



## **Archivage, classement de documents**

**officiels et procédure à suivre en cas de demande d'accès selon  
la LTrans: Clarifications des prescriptions générales et dans le contexte  
des reproches des courriels introuvables au SG-DFI**

**Rapport de la Commission de gestion du Conseil des États**

du 10 octobre 2023

---

# Rapport

## 1 Introduction

### 1.1 Contexte

À leur séance du 14 juin 2022, les Commissions de gestion des Chambres fédérales (CdG) se sont penchées sur leur rapport intitulé «Clarifications concernant la tentative de chantage à l'encontre du conseiller fédéral Alain Berset»<sup>1</sup>, dont elles ont approuvé la publication.

Le même jour, un quotidien a publié un article selon lequel différents courriels liés à cette affaire étaient introuvables ou avaient été effacés au sein du Secrétariat général du Département fédéral de l'intérieur (SG-DFI), ajoutant que cet aspect faisait l'objet d'une procédure de médiation au sens de la loi sur la transparence (LTrans)<sup>2</sup> devant le préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT).

Par décision du 6 juillet 2022, la CdG-E a décidé d'enquêter sur l'allégation formulée par le quotidien selon laquelle des documents et des courriels auraient disparu et/ou auraient été supprimés au sein du SG-DFI.

### 1.2 Mandat et objet des investigations

La CdG-E a chargé sa sous-commission DFJP/ChF de clarifier de manière générale et sur la base d'un cas concret quelles sont les directives en matière de conservation et d'archivage des documents au sein de l'administration fédérale et quels sont les documents officiels qui doivent être rendus accessibles en application de la LTrans. La sous-commission a examiné en détail notamment les points suivants:

- classement et archivage des données et documents, de manière générale et en particulier lorsque des collaborateurs et collaboratrices quittent l'administration fédérale;
- règles générales prévues dans la loi sur la transparence; bases, déroulement de la procédure, expériences du PFPDT, notamment en ce qui concerne le droit du PFPDT d'avoir accès à des les documents officiels; cet aspect sera également examiné sous l'angle de la procédure de médiation selon la LTrans en cours entre le quotidien et le SG-DFI;
- sort réservé aux données et aux documents liés à l'affaire concernant la tentative de chantage à l'encontre du conseiller fédéral Alain Berset au DFI alors qu'il aurait fallu les classer ou les archiver.

<sup>1</sup> Rapport des CdG du 14 juin 2022 (FF 2022 2083).

<sup>2</sup> Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (loi sur la transparence; RS 152.3).

Pour élucider ces questions, plusieurs auditions ont été menées avec le PFPDT, la Chancellerie fédérale (ChF), les Archives fédérales (AFS) et le SG-DFI. En outre, des rapports et des documents ont été demandés à la ChF, aux AFS et au PFPDT.

## **2 Actes législatifs pertinents et autres directives**

### **2.1 Classement et archivage: bases légales et autres règles**

Dans un premier temps, la sous-commission a clarifié les règles existantes en matière de classement et d'archivage des données et des documents, ainsi que les directives applicables lorsque des collaborateurs et collaboratrices quittent l'administration fédérale.

Pour le classement et l'archivage, sont pertinents les actes législatifs suivants: d'une part, la loi sur l'archivage (LAr)<sup>3</sup> et l'ordonnance y afférente (OLAr)<sup>4</sup> régissent l'archivage des documents des unités administratives de la Confédération. D'autre part, il faut également tenir compte des directives du Conseil fédéral, principalement contenues dans l'ordonnance GEVER<sup>5</sup> et l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA)<sup>6</sup>. Pour chaque unité administrative, il existe par ailleurs des directives et donc des applications concrètes de l'ordonnance GEVER. Quant à la LTrans, elle règle l'accès aux documents officiels.

Tous les actes législatifs contiennent des termes qui se rapportent entre autres au classement et à l'archivage des documents et des dossiers.

#### **2.1.1 Loi fédérale sur l'archivage**

La LAr<sup>7</sup> règle notamment l'archivage des documents de la Confédération (art. 4, al. 1, LAr) et contribue à assurer ainsi la sécurité du droit ainsi que la continuité et la rationalité de la gestion de l'administration (art. 2, al. 2, LAr). Tous les services couverts par la LAr, notamment l'administration fédérale, doivent proposer aux Archives fédérales (AFS) tous les documents dont ils n'ont plus besoin, pour autant qu'ils ne soient pas chargés de les archiver eux-mêmes (art. 6 LAr)<sup>8</sup>. Par documents, l'art. 3, al. 1, LAr entend toutes les informations enregistrées sur quelque support que ce soit, qui ont été reçues ou produites dans le cadre de l'accomplissement de tâches publiques de la Confédération, ainsi que tous les outils de recherche et toutes les données com-

<sup>3</sup> Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'archivage (loi sur l'archivage, LAr; RS **152.1**).

<sup>4</sup> Ordonnance du 8 septembre 1999 relative à la loi fédérale sur l'archivage (ordonnance sur l'archivage, OLAr; RS **152.11**).

<sup>5</sup> Ordonnance du 3 avril 2019 sur la gestion électronique des affaires dans l'administration fédérale (ordonnance GEVER; RS **172.010.441**).

<sup>6</sup> Ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA; RS **172.010.1**).

<sup>7</sup> RS **152.1**

<sup>8</sup> Exemples CFF, Poste, SUVA.

plémentaires qui sont nécessaires à la compréhension et à l'utilisation de ces informations.

D'entente avec l'unité administrative concernée, les AFS décident de la valeur archivistique (art. 7, al. 1, LAr). La situation est évaluée sous différents angles: l'unité administrative détermine la valeur archivistique des documents du point de vue juridique et administratif, tandis que les AFS procèdent à une évaluation en fonction de critères historiques et archivistiques (art. 5, al. 2, et art. 6, al. 1, OLAr)<sup>9</sup>. La valeur archivistique est appréciée de manière soit prospective, soit rétrospective. Depuis l'introduction de la gestion électronique des affaires, c'est l'approche prospective qui prime par défaut.

En vertu de la LAr, l'obligation de proposer des documents s'applique à tous les documents reçus ou produits dans le cadre de l'accomplissement de tâches fédérales, quel que soit le support d'information; les applications spécialisées autorisées et, en principe, les documents de travail personnels sont donc également concernés. Pour ces derniers, il s'agit de documents que les cadres supérieurs gèrent dans leur domaine de compétences pour un usage personnel en dehors du classement officiel de leur unité administrative<sup>10</sup>.

Dans le contexte de la numérisation et des défis qui en découlent pour l'archivage, le Conseil fédéral a indiqué, dans son rapport du 18 août 2021<sup>11</sup> en réponse au postulat Janiak 18.3029<sup>12</sup>, que la mise en œuvre à large échelle du système de gestion électronique des informations GEVER a permis à l'administration fédérale de se doter de bases solides pour le plein accomplissement de ses tâches d'archivage. Pour garantir un archivage généralisé, l'administration doit s'assurer au quotidien que tous les documents sont classés dans les systèmes appropriés et proposés dans les délais impartis. Selon le rapport en réponse au postulat, les AFS étant chargées de garantir l'archivage, elles ont par conséquent le droit de mener des inspections et d'édicter des instructions<sup>13</sup>. Le Conseil fédéral a précisé que, dans le cadre d'un futur projet de révision de la loi sur l'archivage, il faudrait décider si les compétences et les obligations ainsi réparties doivent être précisées ou modifiées<sup>14</sup>. Dans son communiqué de presse du 29 juin 2022<sup>15</sup>, le Conseil fédéral a confirmé que la LAr avait fait ses preuves et qu'aucune révision n'était nécessaire, tout en précisant qu'il fallait agir au niveau de sa mise en œuvre. C'est pourquoi il a décidé de prendre des mesures pour appliquer

<sup>9</sup> Ordonnance du 8 septembre 1999 relative à la loi fédérale sur l'archivage (ordonnance sur l'archivage, OLOGA; RS 152.11).

<sup>10</sup> Cf. instructions du 28 septembre 1999 concernant l'obligation de proposer les documents et le versement des documents aux Archives fédérales, à consulter sous [www.bar.admin.ch](http://www.bar.admin.ch).

<sup>11</sup> Le rapport en réponse au postulat se base sur une évaluation commandée par les Archives fédérales. L'évaluation peut être consultée sous [www.bar.admin.ch](http://www.bar.admin.ch).

<sup>12</sup> Postulat Janiak 18.3029: Mise en œuvre de la loi fédérale sur l'archivage.

<sup>13</sup> Cf. art. 5, al. 2 et 3, LAr.

<sup>14</sup> L'évaluation avait identifié des lacunes correspondant à neuf axes d'intervention et proposé 54 recommandations. Le Conseil fédéral a approuvé les axes d'intervention dégagés dans le rapport d'évaluation (cf. communiqué de presse du 1.9.2021).

<sup>15</sup> Communiqué de presse du 29.6.2022, à consulter sous [www.bar.admin.ch](http://www.bar.admin.ch) > Portrait > Communiqués de presse.

les recommandations issues de l'évaluation de la LAr, en adaptant la pratique de l'archivage et en modifiant l'OLAr<sup>16</sup>.

### 2.1.2 Ordonnance GEVER et directives des départements

L'ordonnance GEVER<sup>17</sup> contient des dispositions relatives au traitement d'informations importantes pour les affaires dans les systèmes de gestion électronique des affaires. À l'art. 10 de l'ordonnance GEVER, le Conseil fédéral oblige les unités administratives à édicter des directives d'organisation. Dans ces documents et dans d'autres encore, tels que des fiches pratiques et des listes de contrôle, les départements ont fixé des directives spécifiques, applicables à eux-mêmes ou aux offices, pour le classement et l'évaluation de l'importance des informations pour les affaires. Les unités administratives sont tenues de mettre à jour en permanence leurs règles d'organisation et de vérifier si celles-ci sont respectées.

L'ordonnance GEVER et l'OLOGA<sup>18</sup> disposent que pour consigner l'activité de l'administration fédérale, toutes les informations importantes pour les affaires de l'administration fédérale doivent être traitées dans un système de gestion des affaires (art. 2, al. 1, et art. 3, al. 1, ordonnance GEVER en rel. avec l'art. 22, al. 1, OLOGA). Sont considérées comme importantes pour les affaires les informations nécessaires à la consignation de l'activité de l'administration fédérale au sens d'une gestion systématique des affaires. Ce n'est pas seulement l'état final d'une affaire, mais aussi le processus de création qui est considéré comme important pour l'affaire. Les informations enregistrées pendant le traitement d'une affaire doivent documenter celle-ci de manière complète et fiable (cf. art. 6, al. 2, ordonnance GEVER; cf. également les explications relatives à l'ordonnance GEVER<sup>19</sup>).

Selon le rapport explicatif sur l'ordonnance GEVER, il est impossible de dresser une liste abstraite de toutes les informations importantes pour les affaires qui couvrirait la réalité de l'ensemble de l'administration fédérale. Les unités administratives décident elles-mêmes dans leurs directives d'organisation quelles informations doivent être considérées comme importantes ou non pour les affaires dans leur domaine d'activité.

Chaque département et la ChF disposent de leurs propres directives sur la gestion électronique des affaires, étant précisé que leur étendue et leur degré de détail sont variables. La teneur des différentes directives des départements et leur évaluation ne font pas l'objet du présent rapport, raison pour laquelle il n'est pas nécessaire de s'y attarder. Ponctuellement, en raison du motif concret de l'enquête, il est fait référence à celle du SG-DFI.

<sup>16</sup> RS 152.11

<sup>17</sup> RS 172.010.441

<sup>18</sup> RS 172.010.1

<sup>19</sup> Rapport explicatif du 3.4.2019 sur l'ordonnance sur la gestion électronique des affaires dans l'administration fédérale (ordonnance GEVER; RS 172.010.441), à consulter sous [www.bk.admin.ch](http://www.bk.admin.ch) > Documentation > GEVER Confédération.

### 2.1.3 Loi sur la transparence (LTrans)

Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006, la LTrans<sup>20</sup> a introduit le principe de transparence de l'activité de l'administration fédérale, ce qui a marqué un changement de paradigme<sup>21</sup>. Afin de promouvoir la transparence et la traçabilité de l'activité de l'administration fédérale, toute personne a en principe le droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités sans avoir à justifier d'un intérêt (cf. aussi art. 1 et 6 LTrans).

La notion de document officiel est définie à l'art. 5 LTrans: on entend par document officiel toute information qui a été enregistrée sur un quelconque support, qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a été communiquée, et qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique. Ne sont pas considérés comme des documents officiels les documents qui sont commercialisés par une autorité, qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration ou qui sont destinés à un usage personnel.

L'accès aux documents officiels et la procédure correspondante sont régis par la LTrans et l'ordonnance y afférente<sup>22</sup>. Les exceptions et les cas particuliers pour lesquels l'accès aux documents peut être limité, différé ou refusé sont définis de manière exhaustive dans la loi (cf. art. 7 à 9 LTrans). Si les autorités ne donnent pas suite à une demande d'accès, il est possible d'engager une procédure de médiation auprès du PFPDT. Il s'agit d'une procédure informelle et sans préjudice qui ne donne lieu à aucun procès-verbal. Il en découle que le PFPDT n'a aucune compétence décisionnelle<sup>23, 24</sup>; en principe, la loi sur la procédure administrative (PA)<sup>25</sup> n'est pas applicable<sup>26</sup>.

Si la médiation n'aboutit pas, le PFPDT établit une recommandation écrite, qui s'adresse en premier lieu à l'organe fédéral compétent pour traiter la demande d'accès; le cas échéant, celui-ci rendra une décision selon la PA et statuera sur l'accès. Les recommandations du PFPDT sont juridiquement non contraignantes et sont publiées en caviardant les noms des parties<sup>27</sup>. En tant qu'autorité de médiation, le PFPDT n'a pas qualité de partie en cas de recours contre la décision auprès du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral.

Selon l'art. 20 LTrans, le PFPDT a accès aux documents officiels dans le cadre de la procédure de médiation, même si ceux-ci sont secrets. En vertu de l'art. 12b OTrans,

<sup>20</sup> RS 152.3

<sup>21</sup> Le principe du secret est substitué par celui de la transparence (cf. message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration; FF 2003 1807, ch. 1.1.3.2 et 2.2.1.1).

<sup>22</sup> Ordonnance du 24.5.2006 sur le principe de la transparence dans l'administration (OTrans; RS 152.31).

<sup>23</sup> Bhend/Schneider, Kommentar zu Art. 13 N. 33, in: Maurer-Lambrou Blechta (Hrsg.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Auflage, 2014.

<sup>24</sup> Cf. audition du PFPDT du 22.6.2022.

<sup>25</sup> Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021).

<sup>26</sup> Le PFPDT doit toutefois respecter certains principes de procédure qui font l'objet de la PA, par ex. l'art. 8 (transmission de l'affaire de l'autorité incompétente à l'autorité compétente).

<sup>27</sup> À consulter sous [www.edoeb.admin.ch](http://www.edoeb.admin.ch) > Principe de transparence > Recommandations selon la LTrans.

les autorités sont tenues de prendre part à la médiation et de transmettre au PFPDT les documents requis. La LTrans ne prévoit toutefois pas d'instrument d'exécution dans le cas où une autorité refuse de collaborer à la procédure de médiation. Dans un tel cas, le PFPDT peut uniquement constater ce refus dans les recommandations qu'il formule et faire figurer les constatations correspondantes dans le rapport d'activité. Si la procédure de médiation n'aboutit à aucune solution à l'amiable, le PFPDT rédige une recommandation qui est publiée sans délai sur son site Internet.

## **2.2 Pratique et mise en œuvre des bases légales et des règles**

### **2.2.1 Loi fédérale sur l'archivage**

La LAr règle les obligations des services fédéraux et des particuliers en matière d'archivage. Tous les documents de la Confédération qui ont une valeur juridique, politique, économique, historique, sociale ou culturelle sont archivés (art. 2, al. 1, LAr). L'art. 6 LAr dispose que tous les documents qui ne sont plus utilisés en permanence doivent être proposés aux AFS, pour autant que les services ou personnes concernées par l'obligation ne se soient pas chargés de les archiver eux-mêmes. Dans un premier temps, le service tenu de proposer ses documents aux AFS indique les documents qui ont une valeur archivistique du point de vue juridique et administratif (art. 5, al. 2, OLAr<sup>28</sup>; d'autres détails sont réglés dans les instructions des AFS<sup>29</sup>). Certaines directives GEVER, par exemple celles du DFI, règlent la conservation des documents n'ayant aucune valeur archivistique.

En ce qui concerne la valeur archivistique, les AFS procèdent, dans un second temps, à une évaluation scientifique et historique qui peut varier selon les cas: par exemple, plus l'atteinte aux droits fondamentaux est importante, plus l'activité de l'autorité doit être documentée de manière exhaustive. Du point de vue des AFS, l'essentiel pour la valeur archivistique est de savoir quelles informations doivent être disponibles à long terme.

Les AFS ont besoin que les collaboratrices et collaborateurs compétents documentent les transactions de manière judicieuse. Toutefois, pour l'archivage, les informations importantes pour les affaires ne sont pas nécessairement toutes reprises, ce pour éviter les doublons.

Les AFS ont expliqué ne pas pouvoir contrôler la manière dont les offices s'acquittent de leurs tâches en matière d'archivage. Elles procèdent à des contrôles aléatoires lors du versement. La quantité de données n'est pas en soi un indicateur de l'exhaustivité des documents, car certaines unités administratives stockent des informations clés dans leurs applications spécialisées et non dans GEVER. Il convient donc de contrôler chaque unité administrative individuellement. Les AFS jugent illusoire de viser un

<sup>28</sup> RS 152.11

<sup>29</sup> Instructions du 28.9.1999 concernant l'obligation de proposer les documents et le versement des documents aux Archives fédérales ([www.bar.admin.ch](http://www.bar.admin.ch) > Portrait > Les Archives fédérales > Bases légales).

contrôle sans faille et rappellent que cette pratique correspond également à celle d'autres Archives nationales.

Il convient de noter que les bases légales laissent une marge d'appréciation lorsqu'il s'agit de déterminer la valeur archivistique. Une telle souplesse est opportune, dans la mesure où il est difficile de définir précisément quels documents présentent une telle valeur. Une évaluation de la LAr réalisée en 2020<sup>30</sup> a permis de constater que le processus de détermination de la valeur archivistique est globalement efficace et approprié<sup>31</sup>.

## 2.2.2 Ordonnance GEVER et directives des départements

L'ordonnance GEVER s'applique aux unités de l'administration fédérale centrale et aux services qui s'engagent à la respecter<sup>32</sup>. Tant l'ordonnance GEVER que les directives GEVER sur la gestion électronique des affaires des départements servent de base à la documentation de l'activité de l'administration fédérale. Elles incluent l'obligation de classer les documents importants pour les affaires dans le système de gestion électronique. Les instructions sont parfois très détaillées, sans compter les listes dites négatives, qui énumèrent ce qui n'est pas considéré comme important pour les affaires.

Selon les explications fournies par la ChF, l'importance pour les affaires est une notion cruciale. En règle générale, il convient d'examiner le contexte des affaires et d'évaluer, sur cette base, si une information est importante pour les affaires. L'importance pour les affaires n'est toutefois pas toujours limpide. Selon la ChF, en cas de doute, il faut considérer que les documents sont importants pour les affaires; les directives varient toutefois d'un département à l'autre et d'un office à l'autre. La décision de savoir si un document est important pour les affaires et doit donc être classé dans GEVER est laissée à l'appréciation des collaboratrices et collaborateurs compétents, qui disposent des connaissances nécessaires sur les dossiers. Le personnel de l'administration est encouragé à classer régulièrement les courriels et documents importants.

Dans les départements et à la ChF, il existe des aide-mémoire qui invitent les collaboratrices et collaborateurs et, pour certains, les responsables hiérarchiques à vérifier le classement des documents et des courriels importants pour les affaires. Là non plus, il n'existe pas de réglementation uniforme pour tous les départements.

Aucune réglementation spécifique n'est prévue en ce qui concerne le départ de collaboratrices et de collaborateurs de l'administration fédérale. Le compte de messagerie est bloqué pendant 45 jours à compter de la date de départ. À partir de ce moment, les courriels peuvent être récupérés pendant 90 jours. Il est ainsi possible de récupérer les courriels non classés pendant quatre mois et demi après qu'un collaborateur ou une

<sup>30</sup> Évaluation de la loi fédérale sur l'archivage (LAr), rapport final du 17.12.2020 ([www.bar.admin.ch](http://www.bar.admin.ch) > Portrait > Évaluation LAr).

<sup>31</sup> Cf. chap. 6 de l'évaluation, notamment le chap. 6.4: les auteurs n'ont formulé aucune recommandation à ce sujet.

<sup>32</sup> Cf. art. 1 de l'ordonnance GEVER.

collaboratrice a quitté l'administration. Selon la ChF, ce délai a été fixé d'un commun accord avec tous les prestataires de services.

Toujours selon la ChF, il n'y a en principe pas lieu d'agir lors d'un départ ou d'un changement de fonction, pour autant que les directives relatives au classement des documents importants pour les affaires aient été respectées. La responsabilité des dossiers est transférée à la personne qui reprend le poste en question. Le profil Exchange (Outlook) est supprimé, ce qui entraîne la suppression irrévocable des données.

### **2.2.3 Problèmes lors de demandes de consultation d'accès selon la loi sur la transparence**

Selon les explications données par le PFPDT, le droit d'accès qu'il possède dans le cadre de la procédure de médiation, réglé à l'art. 20 LTrans, est une condition nécessaire à l'exercice de l'activité de médiation ou pour pouvoir juger si une autorité a refusé à juste titre d'accorder l'accès aux documents au demandeur<sup>33</sup>. Selon ses propres dires, il est logique qu'il ne dispose pas d'outils juridiques de mise en œuvre, étant donné qu'il assume une fonction de médiation et non de surveillance et que le législateur a ancré dans la loi une présomption légale réfragable en faveur de l'accès aux documents officiels. Par conséquent, lorsqu'une autorité refuse de remettre des documents, elle est tenue de s'en justifier, car elle porte le fardeau de la preuve.

Le PFPDT a indiqué que l'accès lui avait été refusé dans 11 cas en 2021 et 2022, sans qu'il ait pour autant constaté une fréquence plus élevée dans certains départements. Toujours selon le PFPDT, certains services de l'administration fédérale font dépendre l'octroi du droit d'accès d'une sorte de pré-tri, si bien que le PFPDT n'a pas accès à tous les documents en question ou n'y a pas accès du tout après réception de la demande de médiation. Les raisons invoquées par les services sont les suivantes:

- les documents en question n'entreraient pas dans le champ d'application personnel ou matériel de la LTrans, soit parce qu'ils font l'objet d'une procédure de corapport, soit parce qu'une disposition spéciale s'applique, ou encore parce que la remise des documents n'est pas nécessaire en vertu du principe de proportionnalité;
- les documents en question ne sont pas des documents officiels parce qu'ils ne sont pas importants pour les affaires.

Le PFPDT ne pouvant pas examiner les documents, il lui est impossible d'évaluer si les autorités ont raison de ne pas accorder l'accès aux demandeurs d'accès. Le refus de l'autorité de remettre les documents au PFPDT est communiqué aux demandeurs d'accès lors de la séance de médiation. Le défaut de collaboration de l'autorité suscite le mécontentement des personnes qui ont déposé la demande et rend beaucoup plus difficile d'aboutir à un accord à l'amiable.

<sup>33</sup> Cf. audition du PFPDT du 22.6.2022.

## 2.3 Conclusion

Les explications fournies jusqu'ici ont montré que les actes législatifs présentés se distinguent non seulement par les termes utilisés, mais aussi par les objectifs, par l'objet de la réglementation et par le champ d'application: afin de garantir durablement la traçabilité de l'action de l'État, la LAr régleme la conservation des documents ayant une valeur archivistique ainsi que l'accès aux archives, tandis que l'ordonnance GEVER se focalise sur l'importance pour les affaires, c'est-à-dire le fait que les informations doivent être classées pour attester l'activité de l'administration fédérale, de sorte que l'accent est placé sur la gestion des affaires en cours. La LTrans, quant à elle, veille à garantir l'accès aux documents officiels.

Les dossiers et documents officiels peuvent donc remplir une ou plusieurs conditions: un document peut répondre au critère de l'importance pour les affaires, sans avoir nécessairement de valeur archivistique, tandis qu'un document non officiel peut tout à fait répondre aux critères de l'importance et de valeur archivistique, etc<sup>34</sup>. Cela complique l'application de directives uniformes, valables de la même manière pour toutes les actes législatifs pertinents et les situations imaginables.

Selon la législation sur l'archivage, il incombe aux services versants, en collaboration avec les AFS, de décider quels documents et pièces archiver dans les limites de la marge d'appréciation prévue par la loi. L'évaluation de la pertinence d'une information au sens de l'ordonnance GEVER est une tâche de conduite, mais la responsabilité de l'archivage incombe en premier lieu aux collaborateurs et aux collaboratrices<sup>35</sup>. En revanche, en ce qui concerne la LTrans, ce n'est pas le collaborateur ou la collaboratrice qui décide si un document est officiel et donc en principe accessible.

En ce qui concerne les contrôles, il convient de noter que l'art. 10 de l'ordonnance GEVER spécifie expressément que les unités administratives elles-mêmes vérifient régulièrement si les directives d'organisation sont respectées. Selon la ChF, une fonction de contrôle supérieure par un autre service n'est pas prévue à l'heure actuelle. En ce qui concerne la législation sur l'archivage, les AFS ne contrôlent pas non plus systématiquement les documents, mais se limitent à des contrôles aléatoires. La commission estime que la réglementation actuelle est appropriée, tant en ce qui concerne le contrôle du classement des documents importants pour les affaires que celui de leur valeur archivistique: un contrôle plus poussé par un autre service impliquerait, au vu des volumes de données, une charge de travail considérable et disproportionnée, et serait inapplicable. Si des documents de travail importants pour les affaires ne sont pas classés correctement ou si des documents devant faire l'objet d'un archivage ne sont pas proposés aux AFS, cela va à l'encontre des règles. Il faut toutefois en principe s'en accommoder pour des raisons de proportionnalité.

<sup>34</sup> Par ex. des projets ou des versions antérieures de documents provisoires.

<sup>35</sup> Audition des représentants de la ChF et des AFS du 13.2.2023.

### **3 Examen des reproches concrets adressés au SG-DFI et évaluation des questions à clarifier**

#### **3.1 Contexte**

##### **3.1.1 Élément déclencheur: demande d'accès**

Le 14 juin 2022, un quotidien a publié un article sur la tentative de chantage à l'encontre du conseiller fédéral Alain Berset, dans lequel on apprenait que le SG-DFI aurait effacé différents courriels liés à cette affaire ou ne les retrouvait plus, et qu'une procédure de médiation au sens de la LTrans serait en cours devant le PFPDT. Selon ce même article, le SG-DFI aurait refusé de remettre ces courriels au motif que la LTrans n'était pas applicable.

Les sous-commissions DFJP/ChF de la CdG-N/E ont abordé pour la première fois la question des courriels présumés disparus ou détruits lors de leur séance du 22 juin 2022 dans le cadre de l'audition du PFPDT.

L'audition a révélé que la première demande d'accès selon la LTrans avait été adressée au SG-DFI le 17 septembre 2021 par un journaliste qui demandait la production de tous les documents officiels relatifs aux contacts entre des collaborateurs du DFI ou le chef de département et la personne concernée (A) ainsi que de tous les documents en possession du DFI liés à l'affaire de chantage pour la période allant de 2012 à la date mentionnée. Le SG-DFI avait alors refusé de les produire en indiquant que la LTrans n'était pas applicable aux documents demandés parce qu'ils concernaient une procédure pénale (art. 3, al. 1, let. a, ch. 2, LTrans). Le demandeur avait répliqué, premièrement, que la procédure pénale était close et, deuxièmement, que sa demande portait également sur des documents relatifs à une période antérieure à la procédure pénale, ainsi que sur tous les contacts du DFI avec la personne concernée (A)<sup>36</sup>.

Le PFPDT a alors invité le SG-DFI et le journaliste une séance de médiation prévue en décembre 2021. Il a attiré l'attention du DFI sur le fait que l'art. 3 LTrans ne s'appliquait pas aux procédures pénales closes. Le DFI a objecté que la procédure de médiation devait être suspendue en attendant la fin de la procédure pénale concernant la plainte pénale du Ministère public de la Confédération pour violation du secret de fonction dans le cadre de la tentative de chantage à l'encontre du conseiller fédéral Alain Berset et, d'autre part, la fin de l'enquête de la CdG, ce à quoi le PFPDT a répondu qu'une suspension n'était pas possible faute de base légale.

S'agissant de la séance de médiation, le SG-DFI a pour sa part informé le PFPDT que de nouvelles recherches avaient permis de retrouver quelques rares courriels en rapport avec la demande et que ceux-ci pouvaient être mis à la disposition du demandeur. Il s'agissait d'échanges de courriels entre le SG-DFI et des tiers qui mentionnaient la personne concernée, mais qui ne portaient pas sur l'affaire de chantage en tant que telle. Selon le PFPDT, le SG-DFI a refusé de lui remettre les documents, en dépit de l'obligation de collaborer prévue à l'art. 12b OTrans; en conséquence, il est impossible de vérifier l'exactitude de cette affirmation.

<sup>36</sup> Il s'agit de l'autrice de l'infraction au sens du rapport de la CdG-N/E «Clarifications concernant la tentative de chantage à l'encontre du conseiller fédéral Alain Berset» (FF 2022 2083).

Un accord a été trouvé lors de la séance de médiation du 16 décembre 2021. Celui-ci indique que, premièrement, le SG-DFI pouvait accorder au demandeur un accès partiel aux courriels et que, deuxièmement, d'autres documents faisant l'objet de la demande d'accès du 17 septembre 2021 n'avaient pas pu être trouvés. L'accord du 16 décembre 2021 a mis fin à la procédure relevant de la LTrans. Le 17 décembre 2021, le même journaliste a de nouveau adressé de nombreuses questions au SG-DFI, qui auraient surgi après la clôture de ladite procédure. Le SG-DFI y a répondu. Il a estimé que ces questions ne remplissaient pas les conditions formelles pour être traitées comme une demande d'accès au sens la LTrans.

Le 18 janvier 2022, le journaliste a déposé une nouvelle demande de médiation concernant sa deuxième demande d'accès dans cette affaire. Dans sa prise de position, le SG-DFI a demandé d'une part une suspension de la procédure afin d'attendre le résultat du rapport de la CdG-N/E sur la tentative de chantage à l'encontre du conseiller fédéral Alain Berset. D'autre part, le SG-DFI a indiqué, à propos des demandes du journaliste, qu'aucun document officiel n'avait été trouvé concernant la première demande du 17 septembre 2021. Pour le SG-DFI, la demande ne comportait pas d'indications suffisantes au sens de l'art. 7, al. 2, OTrans pour être qualifiée de demande d'accès selon la LTrans, raison pour laquelle elle a été traitée comme une demande de journaliste. Le SG-DFI a poursuivi en disant que le demandeur n'avait pas la qualité pour demander une médiation. Faute d'accord entre les parties, cette deuxième procédure de médiation s'est terminée par une recommandation du PFPDT en date du 3 mai 2022. Le PFPDT a recommandé au SG-DFI de traiter la demande d'accès selon les prescriptions de la LTrans et pour des raisons d'économie de procédure, lui a demandé de rendre une décision dans laquelle le SG-DFI devait communiquer au demandeur son appréciation. Selon la décision du SG-DFI, contrairement à la recommandation du PFPDT, ce dernier ne répondait pas à la demande d'accès directement dans sa décision, mais il y répondait sous la forme d'une prise de position, tel que prévu à l'art. 12 de la LTrans. Dans sa décision du 24 mai 2022, le SG-DFI a reconnu que les questions du 28 décembre 2021 devaient être considérées comme une demande au sens de la LTrans – contrairement à son premier avis. Il a alors annoncé qu'il allait prendre position sur la demande d'accès, comme le prévoit la LTrans. Comme aucun recours n'a été déposé, la décision est entrée en force. Le 13 juillet 2022, le SG-DFI a donc pris position sur la demande LTrans du 28 décembre 2021. Par lettre du 28 juillet 2022, le journaliste a déposé une troisième demande en médiation à titre provisionnel auprès du PFPDT contre cette prise de position. Le PFPDT a alors envoyé un accusé de réception au demandeur. Le PFPDT a déclaré avoir informé le demandeur par courriel du 8 août 2022, avec copie au DFI, qu'il déterminerait la marche à suivre une fois qu'il aurait reçu les informations concernant le traitement réservé par le DFI à la demande. Le PFPDT a indiqué qu'il n'avait plus eu aucune nouvelle à ce sujet, ni du demandeur, ni du DFI; il n'a donc pas ouvert de procédure de médiation, en accord avec le demandeur. Pour le PFPDT, cette procédure est par conséquent liquidée<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Audition du PFPDT du 13.2.2023.

### 3.1.2 Existence des courriels?

Les différentes déclarations du SG-DFI attestent l'existence de courriels: dans le cadre de la première procédure de médiation, le SG-DFI a assuré au demandeur qu'il lui remettrait les courriels. L'accès à d'autres courriels a été refusé en raison de la procédure pénale, ce qui prouve qu'ils existent également. Le secrétaire général du DFI fait état d'indices de l'existence de courriels, qui n'ont cependant pas pu être retrouvés.

Selon ses propres déclarations, le SG-DFI n'a pas contesté l'existence de courriels concernés par la demande d'accès au sens de la LTrans du 17 septembre 2021. Il n'a toutefois pas pu accéder à cette demande, car les quelques courriels concernés faisaient partie du dossier de la procédure pénale engagée contre l'autrice de l'infraction. Par ailleurs, le SG-DFI a indiqué qu'il n'avait pas pu retrouver ces courriels.

Plusieurs scénarios pourraient expliquer l'impossibilité de retrouver ces courriels: soit ces courriels n'ont jamais existé, soit ils existaient mais ont été supprimés, ou alors ils n'ont pas pu être retrouvés parce qu'ils n'ont pas été enregistrés dans GEVER ou pas correctement (indexation, faute de frappe).

Concernant ce dernier aspect, la commission s'est renseignée pour savoir combien de temps étaient conservées les boîtes aux lettres électroniques des collaborateurs et collaboratrices après leur départ de l'administration fédérale. Elle l'a fait en se disant qu'une partie des courriels introuvables avaient probablement été envoyés ou reçus par l'ancien secrétaire général du département.

Selon l'Office fédéral de l'informatique et de la télécommunication (OFIT), les courriels supprimés pour des raisons techniques et/ou de protection des données sont encore disponibles à l'OFIT même après leur suppression. Les courriels supprimés dans Outlook peuvent être restaurés pendant 90 jours après avoir été supprimés de la corbeille d'Outlook. Il en va de même pour les courriels supprimés en utilisant la clef SHIFT+DELETE. A partir de la date de sortie le compte est bloqué pendant 45 jours, et aussi après ce délai, les courriels peuvent encore être récupérés pendant 90 jours.<sup>38</sup>

Si des courriels ont été supprimés, auraient-ils dû et pu être restaurés? La question se pose. Selon les déclarations du SG-DFI lors de l'audition du 23 mars 2023, des courriels ont été supprimés au départ de l'ancien secrétaire général. Ce dernier ayant quitté le SG-DFI fin février 2020, les courriels auraient pu être récupérés pendant 4 mois et demi après son départ. Le demandeur ayant déposé sa demande le 17 septembre 2021, il n'aurait pas été techniquement possible de les restaurer.

### 3.2 Aspects à approfondir

Le chapitre ci-après doit permettre de comprendre si les courriels introuvables auraient légalement dû être conservés et archivés. Il convient en outre de déterminer si les courriels en question – c'est-à-dire les courriels présumés supprimés et ceux qui

<sup>38</sup> Selon l'OFIT, il existe des solutions spéciales pour certaines applications, par exemple pour le Département fédéral de justice et de police ou le Ministère public de la Confédération.

existent encore – présentent un caractère officiel et sont donc accessibles en vertu de la LTrans.

### 3.2.1 **Respect des prescriptions de la loi sur l'archivage et de l'ordonnance GEVER ou des directives**

Lors de l'audition du 23 mars 2023, le SG-DFI a expliqué qu'il existait probablement des documents qui auraient été concernés par la demande d'accès, formulée de manière ouverte, mais qu'on ignorait où ils se trouvaient. Différentes raisons ont été avancées pour expliquer que la recherche des documents en question n'ait pas abouti. Dans le cadre de la procédure pénale, un courriel que l'ancien secrétaire général avait supprimé parce qu'il l'avait considéré comme purement privé et donc dépourvu de valeur archivistique a par exemple été retrouvé. Ce courriel n'était pas non plus important pour les affaires, car il ne concernait pas l'accomplissement d'une tâche publique mais une affaire privée du chef de département<sup>39</sup>.

La commission se demande si les courriels – dans la mesure où ils existaient – auraient dû être considérés comme importants pour les affaires, et donc comme ayant une valeur archivistique et, partant, s'il aurait fallu les conserver durablement.

Différents aspects sont à prendre en considération pour répondre à cette question. La directive GEVER du DFI dispose au ch. 4.5.2 que les documents qui concernent les activités du SG-DFI et qui sont jugés sans valeur archivistique sont conservés jusqu'à l'expiration du délai légal de conservation dans le système de classement des documents<sup>40</sup>. Une fois ce délai expiré, les dossiers relatifs aux affaires peuvent être détruits.

La directive GEVER du DFI indique également que tous les documents importants pour les affaires doivent être classés rapidement et régulièrement par les collaboratrices et collaborateurs compétents. La directive définit également ce que l'on entend par document important, et énumère les critères à observer pour évaluer l'importance d'un document en cas de doute. Il existe en outre une liste négative de documents considérés comme non importants pour les affaires.

Au dire du secrétaire général, aucun contrôle global n'est effectué pour vérifier le respect des directives GEVER du DFI. Si des lacunes dans les dossiers sont constatées lors d'un contrôle, elles sont corrigées. Selon les explications fournies par le SG-DFI, les directives et les processus sont clairs pour les tâches de support et les tâches transversales, mais aussi dans le domaine du contrôle des affaires du Conseil fédéral. Les collaborateurs et collaboratrices disposent en revanche d'une plus grande marge de décision pour les courriels personnels et les affaires traitées.

En ce qui concerne la valeur archivistique, il s'agit en premier lieu de documenter l'action de l'État – comme cela a déjà été expliqué plus haut. Selon les déclarations du SG-DFI, alors qu'il faisait partie de dossiers pénaux, un courriel avait été jugé sans valeur archivistique par l'ancien secrétaire général, qui considérait qu'il s'agissait

<sup>39</sup> Prise de position du SG-DFI du 7.7.2022; note du SG-DFI du 14.3.2023

<sup>40</sup> Selon l'art. 9 de l'ordonnance GEVER, il incombe aux unités administratives de fixer les délais de conservation; la directive GEVER du DFI indique que le délai de conservation est généralement de dix ans (cf. ch. 4.5.2 de la directive).

d'une affaire privée du chef du département; selon lui, il n'y avait donc d'obligation ni en matière de conservation, ni en matière d'archivage.

Le SG-DFI déduit des dispositions de la LAR et de l'ordonnance GEVER et des directives GEVER que les unités administratives n'ont pas l'obligation de conserver tous les documents, en particulier ceux qui ne sont pas importants pour les affaires, mais qui servent à des fins personnelles ou concernent une affaire privée. Les collaborateurs et collaboratrices peuvent disposer librement de tels documents et, donc, les supprimer. Le SG-DFI n'a pas accès aux archives personnelles, sauf en cas d'abus, c'est-à-dire si certains intérêts juridiquement protégés de l'unité administrative sont touchés, comme la sécurité des données et des applications, la capacité de stockage ou l'atteinte à la réputation à la suite d'une violation du droit. S'il existe un soupçon concret qu'un tel abus existe, l'intérêt de l'unité administrative peut, dans le respect du principe de proportionnalité, justifier dans certains cas une atteinte aux droits de la personnalité de la personne concernée.

Pour pouvoir déterminer avec certitude si les courriels en question remplissent le critère de l'importance pour les affaires ou de la valeur archivistique, la CdG doit connaître leur contenu. La question fondamentale est la suivante: ces courriels relevaient-ils d'une affaire exclusivement privée du chef du DFI? Dans leur rapport<sup>41</sup>, les CdG sont arrivées à la conclusion qu'une tentative de chantage à l'encontre d'un membre en activité du gouvernement avait toujours un rapport avec la fonction de cette personne, même s'il s'agissait d'une affaire «privée», d'autant plus que des collaborateurs et collaboratrices de l'état-major du SG-DFI s'étaient occupés de cette affaire dans le cadre de leur activité pour leur chef de département. En outre, on peut se demander si de tels documents, qui font partie d'une procédure pénale, ne devraient pas obligatoirement être considérés comme importants pour les affaires et donc classés.

La commission ne peut pas exclure que les courriels présentaient – éventuellement à des degrés divers – à la fois un lien avec la fonction de chef de département et un caractère privé. Il en va vraisemblablement de même pour les courriels qui faisaient partie de la procédure pénale close en matière de chantage présumé. Il aurait également fallu creuser la question de la valeur archivistique sous l'angle scientifique et historique. Il n'est toutefois pas possible d'affirmer catégoriquement que les courriels en question avaient une valeur archivistique.

### 3.2.2 Respect des prescriptions selon la LTrans?

En outre, il y a lieu de se demander si les courriels en question du SG-DFI étaient soumis aux dispositions de la LTrans. Le SG-DFI estime que la tentative de chantage ayant visé le chef du département est une affaire privée, raison pour laquelle les

<sup>41</sup> Clarifications concernant la tentative de chantage à l'encontre du conseiller fédéral Alain Berset. Rapport des Commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des États du 14.6.2022 (FF 2022 2083; cf. chap. 4.3).

courriels en question ne devaient pas être remis (ou récupérés)<sup>42, 43</sup>. Selon ses dires, le PFPDT n'a pas été en mesure de donner un avis sur la question de l'obligation de récupération, étant donné que le SG-DFI n'avait pas traité la demande d'accès selon les prescriptions de la LTrans<sup>44</sup>. Cette question a donc dû être laissée ouverte.

Comme évoqué précédemment, le SG-DFI a fait valoir que certains courriels faisaient partie d'une procédure pénale et qu'il n'était donc pas possible d'en autoriser la consultation<sup>45</sup>. Conformément à son art. 3, la LTrans ne s'applique notamment pas aux procédures pénales. La loi elle-même ne précise pas si cette disposition porte uniquement sur les procédures en cours ou si elle concerne aussi les procédures closes, mais le message relatif à la LTrans indique expressément que l'exception s'applique également aux procédures closes<sup>46</sup>, ce qu'a confirmé le Tribunal fédéral<sup>47</sup>. À certains égards, la littérature spécialisée et le PFPDT critiquent toutefois ce principe<sup>48</sup>: par exemple, dans sa recommandation du 18 décembre 2012, le PFPDT estime qu'on ne peut déroger au principe de transparence que pour les documents qui ont été explicitement établis pour la procédure. Dans la jurisprudence, on trouve aussi des arrêts qui confirment cette position<sup>49</sup>.

Eu égard à ces considérations, il n'est donc pas possible de répondre de manière définitive à la question de savoir si le refus de remettre les courriels était justifié en vertu de la LTrans.

Les documents destinés à l'usage personnel ne sont pas des documents officiels, conformément à l'art. 5, al. 3, let. c, LTrans. Si des courriels à caractère privé sont uniquement destinés à un «usage personnel», ils sont en principe exclus du champ d'application de la LTrans. Or, il n'est pas toujours possible d'opérer une distinction claire entre les questions relevant d'une affaire privée et celles ayant trait à l'exercice d'une fonction ou à l'activité d'une autorité<sup>50</sup>. La question de savoir si le droit d'accès prévu par la LTrans s'applique dans le cas de documents concernant une affaire privée qui sont établis ou reçus de manière officielle doit donc être examinée au cas par cas.

42 La LTrans ne contient aucune disposition régissant explicitement l'accès à des documents ou la récupération de documents; l'obligation de conserver les documents est notamment réglée dans la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA) et dans la LAr. Selon le message relatif à la LTrans, si une autorité ne détient pas effectivement le document alors qu'elle en est l'auteur ou le destinataire principal, elle doit prendre toutes les mesures nécessaires pour y accéder. Le Tribunal fédéral s'est prononcé comme suit sur l'obligation de récupération: il existe une telle obligation pour les documents officiels qui se trouvaient à un moment ou à un autre en possession des autorités si celles-ci les ont supprimés ou perdus, mais pas si elles s'en sont défait conformément à des prescriptions légales ou réglementaires.

43 Cf. rapport du 14.6.2022 des Commissions de gestion (cf. chap. 3.3 et 4.3).

44 Courriel du PFPDT du 23.8.2023.

45 Selon la LTrans, la loi ne s'applique pas à l'accès aux documents officiels concernant les procédures pénales (art. 3, al. 1, let. a, ch. 2, LTrans).

46 FF 2003 1807, en l'occurrence 1832.

47 ATF 147 I 463

48 Cf. recommandations du PFPDT du 18.12.2012 ou du 3.7.2009, par exemple.

49 Par ex. ATF IC\_367/2020; ATAF 2016/9.

50 Le rapport des C&G-N/E du 14.6.2022 sur l'affaire de chantage avait montré cela; cf. chap. 4.3.

Si le demandeur n'est pas d'accord avec le traitement de sa demande par l'autorité, il peut déposer une demande en médiation et une procédure de médiation a lieu devant le PFPDT. Conformément à l'art. 20 LTrans, le PFPDT peut accéder aux documents officiels, même si ceux-ci sont secrets, afin de pouvoir évaluer si le refus de l'autorité de remettre des documents est justifié. Ce droit de consulter les documents est donc un instrument clé dans l'exercice de l'activité du PFPDT. À cet égard, la question de savoir si c'est l'autorité concernée ou le PFPDT – dans le cadre d'une procédure de médiation – qui décide du caractère officiel d'un document est importante. La doctrine part du principe que le PFPDT, pour remplir son mandat légal, doit pouvoir vérifier l'exhaustivité des documents officiels dans le cadre d'une demande d'accès et qu'il doit donc également avoir accès à des documents qui ne sont parfois pas considérés comme officiels par l'autorité<sup>51</sup>.

Dans le cas présent, il n'a toutefois pas eu accès aux documents. La LTrans ne prévoit aucun moyen de faire respecter ce droit lorsqu'une autorité refuse de coopérer; le PFPDT ne peut que consigner un tel refus dans une recommandation, qui est publiée sur son site Internet. En refusant au PFPDT l'accès à ces documents, le SG-DFI n'a pas respecté ses obligations légales.

## **4 Conclusions et recommandations**

### **4.1 Examen des domaines de réglementation de la LAr et de la LTrans**

Les investigations menées par la CdG-E ont montré qu'il existe différentes réglementations concernant le classement et l'archivage des documents ainsi que l'accès à ces derniers. Les domaines de réglementation sont conçus de manière très hétérogène et il n'existe pas de définitions qui s'applique de la même manière à tous les domaines concernés dans le cas présent, car les objectifs et l'accent mis sur chacun d'entre eux sont très variables. D'une manière générale, il convient de noter que les notions de valeur archivistique et d'importance pour les affaires sont très générales et qu'il existe une marge d'interprétation considérable. Les problèmes se posent en premier lieu dans les situations où un état de fait est considéré sous différents angles. Par exemple, pour les documents archivés, tant la LAr que la LTrans sont applicables.

Le rapport en réponse au postulat sur la mise en œuvre de la loi sur l'archivage<sup>52</sup> indiquait également, évaluation à l'appui, qu'il faudrait éventuellement clarifier au niveau législatif le droit applicable à la consultation des documents archivés et accessibles en vertu de la LTrans. L'évaluation a montré que, lors de l'examen des demandes, c'est le droit le plus favorable à la consultation qui a été appliqué dans chaque cas. Le Conseil fédéral est arrivé à la conclusion qu'il n'était pas nécessaire de modifier la LAr, mais seulement d'adapter la pratique d'archivage et de modifier l'ordon-

<sup>51</sup> Astrid Schwegler, Kommentar zu Art. 20 BGÖ, N. 17, in: Maurer-Lambrou Blechta (Hrsg.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Auflage, 2014.

<sup>52</sup> Postulat Janiak 18.3029 Mise en œuvre de la loi fédérale sur l'archivage: évaluation et suite de la procédure.

nance en cours d'élaboration<sup>53</sup>. Au vu des faits décrits, la CdG-E estime toutefois qu'il est nécessaire de réexaminer le droit de consulter les documents ayant un lien tant avec la fonction qu'avec la sphère privée, notamment en ce qui concerne les magistrats et les magistrats et, le cas échéant, de lancer une procédure de modification des dispositions légales<sup>54</sup>.

*Recommandation 1 Examen du lien entre la LAr et la LTrans*

La CdG-E invite le Conseil fédéral à examiner s'il est nécessaire de modifier les dispositions légales relatives au droit de consultation des documents qui ont un lien tant avec la fonction qu'avec la sphère privée, notamment en ce qui concerne les magistrats et les magistrats.

#### **4.2 Classement des documents lors du départ de collaborateurs ou de collaboratrices**

Dans le cadre des investigations relatives au classement des documents, il a été constaté qu'il n'existait pas – pour autant que l'on puisse en juger – de réglementation spéciale applicable lorsque des collaborateurs ou collaboratrices quittent l'administration fédérale. Pour le classement des documents, il y a lieu d'appliquer le critère de l'importance pour les affaires, en vertu duquel les documents doivent être classés pour attester l'activité de l'administration, indépendamment de la poursuite ou de la fin des rapports de travail. La CdG-E estime toutefois qu'il faut examiner si les personnes qui quittent la Confédération, en particulier celles occupant des fonctions de cadre supérieur, ne devraient pas bénéficier de mesures particulières en matière de procédure ou de sensibilisation, afin de garantir le respect de l'obligation de conservation et d'archivage.

*Recommandation 2 Réglementation lors du départ de collaborateurs ou de collaboratrices*

La CdG-E invite le Conseil fédéral à examiner si les personnes qui quittent l'administration fédérale, en particulier celles occupant des fonctions de cadre supérieur, ne devraient pas bénéficier de mesures particulières afin de garantir le respect de l'obligation de conservation et d'archivage.

<sup>53</sup> Cf. communiqué de presse du Conseil fédéral du 29.6.2022.

<sup>54</sup> Selon le rapport d'activité 2022/2023 du PFPDT, il faut réviser la LAr afin de clarifier la question du droit applicable (LAr ou LTrans) en cas de consultation de documents archivés pendant le délai de protection. Le PFPDT juge insuffisant de modifier l'ordonnance sur l'archivage pour régler la coordination entre la LAr et la LTrans.

### 4.3 **Suppression de documents**

Les courriels peuvent être récupérés pendant une durée de quatre mois et demi après le départ d'un collaborateur ou d'une collaboratrice, à condition qu'ils aient été déplacés dans la corbeille et qu'ils y soient toujours présents. La commission juge ce délai relativement court. Selon la position hiérarchique occupée par la personne qui quitte l'administration fédérale, ce n'est qu'après un certain temps qu'il est possible de savoir si les courriels supprimés devront être récupérés, car leur valeur archivistique ou leur importance pour les affaires pourrait n'être reconnue qu'ultérieurement.

*Recommandation 3      Accès aux documents électroniques supprimés*

La CdG-E invite le Conseil fédéral à examiner la possibilité de conserver les données électroniques plus longtemps après le départ de collaborateurs ou collaboratrices afin que ces données puissent être récupérées.

### 4.4 **Champ d'application de la LTrans à raison de la matière**

Les considérations ci-dessus ont montré qu'il existe un désaccord sur la question de savoir si la LTrans s'applique également aux procédures pénales closes. Tant dans la littérature spécialisée que dans la jurisprudence, on trouve des arguments de poids en faveur de ces deux points de vue. La CdG-E est donc d'avis qu'il y a lieu d'examiner et, le cas échéant, de clarifier cette question à l'occasion d'une prochaine révision de la LTrans.

*Recommandation 4      Clarification du champ d'application à raison de la matière*

La CdG-E invite le Conseil fédéral à examiner si la LTrans s'applique ou devrait s'appliquer aussi aux procédures closes et, le cas échéant, s'il y a lieu de préciser ce point lors de la prochaine révision de la loi.

### 4.5 **Procédure de médiation selon la LTrans**

Dans le cadre de la procédure de médiation selon la LTrans, le droit de consulter les documents dont jouit le PFPDT revêt un caractère central pour pouvoir évaluer si des documents ou des courriels sont considérés comme des documents officiels. Si les autorités lui refusent l'accès aux documents, le PFPDT ne peut actuellement que le faire savoir aux personnes concernées. De ce fait, il ne peut pas remplir correctement son mandat légal de médiation. D'après lui, les autorités font de plus en plus souvent valoir que les documents requis ne tombent pas sous le coup de la LTrans pour lui en refuser l'accès. La commission estime nécessaire que le PFPDT ait accès à tous les documents afin qu'il puisse évaluer si les documents et les dossiers présentent un



## Liste des abréviations

AFS	Archives fédérales
al.	alinéa
art.	article
ATAF	Arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
CdG-N/E	Commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des États
CF	Conseil fédéral
ch.	chiffre
Ch. marg.	Chiffre marginal
Chap.	Chapitre
ChF	Chancellerie fédérale
Consid.	Considération
DFI	Département fédéral de l'intérieur
DFJP	Département fédéral de justice et police
GEVER	gestion électronique des affaires
LAr	Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'archivage (loi sur l'archivage, LAr; RS 152.1)
let.	lettre
LTrans	Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (loi sur la transparence; RS 152.3)
OFIT	Office fédéral de l'informatique et de la télécommunication
OLAr	Ordonnance du 8 septembre 1999 relative à la loi fédérale sur l'archivage (ordonnance sur l'archivage, OLOGA; RS 152.11)
OLOGA	Ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010.1)
OTrans	Ordonnance du 24 mai 2006 sur le principe de la transparence dans l'administration (OTrans; RS 152.31)
PF PDT	préposé fédéral à la protection des données et à la transparence
SG	Secrétariat général
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral

