

L'accès aux documents administratifs et la protection des données

Bertil Cottier

Professeur à l'Université de la Suisse italienne, directeur adjoint de l'Institut suisse de droit comparé, Prévèrenge

I. Introduction

Après être entrée de plein pied dans l'âge de la protection des données au début des années nonante¹, la Suisse s'approche à grands pas de celui de la publicité des documents administratifs. Pressé par le Parlement, le Conseil fédéral a mis en consultation, au printemps 2000, un projet de loi sur la transparence de l'administration²; de même, plusieurs cantons³ sont en passe d'accorder à tout un chacun le droit de consulter les documents détenus par leurs autorités administratives, suivant en cela l'exemple du canton de Berne qui avait ouvert la voie, le 2 novembre 1993, en adoptant la *loi sur l'information du public*.

A première vue, partir d'un droit d'accès limité aux documents concernant exclusivement le requérant - tel que le postule la protection des données - pour aboutir à un droit d'accès général, indépendant de la personne du requérant, relèverait d'une évolution naturelle et guère problématique. Tout compte fait, il ne s'agirait que d'étendre un droit de regard déjà existant. C'est oublier que ces deux droits d'accès reposent sur des bases différentes, voire diamétralement opposées.

Alors que la transparence administrative favorise la libre formation de l'opinion publique et accroît la confiance des ci-

toyens dans leurs services étatiques, la protection des données cherche à sauvegarder la vie privée en restreignant au strict nécessaire la circulation des données personnelles; en effet, le droit d'accès de la personne aux données qui la concernent se double de la mise à la charge des autorités d'une obligation de ne pas divulguer ces mêmes données à des tiers. Partant, ce droit d'accès limité s'inscrit dans une pure logique de fermeture. Autant dire que le conflit avec la transparence, qui elle est un instrument d'ouverture, est programmé.

Qui dit conflit, dit aussi solution. Le but de la présente contribution est moins de mettre l'accent sur une tension que de se pencher sur les moyens d'harmoniser publicité des documents administratifs et protection des données personnelles, car ces garanties sont condamnées à cohabiter, vu que l'une et l'autre appartiennent en définitive aux fondements d'un Etat démocratique. On se propose en conséquence de mesurer la solution proposée par l'avant-projet de loi fédérale sur la transparence à l'aune des solutions existant à l'étranger.

II. La portée du conflit

A l'évidence, le conflit se noue autour du caractère consultable ou non, par le grand public, de données personnelles. Reste qu'en soi la transparence des documents administratifs n'est nulle part sans limites: tous les Etats instituent une liste plus ou moins détaillée de motifs légitimant un refus de consultation; au nombre de ceux-ci figure toujours, même si le libellé varie, la sphère privée des administrés. Cela dit, ce motif justificatif a une portée relative: il doit être mis en balance avec l'intérêt du requérant à consulter les données litigieuses. Partant, le degré de protection des informations personnelles consacré par les lois sur la transparence est plus faible que

Zusammenfassung:

Auf den ersten Blick sind das Recht auf Akteneinsicht und das Recht auf Datenschutz nicht unter einen Hut zu bringen: ersteres hat die Transparenz zum Ziel, zweiteres hingegen die Geheimhaltung. Trotzdem hat ein moderner demokratischer Staat die Aufgabe, diese beiden fundamentalen Institute zu gewährleisten. Aber in welcher Weise? Auch wenn diese Frage in der Schweiz noch neu ist, hat man im Ausland bereits Lösungen gefunden, um insbesondere zu verhindern, dass die Weigerung, persönliche Auskünfte zu erteilen, nicht dazu führt, ungerechtfertigte Vorteile zu Gunsten von Staatsbürgern oder Beamten zu verschleiern. Der Datenschutz soll nicht dazu dienen, etwaige Missstände in der Verwaltung zu verdecken.

1 L'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la protection des données en 1992 (RS 235.1) et la ratification de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, le 2 octobre 1997, en sont les signes les plus tangibles.

2 Disponible sur le site de l'Office fédéral de la justice, <http://www.ofj.admin.ch/f/index.html>.

3 Notamment les cantons d'Argovie, de Genève, du Jura, de Soleure, de Vaud et du Tessin.

Résumé: *A première vue droit d'accès aux documents administratifs et protection des données ne font pas bon ménage: la première institution postule l'ouverture, la seconde la fermeture. Et pourtant, ces deux institutions fondamentales d'un état démocratique moderne vont devoir nécessairement cohabiter. Mais comment? Alors qu'en Suisse, la question est encore nouvelle, des solutions ont été trouvées à l'étranger afin notamment d'éviter que le refus de communiquer des informations personnelles ne permette de cacher des avantages indus consentis à des administrés ou à des fonctionnaires. La protection des données n'a pas pour objectif de servir de paravent à des dysfonctionnements de l'administration.*

celui offert par les législations sur la protection des données, qui elles opèrent au moyen d'interdictions quasi absolues de communiquer à des tiers.

On relèvera en outre que le cercle des informations soumises à la transparence et le cercle de celles soumises à la protection des données ne se recoupent qu'en partie. En effet, dans son acception classique, le principe de publicité voit son champ d'application limité aux documents, de nature personnelle ou non, détenus par des autorités publiques; à quoi s'ajoutent, suivant les pays, les établissements de l'administration décentralisée, voire les entités privées chargées de tâches de droit public. La protection des données, quant à elle, s'étend à tous les documents contenant des informations à caractère personnel, peu importe qu'elles soient aux mains d'une autorité publique ou non (même si le régime juridique applicable aux données détenues par des autorités publiques est souvent plus strict que celui applicable aux privés).

Cela dit, on notera que la directive communautaire 95/46 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel vise les données traitées automatiquement et les seules données traitées manuellement qui seraient contenues dans un fichier (art. 3 al. 2), par quoi il faut entendre un «ensemble structuré de données accessibles selon des critères déterminés» (art. 2 lettre c). Ce standard minimum n'a pas été dépassé par la plupart des pays membres, notamment la Belgique⁴, le Danemark⁵, la Finlande⁶, la Norvège⁷, les Pays-Bas⁸, le Portugal⁹ et le Royaume-Uni¹⁰. Quelques pays ont cependant étendu la protection des données à toutes les informations personnel-

les sans distinction du procédé de traitement, en particulier l'Italie¹¹ et la Grèce¹²; on sait que la Suisse¹³ se range dans cette catégorie.

Enfin, le conflit peut affecter aussi les modalités de mise en oeuvre de la transparence; en bonne doctrine, le droit de la protection des données fait en effet bénéficier la personne concernée du droit de connaître l'identité du destinataire des données, d'interdire un traitement qui ne serait pas conforme au but pour lequel les données ont été collectées ou encore d'exiger la destruction des données périmées. Des prérogatives dont l'exercice met en péril la consultation rapide, exhaustive et anonyme que garantit le principe de publicité.

III. Historique et géographie du conflit

Le conflit a surgi pour la première fois voici trente ans, en Suède. Ce pays a en effet fait oeuvre de pionnier dans le domaine de la transparence comme dans celui de la protection des données: d'une part il a accordé en 1766 (!) à tout un chacun le droit d'accéder aux documents administratifs¹⁴, d'autre part il fut aussi le premier Etat souverain à adopter une loi sur la protection des données, en 1973¹⁵. Depuis, le conflit a touché d'autres pays, au fur et à mesure qu'ils consacraient l'une et l'autre institutions. Mais à ce jour, le cercle des pays concernés demeure restreint, car les deux institutions ne connaissent pas encore le même succès. En effet, alors que la protection des données est désormais largement implantée dans les pays occidentaux - à l'exception notable des Etats-Unis qui n'admettent encore qu'une protection embryonnaire des informations person-

4 Voir l'art. 3 de la *loi fédérale sur la protection de la vie privée* du 8 décembre 1992.

5 Art 1. al. 1 *Lov om behandling af personoplysninger* du 31 mai 2000.

6 Art. 2 al. 1 *Personuppgiftslag* du 22 avril 1999.

7 Art. 3 *Personopplysningsloven* (adoptée le 14 avril 2000, cette loi entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2001).

8 Art. 2 al 1 *Wet bescherming persoonsgegevens* du 6 juillet 2000.

9 Art. 4 al. 1 *Ley da protecção de dados pessoais* du 29 août 1994.

10 Art. 1 (1) *Data Protection Act* 1998.

11 Voir la définition large du traitement comprise à l'art. 1 al. 2 de la *legge sulla tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali* du 31 décembre 1996.

12 Art. 2 lettre d de la *loi sur la protection des personnes à l'égard du traitement de données à caractère personnel* du 10 avril 1997.

13 Art. 3 lettre e de la loi fédérale sur la protection des données.

14 Voir le chapitre II de la loi fondamentale sur la presse (*Tryckfrihetsförordningen*, SFS 1949:105).

15 *Datalagen* (SFS 1973:289); ce texte a été remplacé en 1998 par une nouvelle loi, *Personuppgiftslagen* (SFS 1998:204).

nelles¹⁶, la transparence administrative ne concerne qu'une frange d'Etats: l'exemple suédois a principalement été suivi par les autres pays nordiques et par la plupart des pays anglo-saxons, puis, mais à un degré moindre, par la France¹⁷, la Belgique¹⁸ et l'Italie¹⁹. Reste que, sur notre continent, trois pays importants sont encore et toujours peu réceptifs au principe de publicité : le Royaume-Uni (mais une loi est en préparation²⁰), l'Autriche et l'Allemagne; dans ce dernier Etat un changement de cap se dessine: le Land du Brandebourg a rompu avec la traditionnelle méfiance allemande à l'égard du principe de publicité en adoptant en 1998 une loi sur l'accès aux documents administratifs²¹; les Länder de Berlin et du Schleswig-Holstein ont fait de même respectivement en 1999²² et en 2000²³. On notera encore que l'article 191 A du Traité d'Amsterdam a introduit le principe de publicité au niveau de l'Union européenne; mais cette disposition ne vaut que pour les documents détenus par les organes de l'Union, nullement pour ceux détenus par les organes des pays membres. L'ordre d'apparition de la transparence et de la protection des données n'est pas sans importance. Les pays qui, comme très probablement la Suisse et le Royaume-Uni, consacreront prochainement un droit d'accès aux documents administratifs seront tous des pays imprégnés d'une culture du secret: à la notion classique du secret de l'administration est venu se superposer le secret imposé par la protection des données. Conséquence: la perspective qui présidera à la résolution du conflit entre la transparence et la protection des données sera plus favorable à la fermeture qu'à l'ouverture; inversement, on aura l'occasion de le constater, les pays qui ont d'abord opté pour la transparence se sont montrés plus réticents à la restreindre.

IV. Les solutions au conflit en général

1. Trois catégories

Les différents pays qui connaissent à la fois la transparence et la protection des données peuvent être regroupés en trois catégories, s'agissant de la solution qu'ils apportent au conflit entre ouverture et fermeture:

- ceux qui n'apportent aucune solution, car ils ignorent le conflit;
- ceux qui ont donné la priorité absolue à l'un des principes en conflit sur l'autre; et
- ceux qui ont cherché à coordonner les deux principes en consacrant une solution de compromis.

2. Les pays qui ignorent le conflit

Cette catégorie regroupe des Etats qui, comme la Belgique, le Danemark, l'Irlande ou la Norvège, laissent pleinement coexister les deux principes comme s'ils n'interagissaient pas du tout²⁴. On aurait été porté à penser que les récentes révisions de fond en comble de leurs législations sur la protection des données nécessitées par la transposition de la directive 95/46 sur le traitement des données à caractère personnel auraient suscité une prise de conscience. Il n'en fut rien. Les travaux préparatoires à cette révision sont muets sur le conflit, comme l'étaient d'ailleurs jusqu'alors et la jurisprudence et la doctrine de ces pays²⁵.

Il est vrai que la directive 95/46 n'est elle-même guère plus explicite: seul le consi-

16 Les garanties offertes par le *Privacy Act* (USC 5 § 552a) sont loin de correspondre aux standards communément admis en la matière. Pour une analyse de ce texte du point de vue européen, voir l'avis rendu par la Commission (belge) de la protection de la vie privée, le 14 décembre 1998 (disponible sur le site, <http://194.7.188.126/juris/jurfv.htm>).

17 *Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal*.

18 *Loi relative à la publicité de l'administration* du 11 avril 1994.

19 *Loi n° 1990-241 du 7 août 1990, Nuove norme in materia di procedimento amministrativo di diritto di accesso ai documenti amministrativi*.

20 *Draft freedom of information bill* du 24 mai 1999.

21 *Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz* du 10 mars 1998.

22 *Informationsfreiheitsgesetz* du 23 septembre 1999.

23 *Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen* du 9 février 2000.

24 Seul le *Freedom of information act* irlandais de 1997 fait, à son article 1.(III), une référence au *Data protection act* de 1988 pour signaler que la notion de donnée (data) est la même dans les deux textes.

25 Tout au plus peut-on signaler un bref passage du rapport d'activités de 1997 de la Commission (belge) de la protection de la vie privée: la Commission a immédiatement ajouté que, bien que le droit visé (le droit d'accès aux documents administratifs garanti par l'article 32 de la Constitution) soit un droit fondamental, il devait faire l'objet d'une pondération eu égard aux autres droits et intérêts qui peuvent légitimement s'opposer à la publicité administrative. Le droit à la protection de la vie privée, également reconnu par la Constitution (article 22), constitue l'un de ces droits (p. 10). Voir également, s'agissant de la doctrine norvégienne, les réflexions de BoE E, *Offentlighetsprinsippet in ny tid*, rapport au 35ème journée des juristes nordiques, Oslo 18-20 août 1999, p. 11.

dérant 72, adopté à la dernière minute sur demande pressante de la Suède²⁶, fait référence à la problématique: «considérant que la présente directive permet de prendre en compte, dans la mise en oeuvre, des règles qu'elle pose, le principe du droit d'accès du public aux documents administratifs». Cela dit, ni la directive ni ses travaux préparatoires ne soufflent mot sur la manière dont il faut «prendre en compte» le principe de publicité; le conflit est également superbement ignoré par les principaux commentateurs de la directive²⁷. C'est d'autant plus curieux que parallèlement les instances européennes concoctaient déjà l'article 191 A du traité d'Amsterdam....

3. La priorité absolue

Rares sont les pays qui résolvent le conflit en termes de priorité absolue; et encore, faut-il distinguer entre deux cas de figure:

- la priorité donnée à la protection des données (ce qui conduit à exclure tout accès du public à des données nominatives hors du consentement de la personne concernée);
- la priorité donnée à la transparence.

Appartient clairement au premier groupe, la Hongrie, dont l'article 4 de la loi sur la protection des données et l'accès aux do-

cuments souligne que: «Unless excepted by law, rights attached to the protection of personal data and the civil rights of the individual shall not be infringed by other interest related to data management, including the disclosure of public information.» L'appartenance de l'Italie à ce groupe est en revanche moins évidente: la récente loi sur la protection des données dispose, sous la marginale quelque peu surprenante d'abrogazioni, que la législation sur la transparence demeure en vigueur pour autant qu'elle est compatible avec la confidentialité des données personnelles²⁸. Les rares commentateurs se contentent de signaler qu'il serait opportun que le législateur intervienne pour dissiper tout doute sur le champ d'application respectif des deux textes législatifs²⁹.

Jusqu'à peu la France donnait également la priorité à la protection des données; dans son ancienne teneur, l'article premier de la loi sur l'accès aux documents administratifs excluait purement et simplement les *données nominatives* du cercle des documents accessibles³⁰. Soucieux de coordination, le législateur avait repris le concept de données nominatives directement de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (voir l'article 4 de ce texte³¹). La Commission d'accès aux documents administratifs, suivie par le Conseil d'Etat, devait toutefois donner une interprétation plus restrictive à ce concept en ne considérant comme nominatif - et partant non communicable à des tiers - que les documents qui contiennent des appréciations ou des jugements de valeur sur une personne physique³². Partant, la liste des agents d'un service administratif, accompagnée de leurs adresses personnelles, de leur fonction et de leur salaire est accessible; mais pas les primes au mérite qui ont été distribuées, car, indirectement, elles révèlent une appréciation sur la qualité du travail fourni. Le législateur français codifia cette jurisprudence libérale en avril 2000 et abrogea la restriction du droit d'accès aux seules données non-nominatives³³.

Un pays donne sans équivoque la priorité à la transparence: la Suède dont l'article 8 de la nouvelle loi sur la protection des données dispose en effet que: «the provisions of this Act are not applied to the ex-

26 ÖMAN S./LINDBLUM H.-O., Personuppgiftslagen, Stockholm 1998, p. 54.

27 Notamment DAMMAN U./SIMITIS S., EG-Datenschutzrichtlinie, Baden-Baden 1997 et LEHMANN E./HELFRICH M., EG-Datenschutzrichtlinie, Köln 1999.

28 LEGGE SULLA TUTELA DEI DATI du 31 décembre 1996, art. 43.

29 Voir notamment, BUTTARELLI G., Banche dati e tutela della riservatezza, Milan 1997, p. 553.

30 «Le droit de toute personne à l'information est précisé et garanti par le présent titre en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs de caractère non nominatif.»

31 «Sont réputées nominatives au sens de la présente loi les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent, que le traitement soit effectué par une personne physique ou par une personne morale.»

32 GENTOT M., Accès à l'information et protection des données personnelles (document de la Commission de l'informatique et des libertés, 1999, p. 5).

33 Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, art. 7: Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs: 1) dont la communication porterait atteinte au secret de la vie privée et des dossiers personnels, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle; 2) portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, nommément désignée ou facilement identifiable; 3) faisant apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice.

tent that they would limit an authority's obligation, under Chapter 2 of the Freedom of the Press Act, to provide personal data». Ce point de vue catégorique s'explique par le rôle capital joué par le principe de publicité dans la vie politique suédoise. Il n'en demeure pas moins qu'en adoptant l'article 8, le parlement suédois était parfaitement conscient d'un risque de conflit avec le droit communautaire³⁴; une restriction aussi grave aux droits de la personne concernée n'est en effet guère compatible avec la directive communautaire 95/46, même si, pour rassurer son opinion publique, le Gouvernement suédois a fait une déclaration expresse, au moment de l'adhésion tendant à rappeler l'importance du principe de publicité³⁵. Chose rarissime, l'Union européenne a répliqué par une contre-déclaration soulignant qu'elle acceptait la déclaration suédoise à la condition qu'elle ne porte pas atteinte aux obligations des Etats membres³⁶.

La Finlande, qui a révisé de fond en comble, au printemps 1999, et sa loi sur la protection des données et sa loi sur l'accès aux documents administratifs³⁷, soumet au régime de la transparence la communication d'informations personnelles contenues dans des fichiers (automatiques et manuels)³⁸; avec toutefois quelques restrictions visant les modalités de communication et destinées à prévenir un emploi abusif des données requises: d'abord, le requérant n'a droit à une copie sur support électronique que si la loi sur la protection des données l'habilite à constituer et à gérer un semblable fichier. Ensuite, l'autorité requérante peut refuser de procéder à des nomenclatures particulières ou à des consultations parallèles de fichiers qui porteraient atteinte à la vie privée des personnes concernées. Cette caution vise la constitution de profils de la personnalité par interconnexion³⁹.

4. Le compromis

On vient de voir que la France, en renonçant de jouer la carte de la priorité absolue a rejoint le groupe, toujours plus nombreux, des pays qui recherchent le compromis. Encore que le compromis, dans ce cas précis, fasse la part belle à la confidentialité: la portée de la publicité est fortement atténuée par l'établissement d'une

vaste liste de documents personnels qui échappent *per se* à la transparence, à commencer par tous les documents qui portent atteinte au secret de la vie privée, au secret commercial ou au secret médical⁴⁰.

Les autres pays qui connaissent et la transparence et la protection des données ont cherché à concilier de façon plus équilibrée les exigences de ces deux principes; et ce, selon deux axes différents: soit en instituant une obligation de communiquer en cas d'intérêt public supérieur à l'intérêt à la confidentialité, soit en établissant une liste des documents accessibles en dépit des règles sur la protection des données.

La récente loi sur la transparence du Brandebourg apporte un exemple de la première solution⁴¹. Ce texte a institué une clause permettant de passer outre au secret commandé par la loi sur la protection des données si *le but politique*⁴² poursuivi par le requérant l'emporte sur le maintien de la confidentialité.

§ 5 Die Akteneinsicht kann gewährt werden, soweit (...)

3. aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls im Hinblick auf den Zweck der politischen Mitgestaltung das Offenbarungsinteresse des Antragstellers das Interesse der betroffenen Person an der vertrau-

34 Voir le rapport explicatif à la nouvelle loi sur la protection des données, Prop. 1997/1998:44, annexe 7.

35 Déclaration 47 (Suède): «La transparence dans la gestion des affaires publiques et, en particulier, l'accès du public aux documents administratifs ainsi que la protection que la constitution procure à ceux qui informent les médias, sont et restent des principes fondamentaux faisant partie de l'héritage constitutionnel, politique et culturel de la Suède».

36 «Les États membres actuels de l'Union européenne prennent note de la déclaration unilatérale de la Suède concernant l'ouverture et la transparence. Ils partent du principe que la Suède, en tant que membre de l'Union européenne, se conformera entièrement au droit communautaire à cet égard».

37 *Lag om offentlighet i myndigheternas verksamhet* du 21 mai 1999.

38 Voir l'art. 8 in fine *Personuppgiftslag*.

39 Art. 16 al. 3 et 18 al. 1 *Lag om offentlighet i myndigheternas verksamhet*.

40 Cf. supra note 33.

41 Un autre exemple (mais moins satisfaisant, car la disposition est vague) est donné par l'article 12 de la loi du Schleswig-Holstein: (...) die Antragstellerin oder der Antragsteller machen ein rechtliches Interesse an der Kenntnis der begehrten Informationen geltend und überwiegende schutzwürdige Belange der oder des Betroffenen stehen der Offenbarung nicht entgegen.

42 On relèvera que la Constitution du Land de Brandebourg, à son art. 21 al. 1, assigne expressément au droit d'accès un but de participation à la vie politique.

lichen Behandlung der Information überwiegt (...).

Une balance concrète des intérêts en présence doit donc être opérée; pour ce faire le requérant doit révéler dans quel but il souhaite accéder à un document administratif. L'entorse à l'interdiction faite à l'autorité requise de s'enquérir de motifs d'une demande d'accès - interdiction consacrée généralement par tous les pays qui connaissent la transparence administrative⁴³ - est donc patente, mais inévitable vu la technique choisie pour résoudre le conflit. Reste à ne pas se retrancher derrière une conception surévaluée des intérêts privés pour occulter tout débat public sur des sujets sensibles. Le délégué à l'accès à l'information a été conscient de ce risque; se prononçant dans le cadre de l'octroi d'un permis de construire pour un bâtiment controversé, il tint à souligner que: «Schließlich darf die Akteneinsicht auch nicht unter Hinweis auf den Schutz personenbezogener Daten Dritter oder auf geheimhaltungsbedürftige Unternehmensdaten verwehrt werden, wenn das Offenbarungsinteresse des Bürgers im Hinblick auf den Zweck der politischen Mitgestaltung das Interesse der betroffenen Person oder des Unternehmens an der vertraulichen Behandlung der Information überwiegt (§ 5 Abs. 2 Nr. 3 AIG). Im Fall des umstrittenen Potsdam-Centers wären diese Voraussetzungen mit hoher Wahrscheinlichkeit gegeben, denn immerhin steht zur Debatte, ob das Bauvorhaben einen Teil des Weltkulturerbes der UNESCO beeinträchtigt»⁴⁴.

Le Québec⁴⁵, quant à lui a préféré à l'incertitude liée à la pesée des intérêts et autre examen de conscience, la consécra-

tion d'une liste de documents qui doivent être communiqués nonobstant le droit à la confidentialité et quelque soit la motivation du requérant (donc même en cas de pure curiosité). Cette liste, exhaustive, comprend notamment les informations suivantes:

57. Les renseignements suivants ont un caractère public:

3° un renseignement concernant une personne en sa qualité de partie à un contrat de service conclu avec un organisme public, ainsi que les conditions de ce contrat; 4° le nom et l'adresse d'une personne qui bénéficie d'un avantage économique conféré par un organisme public en vertu d'un pouvoir discrétionnaire et tout renseignement sur la nature de cet avantage.

5° le nom et l'adresse d'affaires du titulaire d'un permis délivré par un organisme public et dont la détention est requise en vertu de la loi pour exercer une activité ou une profession ou pour exploiter un commerce.

On notera que les documents ainsi définis ont tous trait à des situations d'avantages ou de préférences accordés à des administrés, en qualité de contractant avec les pouvoirs publics, de titulaire d'une concession ou d'une autorisation ou encore de bénéficiaire de subventions; en bref, des situations où le péril de favoritisme, de clientélisme, voire de corruption est plus élevé et, partant, la nécessité d'un contrôle populaire particulièrement aigu⁴⁶. Il importe en effet d'éviter que la protection des données ne serve de paravent à des opérations douteuses. Toujours dans le but de prévenir les abus, ce même article 57 (chiffre 1 et 2) donne accès aussi à la classification et à l'échelle de traitement de fonctionnaires déterminés.

Combinant la technique de la pesée des intérêts et celle de la liste des documents nominatifs publics, la solution instituée par le Land de Berlin est certainement plus subtile (puisque'elle cherche à étendre la transparence à toute les situations où un administré est impliqué dans une procédure administrative), mais aussi plus compliquée. Qu'on en juge:

§ 6 Das Recht auf Akteneinsicht besteht nicht, soweit durch die Akteneinsicht oder Aktenauskunft personenbezogene Daten veröffentlicht werden und tatsächliche

43 BURKERT H., Regelungstechnische Standards für ein Informationszugangsgesetz im internationalen Vergleich, *medialex* 1999, p. 215.

44 Tätigkeitsbericht 1998 des Landesbeauftragten für den Datenschutz und für das Recht auf Akteneinsicht, Teil B, 2.2, disponible sur le site <http://www.brandenburg.de/land/lfdbbg/tb/tb7/tb7.htm>.

45 *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* de 1982. Pour une présentation de ce texte novateur, COMEAU P. A./OUIJMET A., *Freedom of Information and Privacy: Québec's Innovative Role in North America*, *Iowa Law Review* 1995, p.651ss.

46 On signalera également cette précision, qui n'est pas inutile, posée par l'article 58 de la loi sur l'accès aux documents: le fait qu'«une signature apparaisse au bas d'un document n'a pas pour effet de rendre nominatifs les renseignements qui y apparaissent».

Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass überwiegend Privatinteressen verfolgt werden oder der Offenbarung schutzwürdige Belange der Betroffenen entgegenstehen und das Informationsinteresse (§ 1 des Gesetzes) das Interesse des/der Betroffenen an der Geheimhaltung nicht überwiegt.

Un intérêt supérieur à la transparence est présumé dans les cas suivants qui tout particulièrement mettent en jeu le bon fonctionnement de l'Etat:

6(2) Der Offenbarung personenbezogener Daten stehen schutzwürdige Belange des/der Betroffenen in der Regel nicht entgegen, wenn der/die Betroffene zustimmt oder soweit sich aus einer Akte ergibt,

a. daß der/die Betroffene an einem Verwaltungsverfahren oder einem sonstigen Verfahren beteiligt ist,

b. daß eine gesetzlich oder behördlich vorgeschriebene Erklärung abgegeben oder eine Anzeige, Anmeldung, Auskunft oder vergleichbare Mitteilung durch den Betroffenen oder die Betroffene gegenüber einer Behörde erfolgt ist,

c. daß gegenüber dem/der Betroffenen überwachende oder vergleichbare Verwaltungstätigkeiten erfolgt sind,

On notera que la présomption est réfrangible (cf. *in der Regel*), puisque même dans ces trois cas il peut être décidé que l'intérêt à la confidentialité l'emporte dans le cas d'espèce. En outre, il importe de souligner que la personne concernée n'est en principe pas invitée à donner son avis sur la requête d'accès⁴⁷.

V. Et la Suisse?

Disons-le d'emblée, les auteurs de l'avant-projet de la loi fédérale sur la transparence (ci-après AP Ltrans) ont discerné le conflit et cherché à le résoudre. De manière originale certes, mais certainement pas de la manière la plus pratique. A première vue en effet, la Suisse se rangerait dans la catégorie des Etats qui donnent la priorité à la protection des données, puisque la communication de données personnelles contenues dans des documents officiels échappe au champ d'application de la loi sur la transparence et demeure régi par la seule loi fédérale sur la protection des données (ci-après LPD)⁴⁸. En clair la communication ne serait admise, qu'aux con-

ditions très sévères posées par l'article 19 LPD: existence d'une base légale ou consentement de la personne concernée (ou encore abus de droit). Pour contrecarrer le risque de fermeture totale, l'AP Ltrans propose l'échappatoire suivante aux strictes exigences posées par la LPD (article 19a nouveau):

Lorsqu'une demande fondée sur la loi fédérale du ... sur la transparence de l'administration porte sur la communication de données personnelles contenues dans un document officiel, le Préposé fédéral à la protection des données peut recommander la communication si l'intérêt public à la transparence l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret, même si les conditions de l'art. 19, al. 1, ne sont pas remplies.

Une simple balance des intérêts en présence est exigée; reste que les cas où l'intérêt public l'emporterait ne sont exemplifiés ni dans le projet, ni dans son commentaire. De surcroît, le futur Préposé fédéral à la transparence (le nouvel organe qui sera chargé de conduire la médiation entre le requérant et l'autorité requise en cas de refus d'accès) devra se dessaisir du dossier au profit du Préposé fédéral à la protection des données. Autrement dit la parole passera d'un organe enclin à l'ouverture, à un organe enclin à la fermeture....

Un bref coup d'œil au niveau cantonal montre qu'à Berne la situation est loin d'être claire: si le législateur formel a ignoré le conflit, l'exécutif l'a perçu à la dernière minute. L'ordonnance sur l'information du public du 26 octobre 1994 con-

⁴⁷ Berliner Senatsverwaltung für Inneres, Erste Hinweise zur Anwendung des Gesetzes zur Förderung der Informationsfreiheit im Land Berlin vom 15. Oktober 1999, disponible sur le site <http://www.datenschutz-berlin.de/jahresbe/99/doc/54.htm>.

⁴⁸ Art 2. al. 2 de l'AP Ltrans: «La communication de données personnelles contenues dans des documents officiels est régie par la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données. Encore que, inspiré par la jurisprudence française sur la notion d'information nominative, (cf supra IV.3), le rapport explicatif (p. 25) tient à tempérer les rigueurs de cette démarcation: Seuls peuvent être considérés comme documents officiels contenant des données personnelles, au sens de l'art. 2 al. 2 du présent projet, les documents officiels dont les informations se réfèrent à une ou plusieurs personnes, notamment celles portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique ou morale de droit privé nommément désignée ou aisément identifiable, ou incluant la description du comportement d'une telle personne dans la mesure où la divulgation d'un pareil comportement est de nature à lui causer un préjudice.»

tient en effet quelques dispositions tendant à l'harmonisation, étant entendu qu'un texte légal de niveau inférieur ne peut pas fondamentalement résoudre un conflit entre deux textes de rang supérieur. Ainsi, l'article 12 propose, comme pis-aller, le caviardage des données sensibles; à défaut, on s'en remettra à la décision de la personne concernée, si les données personnelles sont «particulièrement dignes de protection». Quant aux projets de lois sur la transparence en discussions dans certains cantons, ils partent généralement de l'idée que la loi cantonale sur la protection des données trouve pleinement application: les données personnelles ne sont communicables qu'avec le consentement de la personne concernée, à moins que la consultation sous forme anonymisée ne soit possible⁴⁹.

VI. Conclusion

Même si la palette des solutions consacrées par les pays étrangers est très diversifiée, on se doit de constater que la Suisse - tant fédérale que cantonale - a une approche encore conservatrice de la résolution du conflit entre la transparence et la protection des données. Conservatrice en ce sens que le secret des données personnelles bénéficie de l'avantage de l'antériorité et donne le ton; même si - ici ou là - le législateur a établi des gardes-fous, tel le caviardage et/ou l'obligation de peser les intérêts en présence. On se gardera toutefois de surestimer les atouts de l'anonymisation, lequel offre un couvert au clientélisme et au favoritisme. Comme l'a bien compris le législateur québécois, la connaissance de l'identité du bénéficiai-

re d'avantages est décisive pour déterminer s'il y a eu trafic d'influence ou non. Quant à la simple balance d'intérêts, elle n'est guère plus efficace à mettre à jour des dysfonctionnements de l'administration; cette dernière aura toujours beau jeu d'appeler à la protection de la sphère privée pour refuser la communication d'informations personnelles qui la mettent dans l'embarras. Cet avertissement de la Commission d'accès à l'information du Québec ne doit pas nous laisser indifférent: «Plus l'État intervient financièrement dans un secteur d'activité, plus l'expectative de totale vie privée en est réduite»⁵⁰. Une liste des situations dans lesquelles les documents personnels sont accessibles dans leur intégralité, nonobstant le refus de consentement de la personne concernée, doit donc nécessairement doubler une clause de balance d'intérêts.

Au surplus, la nécessité de concilier transparence et confidentialité des données personnelles ne s'arrête pas à la consécration de règles de conflit. Il faut également assurer une coordination au niveau de l'implémentation de ces principes; autrement dit, veiller à ce que les organes indépendants chargés de leur mise en oeuvre soient identiques, comme c'est le cas à Berlin où le *Beauftragter für das Recht auf Akteinsicht* et le *Datenschutzbeauftragte* ne sont désormais qu'une seule et même personne.

Il en va ainsi aussi au Québec où la *Commission d'accès à l'information* est compétente à la fois pour l'accès aux documents administratifs et pour la protection des données. C'est d'autant plus naturel que ces deux principes sont institués, dans cette province, au sein d'un acte normatif commun: la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* de 1982. Inutile de préciser que dans ce dernier cas la conciliation les deux principes antagonistes s'est faite en douceur. Une solution d'autant plus heureuse qu'en définitive le conflit entre transparence et protection des données est un faux conflit. L'objectif premier de ces deux principes est le même: créer un statut des documents publics et battre en brèche le pouvoir discrétionnaire du Prince. ■

⁴⁹ Voir notamment l'art. 5 al. 4 du projet jurassien de loi sur l'information du public et l'accès aux documents officiels (avril 2000), l'art. 14 du projet de loi sur l'information du public soleurois du 22 août 2000 et l'art. 13 al. 1 du projet de loi vaudoise sur l'information du 28 août 2000. Quant au projet genevois de loi sur l'information du public et l'accès aux documents du 4 octobre 2000, il interdit la consultation des documents administratifs, si elle rend «inopérantes les dispositions de la législation sur la protection des données (art. 26 al. 2. lettre f)»; l'exposé des motifs n'explicite pas cette règle de conflit.

⁵⁰ Décision 94/04/97 de la Commission d'accès à l'information du Québec, disponible sur le site <http://www.cai.gouv.qc.ca/940497.htm>.