties le 4 janvier 2008, et la procédure de corapport a été ouverte le 15 janvier 2008 par la présentation de la proposition du département. Elle s'est achevée le lendemain par la décision d'approbation du Conseil fédéral. La convention concernant le secrétaire général suppléant n'a été signée que le 22 février 2008, mais elle a manifestement été élaborée auparavant, et les parties ont donné leur accord de principe avant le 19 février 2008, date de la proposition du DFJP. Celle-ci a également été approuvée le lendemain par le Conseil fédéral. Les conventions signées par les intéressés constituaient les annexes à la proposition du DFJP. Leur validité était soumise à la décision d'approbation du Conseil fédéral, compétent en vertu de l'art. 2 al. 1 let. d de l'Ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers, RS 172.220.111.3) pour résilier les rapports de travail des secrétaires généraux et de leurs suppléants. Les documents en question apparaissent dès lors antérieurs à l'ouverture de la procédure de corapport proprement dite. Même si, matériellement, leur contenu se confond avec les propositions faites par le département, seules ces dernières constituent les documents d'ouverture de la procédure de corapport. La consultation de ces conventions ne révèle d'ailleurs rien sur la procédure ayant abouti aux décisions d'approbation du Conseil fédéral, et ne porterait par conséquent aucune atteinte au principe de collégialité et au secret des délibérations. Or, il s'agit là du critère essentiel au regard de l'art. 8 al. 1 LTrans, puisque le secret instauré par cette disposition se limite au processus délibératif.

2.4 On ne saurait par conséquent considérer les conventions de départ comme des documents «afférents à la procédure de corapport» au sens de l'art. 8 al. 1 LTrans. Le TAF ne pouvait dès lors fonder son refus sur cette disposition et faire l'économie de la pesée d'intérêts exigée à l'art. 7 al. 2 LTrans. Il n'appartient pas au Tribunal fédéral de statuer sur ce point en première instance de recours, alors que les parties intimées ne se sont pas exprimées à ce sujet.

Commentaire L'arrêt commenté, le deuxième rendu par le Tribunal fédéral sur la nouvelle loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (loi sur la transparence, LTrans), du 17 décembre 2004, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006 (RS 152.3) a trait à l'accès aux «documents officiels afférents à la procédure de corapport» au sens de l'art. 8 al. 1, l'une des dispositions centrales de la loi (le premier arrêt, l'ATF 133 I 209, X. *gegen Generalsekretär des Schweizerischen Bundesgerichts*, du 25 mai 2007, portrait sur l'accès à des documents concernant la composition des différentes cours du Tribunal fédéral – et l'attribution des juges à ces cours); (sur la petite «controverse» concernant

l'absence ou la rareté de la jurisprudence relative à la LTrans, voir Marc Frédéric Schäfer, *Wer entscheidet über den Zugang zu amtlichen Dokumenten*, in: Jusletter 6 September 2010, spéc. n° 1, et Stephan C. Brunner – Alexandre Flückiger, *Nochmals: Der Zugang zu amtlichen Dokumenten, die Personendaten enthalten*, in: Jusletter 4. Oktober 2010, spéc. n° 1, note 9).

En fait, le litige portait sur le droit d'accès d'un journaliste aux conventions fixant les conditions et indemnisation de départ des anciens secrétaire général et secrétaire général suppléant du Département fédéral de justice et police (DFJP) suite à leur renvoi, début 2008, par la nouvelle cheffe dudit Département. Le Département puis, sur recours, le Tribunal administratif fédéral (contre l'avis du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence) avaient refusé l'accès, au motif que, ayant été présentées pour approbation au Conseil fédéral, sur proposition du DFJP, ces conventions de départ relevaient de la procédure de corapport. De ce fait, elles étaient soustraites au droit d'accès en vertu de l'art. 8 al. 1 LTrans. Le recourant soutenait au contraire que comme cette disposition a «pour but de protéger la formation de la décision au sein du Conseil fédéral, et de préserver le principe de la collégialité qui prévaut pour cette autorité», seuls «seraient ainsi soustraits à la transparence les documents permettant de prendre connaissance d'éventuelles divergences d'opinion au sein du collège gouvernemental. En revanche, les documents annexes et la décision finale seraient accessibles» (cons. 2 de l'arrêt commenté).

La question litigieuse était donc celle de savoir si les documents annexes à la proposition, en l'occurrence les conventions de départ des deux anciens collaborateurs, devaient être considérés comme «afférents à la procédure de corapport» ou non. A la simple lecture du texte légal, la réponse n'était pas évidente. Le Tribunal fédéral a tranché par la négative, dans le sens du recourant. En considération du but de l'art. 8 al. 1^{er} LTrans, il a jugé que, telle qu'elle a été définie dans le cadre de la Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA) et de son ordonnance d'application (OLOGA), adaptée en vue de la nouvelle Loi sur la

transparence, la procédure de corapport commence au moment de la signature, par la ou le chef du Département compétent, de la proposition de ce département au Conseil fédéral et qu'elle englobe donc cette proposition signée ainsi que tous les documents successifs établis en vue de permettre la délibération et la prise de décision du Conseil fédéral, mais non en revanche les documents établis avant la proposition du département compétent et joints à celle-ci pour permettre l'information du Conseil fédéral. En l'occurrence, les deux conventions de départ, préparées et adoptées avant la signature de la proposition du DFJP, c'est-à-dire avant le début de la procédure de corapport, n'étaient donc pas «couvertes» et soustraites au droit d'accès par l'art. 8 al. 1 LTrans. Autrement dit, elles sont accessibles, sous réserve d'une éventuelle exception fondée sur l'art. 7 LTrans, question qu'il appartient au Tribunal administratif fédéral d'examiner, le Tribunal fédéral ayant admis le recours et renvoyé la cause à ce dernier.

L'arrêt du Tribunal fédéral doit être approuvé. En tant qu'il prévoit une cause d'exclusion absolue et durable du droit d'accès (puisque l'exclusion est maintenue même après la décision du Conseil fédéral, contrairement au cas général de l'art. 8 al. 2), l'art. 8 al. 1 LTrans doit en effet être interprété de manière restrictive. Une interprétation large, correspondant à celle qu'avaient retenue les autorités intimées, aurait pour conséquence que pratiquement tous les documents établis au sein de l'administration avant la procédure de corapport mais joints à celle-ci parce que servant d'annexes à une proposition soumise en fin de compte à l'adoption ou à l'approbation du Conseil fédéral seraient exclus, a priori et définitivement, du droit d'accès. Sachant qu'une grande partie des documents produits au sein de l'administration «remonterait», à un moment ou à un autre, au Conseil fédéral, une telle interprétation large conduirait à n'en pas douter sinon à vider la loi de sa substance, du moins à réduire considérablement sa portée.

Prof. Pascal Mahon, Neuchâtel
