



16.432

Initiative parlementaire
Principe de la transparence dans l'administration.
Faire prévaloir la gratuité de l'accès
aux documents officiels

Rapport de la Commission des institutions politiques
du Conseil national

du 15 octobre 2020

Madame la Présidente,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent rapport, nous vous soumettons un projet de modification de la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration, que nous transmettons simultanément au Conseil fédéral pour avis.

La commission propose d'adopter le projet d'acte ci-joint.

15 octobre 2020

Pour la commission:

Le président, Andreas Glarner

Aperçu

L'adoption, en 2004, de la loi sur la transparence a introduit le principe de transparence au niveau fédéral, amorçant un changement de paradigme en direction d'une administration plus accessible. La constante augmentation des demandes d'accès à des documents officiels montre l'intérêt de la population pour l'activité des autorités; parallèlement, le nombre croissant des accès autorisés peut être vu comme un signe que les autorités fédérales mettent en œuvre la loi de manière efficace.

Dans la plupart des cas, les services concernés de l'administration ne perçoivent aucun émolument pour les demandes d'accès. Toutefois, la pratique varie fortement entre les départements: certains ne le font jamais, alors que d'autres ont déjà facturé des prestations de plusieurs milliers de francs. De tels montants ont des effets prohibitifs et peuvent mettre en péril le principe de l'accessibilité des documents.

Pour ces raisons, le projet prévoit de remplacer, dans la loi sur la transparence, le principe qui consiste à percevoir un émolument pour donner accès à des documents officiels par le principe inverse, à savoir la gratuité. La seule exception où un émolument peut être perçu concerne les cas où la demande d'accès nécessite un surcroît important de travail de la part des autorités considérant toutefois que le montant de l'émolument est plafonné à 2000 francs.

Rapport

1 Genèse du projet

1.1 L'initiative parlementaire 16.432

Déposée le 27 avril 2016 par la conseillère nationale Edith Graf-Litscher (S, TG), l'initiative parlementaire 16.432 «Principe de la transparence dans l'administration. Faire prévaloir la gratuité de l'accès aux documents officiels» vise à modifier les bases légales de façon à rendre l'accès aux documents de l'administration fédérale libre d'émoluments, sauf exceptions dûment motivées, lorsque le coût qui en résulte pour l'administration est sans commune mesure avec l'intérêt public qu'il représente.

Dans le développement de l'initiative, l'auteur constate que la question des émoluments n'a cessé d'être une pomme de discorde depuis l'entrée en vigueur de la loi sur la transparence (LTrans; RS 152.3). Même s'il est rare qu'un service administratif perçoive des émoluments, certaines unités administratives ont, dans un passé récent, exigé des émoluments très élevés. Manifestement, selon l'auteur de l'initiative, ces dernières se servent des émoluments comme d'un outil destiné à décourager les demandes d'accès. Lorsqu'ils voient les sommes qui leur sont réclamées, les citoyens et les journalistes préfèrent généralement retirer tout bonnement leur demande, ce qui est en contradiction avec l'esprit et le but de la LTrans.

L'auteur de l'initiative précise toutefois que, si l'administration est saisie d'une demande d'accès à laquelle elle ne peut répondre qu'au prix de frais élevés alors même que cette demande ne représente qu'un intérêt public limité, elle doit pouvoir, exceptionnellement et pour autant qu'elle motive ses prétentions, facturer des émoluments, de façon à établir une proportionnalité entre les moyens et les enjeux.

1.2 Examen préalable par les Commissions des institutions politiques

Le 20 octobre 2016, la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) a donné suite à l'initiative parlementaire par 17 voix contre 4. Le 13 janvier 2017, son homologue du Conseil des États (CIP-E) a approuvé cette décision sans qu'aucune autre proposition ait été déposée.

Les commissions se sont ralliées aux arguments de l'auteur de l'initiative, selon qui la modification législative proposée vise à éviter que la perception d'émoluments disproportionnés ne dissuade le public de faire usage du droit à l'information que lui confère la loi. Elles estiment également qu'il y a lieu de clarifier la portée de ce droit ainsi que les exceptions.

1.3 Mise en œuvre par la CIP-N

En vertu de l'art. 111, al. 1, de la loi sur le Parlement (LParl; RS 171.10), la CIP-N disposait d'un délai de deux ans pour élaborer un projet. À sa séance du 24 mars 2017, elle s'est penchée sur la procédure qu'elle allait suivre et a été informée par l'administration que le Conseil fédéral avait chargé le Département fédéral de justice et police d'élaborer un projet de révision partielle de la LTrans. Selon le calendrier établi alors par l'administration, ce projet devait être mis en consultation en juin 2017 et soumis au Parlement début 2018.

Dans ce contexte, la commission a estimé que la solution la plus efficace serait d'intégrer dans le projet en question l'objectif de la gratuité de l'accès aux documents officiels. Elle a donc décidé de suspendre ses travaux visant à élaborer un projet mettant en œuvre l'initiative parlementaire, en attendant le projet du Conseil fédéral.

Toutefois, en 2018, le Conseil fédéral n'a soumis aucun projet de révision de la LTrans au Parlement. Le délai légal pour l'élaboration du projet arrivant à échéance, la commission a décidé, le 21 février 2019, de demander au conseil de le prolonger jusqu'à la session de printemps 2021. Le conseil a donné son feu vert le 22 mars 2019 (BO 2019 N 577).

Le 15 mai 2019, le Conseil fédéral a fait savoir qu'il ne présenterait pour l'heure aucun projet de révision partielle de la LTrans, estimant que, pour l'essentiel, les modifications visées avaient déjà été apportées d'une autre manière.

Le 15 août 2019, la CIP-N s'est prononcée, par 20 voix contre 2, contre le classement de l'initiative. Elle a chargé son secrétariat d'élaborer un avant-projet en collaboration avec l'administration.

La commission a procédé à la discussion par article à sa séance du 13 février 2020. Par 16 voix contre 4 et une abstention, elle a adopté un avant-projet en vue de la consultation.

Le 15 octobre 2020, la commission a pris acte des résultats de la consultation et a décidé, par 17 voix contre 7, d'adopter le projet à l'intention de son conseil.

1.4 Résultats de la consultation

La commission a mené une procédure de consultation du 14 février au 27 mai 2020. La majorité des participants à la consultation a réservé un accueil globalement favorable à l'avant-projet. Des divergences apparaissent concernant le régime d'exception prévu à l'art. 17, al. 2, LTrans.

Ont répondu à la consultation 25 cantons, cinq partis politiques et 21 organisations. Parmi ces 51 participants, 38 sont favorables à l'avant-projet et cinq y sont défavorables. Huit participants ne se sont pas prononcés sur le fond du projet. Parmi les partisans de l'avant-projet, on compte 18 cantons. AI s'est prononcé contre et six autres cantons ont refusé de se prononcer sur le fond. Du côté des partis politiques, le PLR, le PVL, le PS et l'UDC ont soutenu le projet, alors que le PDC s'y est opposé. Parmi les organisations ayant participé à la consultation, 16 se sont mon-

trées favorables au projet et 3 défavorables, alors que deux ne se sont pas prononcées sur le fond.

Les avis sont partagés sur l'opportunité de fixer dans la loi un plafond de 2000 francs pour les émoluments, comme le recommande la majorité de la commission. Parmi les 38 participants à la consultation qui sont favorables au projet, 12 se prononcent pour la proposition de la majorité et 15 se rallient à la minorité de la commission, qui ne souhaite pas inscrire de montant maximal dans la loi. Sept participants rejettent les deux propositions et quatre n'ont pas indiqué leur préférence. Alors que la majorité des cantons se prononcent contre la définition d'un montant maximal dans la loi, les partis sont divisés (l'UDC et le PS soutiennent la proposition de la majorité, le PLR et le PVL celle de la minorité), et les organisations sont plutôt favorables à la fixation d'un plafond.

D'autres propositions de formulation ont été soumises pour l'art. 17, al. 2, LTrans, qui, selon la commission, entraîneraient des problèmes de délimitation ou n'apporteraient aucune amélioration.

2 Débats antérieurs concernant la perception d'émoluments

2.1 Discussions lors de la genèse de la loi

Le 12 février 2003, le Conseil fédéral a soumis au Parlement le message relatif à la loi sur la transparence (FF 2003 1807). À l'art. 17 de son projet, le Conseil fédéral prévoyait que l'accès à des documents officiels serait en principe soumis au paiement d'un émolument, à trois exceptions près: pour la procédure de médiation, pour la procédure en première instance et «pour le règlement des demandes qui occasionnent peu de travail ou l'établissement d'un petit nombre de copies» (FF 2003 1893). Estimant que l'expression «petit nombre de copies» n'avait pas sa place dans la loi, le Conseil des États a décidé de biffer cette partie (BO 2003 E 1142).

La CIP-N a, quant à elle, proposé à son conseil, par 18 voix contre 4, de fixer le principe inverse: l'accès aux documents officiels devait en principe être libre d'émoluments, l'unique exception étant la remise de rapports, de brochures ou d'autres impressions et supports d'informations. Pour la commission, il n'était pas judicieux d'exiger un émolument si les coûts de perception étaient finalement plus élevés que l'émolument lui-même. Un autre argument a été avancé devant le conseil, à savoir que la perception d'émoluments créerait un obstacle qui viderait de sa substance le principe de transparence visé par la nouvelle loi. Le Conseil national a finalement suivi l'avis du Conseil fédéral et du Conseil des États, par 86 voix contre 79, introduisant le principe d'un émolument (BO 2004 N 1265).

C'est donc la version proposée par le Conseil des États qui a été adoptée, aux termes de laquelle l'accès à des documents officiels est en principe soumis au paiement d'un émolument, sauf pour le règlement des demandes qui occasionnent peu de frais.

2.2 Discussion lors de l'adoption de l'ordonnance

En raison du résultat serré, au Conseil national, concernant la perception d'émoluments pour donner accès à des documents officiels, la CIP-N a décidé de se pencher une nouvelle fois en détail sur cette question lors de la consultation relative au projet d'ordonnance sur la transparence (OTrans; RS 152.31). En effet, elle désapprouvait le fait que le projet d'ordonnance du Conseil fédéral prévoyait que l'on renonce à percevoir un émolument si la perception occasionnait des frais supérieurs à celui de l'émolument lui-même. Dans une lettre adressée au Conseil fédéral le 9 septembre 2005, la CIP-N estimait que cette solution n'était nullement transparente: selon elle, les dispositions régissant la perception des émoluments tenaient insuffisamment compte des attentes de l'utilisateur et ce manque de clarté contredisait l'objectif poursuivi par la loi, qui visait à rendre l'administration plus transparente et à la rapprocher des citoyens. Par conséquent, la commission proposait au Conseil fédéral de préciser explicitement dans l'ordonnance qu'en dessous d'un montant plancher – par ex. 100 francs –, la consultation de documents n'était pas soumise à émolument, étant entendu que le demandeur devait être informé si un émolument était perçu.

La proposition de la commission a été reprise dans l'ordonnance: aux termes de l'art. 15, al. 1, OTrans, les émoluments inférieurs à 100 francs ne sont pas facturés. En outre, l'art. 16, al. 2, OTrans prévoit que, si les coûts prévus dépassent 100 francs, l'autorité informe le demandeur du montant prévisible de l'émolument.

2.3 Développement de la pratique

2.3.1 Émoluments exigés

Selon le 26^e rapport d'activités 2018/2019 du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (p. 62), 17 demandes d'accès ont entraîné la perception d'un émolument en 2018, soit 2,6 % de l'ensemble des demandes d'accès reçues (contre 1,9 % en 2017). Comme lors des années précédentes, le prélèvement d'un émolument a constitué l'exception, la gratuité ayant été accordée dans presque 98 % des cas. Le total des émoluments perçus pour l'accès à des documents s'est élevé à 13 358 francs en 2018 (2017: 6160; 2016: 22 700; 2015: 13 633).

À noter que seules huit autorités ont prélevé des émoluments en 2018. La Chancellerie fédérale, le DFJP, le DFAE et le DFF n'ont perçu aucun émolument; la majeure partie des montants facturés l'a été par le DFI (10 900 francs pour huit demandes) et le DETEC (1300 francs pour trois demandes).

Cette différence de pratiques entre les départements a également été observée les années précédentes. Dans une interpellation datée du 21 septembre 2016, le conseiller national Olivier Feller (RL, VD) a demandé au Conseil fédéral quelles mesures il entendait prendre pour que les pratiques en matière d'émoluments soient harmonisées au sein de l'administration (16.3678 Ip. Feller. Comment améliorer l'application de la loi sur la transparence au sein de l'administration?). Dans sa réponse, le Conseil fédéral a fait référence aux recommandations édictées par la Conférence des secrétaires généraux ainsi qu'à la révision – alors en préparation – de la LTrans, qui devaient permettre de régler ce problème.

Dans plusieurs cas, les montants des émoluments exigés ont fait l'objet de recours. On a alors constaté que des émoluments de plusieurs milliers de francs étaient parfois perçus. Le Tribunal administratif fédéral a rendu des jugements différents selon les cas, en fonction de la charge de travail que la demande d'accès avait engendrée (cf. chap. 4).

2.3.2 Perception d'émoluments auprès de journalistes

La perception d'émoluments auprès de journalistes, en particulier, a donné lieu à des discussions. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer à ce sujet¹. Il a souligné dans ce contexte que les journalistes avaient souvent besoin d'accéder à des documents officiels, si bien qu'un cumul d'émoluments, même modestes, pouvait dans les faits constituer une restriction d'accès². Selon le tribunal, il faut, pour cette raison, partir du principe qu'il existe un intérêt public à ce que les médias aient accès aux documents officiels, ce qui peut justifier de ne plus percevoir d'émoluments, même lorsque l'obtention de l'information n'est pas d'une importance existentielle.

Dans les deux affaires jugées par le Tribunal fédéral, les recourants ont obtenu une réduction du montant des émoluments exigés; dans un cas, le tribunal a considéré qu'une réduction d'au moins 50 % était justifiée³.

Ces arrêts ont eu des conséquences sur les bases légales: en 2014, une disposition selon laquelle l'émolument perçu dans le cas d'une demande d'accès présentée par un média est réduit d'au moins 50 % a été ajoutée à l'OTrans (art. 15, al. 4; RO 2014 2169).

2.4 Appréciation des émoluments dans la littérature spécialisée

Certains ouvrages spécialisés estiment que la réduction des émoluments pour les journalistes ne résout qu'à moitié le problème. Par exemple, on y critique les considérations du Tribunal fédéral, qui ne répondraient pas vraiment à la question de savoir quels critères appliquer si l'on souhaite renoncer à percevoir un émolument ou réduire ce dernier. En outre, vu que la plupart des autorités ne perçoivent pas d'émolument, même pour des recherches nécessitant un surcroît important de travail, d'aucuns estiment que la pratique générale et les considérations du Tribunal fédéral plaident en faveur d'une suppression de ces émoluments⁴.

Dans un commentaire consacré à la LTrans, Herbert Burkert déclare que des règles prohibitives en matière d'émoluments dans l'administration peuvent saper des droits

¹ ATF 139 I 114, TF 1C 550/2013 du 19.11.2013

² ATF 139 I 114 consid. 4.3

³ Cf. Ammann, Reto/Lang, Renate: *Öffentlichkeitsgesetz und Datenschutz*.

In: *Datenschutzrecht*, Bâle 2015, p. 938 s.

⁴ Born, Christoph: *Öffentlichkeitsgesetz: Abschied von den Gebühren für Medienschaffenden*. In: *medialex* 03/2013, p. 105

que l'on souhaitait accorder à l'origine⁵. Selon lui, du point de vue de la technique législative, il aurait mieux valu prévoir le principe de la gratuité, assorti d'exceptions, comme c'est le cas dans la loi sur l'archivage⁶.

3 Grandes lignes du projet

Le projet se fonde sur la critique développée dans la littérature spécialisée et mentionnée ci-dessus. Il propose ainsi d'inverser le principe de base: celui-ci ne sera plus la perception d'émoluments, mais la gratuité de l'accès aux documents. Cette solution s'inscrit dans l'idée de base de la LTrans, selon laquelle les citoyens doivent généralement avoir accès aux documents officiels. Il s'agit donc de renoncer à toute réglementation prohibitive.

Le principe de la gratuité de l'accès aux documents officiels doit être inscrit à l'art. 17 LTrans. Seule exception: l'autorité peut percevoir un émolument «lorsque la demande d'accès nécessite un surcroît important de travail de sa part». Il s'agit d'empêcher que des citoyens aient excessivement recours aux services de la Confédération. L'ordonnance devra indiquer le nombre d'heures de travail à partir duquel un émolument peut être perçu pour le traitement d'une demande. La perception d'émoluments est donc liée au critère objectif du temps de travail investi dans le traitement. La commission estime qu'il est plus judicieux d'utiliser ce critère mesurable plutôt que d'introduire des notions difficilement applicables telles que celle d'«intérêt public», comme le propose le texte de l'initiative. L'utilisation de la notion d'intérêt public serait en outre en contradiction avec la conception de la LTrans, selon laquelle il existe un droit de regard inconditionnel, c'est-à-dire ne dépendant pas d'un certain intérêt avéré. Le critère des heures de travail doit être appliqué dans tous les départements, l'objectif étant de mettre fin aux différences de pratiques entre ces derniers.

Même si un nombre considérable d'heures doit être consacré au traitement de certaines demandes, le montant de l'émolument ne doit pas atteindre un niveau empêchant de fait l'accès aux documents. Par conséquent, il y a lieu de plafonner à 2000 francs l'émolument qui peut être exigé pour le traitement d'une demande. Ce montant a été fixé sur la base de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral.

Un émolument peut être perçu à titre exceptionnel: dans ce cas, le requérant doit comme auparavant être informé au préalable et dispose toujours de la voie de droit usuelle lui permettant d'exiger une décision formelle de la part de l'autorité puis de recourir contre cette décision devant le Tribunal administratif fédéral, pour autant que le recours ne porte que sur l'émolument. Si le recours concerne aussi l'accès à un document, une demande en médiation au sens de l'art. 13 LTrans peut être déposée. Le projet ne prévoit toutefois pas d'ajouter à cet article une procédure de médiation spécifique à la perception d'émoluments: cela serait difficilement compatible avec le nouveau principe de la gratuité.

⁵ Burkert, Herbert: *Art. 17 BGÖ*. In: Brunner, Stephan C. / Mader, Luzius: *Öffentlichkeitsgesetz*, Stämpfli Handkommentar, Berne 2008, p. 289

⁶ Cf. Burkert, p. 290

Après avoir pris connaissance des résultats de la consultation, une minorité (Romano, Binder, Cottier, Fluri, Jauslin, Pfister Gerhard, Silberschmidt) a rejeté le projet au vote sur l'ensemble définitif et propose par conséquent de ne pas entrer en matière.

4 **Commentaire des dispositions**

Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la transparence (LTrans)⁷

Art. 17 Gratuité de la procédure d'accès aux documents officiels

Le principe de la gratuité de l'accès aux documents officiels est inscrit à l'art. 17, al. 1.

Exception

L'art. 17, al. 2, régit les cas où il est fait exception à ce principe. Cette disposition prévoit que, à titre exceptionnel, «l'autorité peut percevoir un émolument lorsque la demande d'accès nécessite un surcroît important de travail de sa part». Il faudra ensuite régler dans l'ordonnance du 24 mai 2006 sur la transparence (OTrans) le nombre d'heures de travail à partir duquel un émolument pourra être envisagé et le tarif horaire du travail fourni au-delà de ce seuil (au sujet des modifications de l'OTrans, voir les explications concernant l'exécution). On créera ainsi une réglementation transparente et claire sur le seuil à partir duquel les coûts sont facturés.

L'art. 17, al. 2, contient également un montant maximal. Le but est d'empêcher que les autorités puissent éventuellement se servir des émoluments pour dissuader les intéressés de faire une demande. La jurisprudence a déjà abordé cette thématique: le Tribunal administratif fédéral a par exemple jugé exagéré un émolument de 16 500 francs facturé à une association et l'a réduit à 8000 francs⁸. Il a par contre trouvé justifié un émolument de 4000 francs facturé à un journaliste pour une demande d'accès ayant généré 80 heures de travail⁹. Toutefois, l'intégralité de la charge de travail a été facturée dans ces cas. Vu que le projet prévoit que la charge de travail n'est prise en considération qu'à partir d'un certain nombre d'heures de travail fixé dans l'ordonnance, il est proposé de fixer un montant maximal de 2000 francs.

Une minorité I (Cottier, Binder, Fluri, Jauslin, Romano, Silberschmidt, Streiff) prévoit la même disposition, à la différence qu'elle ne fixe pas de montant maximal. Elle estime qu'il n'y a pas lieu de fixer le montant d'un émolument au niveau de la loi.

Une minorité II (Addor, Bircher, Buffat, Marchesi, Rutz Gregor, Steinemann) souhaite répondre à un souhait exprimé par plusieurs participants à la consultation et propose qu'un émolument ne puisse être perçu que si le surcroît important de travail

⁷ RS 152.3

⁸ Arrêt du TAF A-2589/2015

⁹ Arrêt du TAF A-3299/2016

nécessité par la demande est sans proportion avec l'intérêt public que présentent les documents requis. La commission rejette cette proposition, car elle estime difficile, dans la pratique, de définir ce que serait l'intérêt public dans ce contexte.

Enfin, la commission a décidé de porter au niveau de la loi la réglementation d'ordonnance actuelle selon laquelle le requérant est informé au préalable si l'autorité envisage de prélever un émolument, ainsi que du montant de celui-ci.

Exécution

Le mandat de légiférer figurant à l'art. 17, al. 3, de la loi en vigueur, selon lequel le Conseil fédéral règle les modalités et fixe le tarif des émoluments en fonction des frais effectifs, est intégrée dans l'art. 17, al. 2. La réserve concernant les dispositions spéciales d'autres lois, toujours à l'al. 3, est abandonnée. Les cas où des lois spéciales prévoient effectivement une règle divergente (par ex. que l'accès à des documents du domaine concerné donne en principe lieu à émolument ou qu'un autre tarif est appliqué) sont déjà pris en compte dans les dispositions spéciales réservées au sens de l'art. 4, let. b, LTrans, selon lequel les lois spéciales peuvent prévoir des conditions dérogeant à la LTrans pour l'accès à certaines informations.

Le nouvel al. 3, qui reprend les dispositions de l'actuel al. 2, prévoit que les procédures de médiation au sens de l'art. 13 LTrans et les procédures de décision au sens de l'art. 15 LTrans ne peuvent être soumises à des émoluments.

La révision de l'art. 17 LTrans oblige à adapter la section 5 de l'OTrans, qui concerne les émoluments (art. 14 à 16 OTrans et annexe 1). Outre les modifications déjà mentionnées, les dispositions de l'OTrans peuvent être conservées telles quelles, à de légères adaptations près, mais limitées aux cas où un émolument peut être exigé à titre exceptionnel.

Frais de matériel

L'art. 17, al. 4, qui autorise les autorités à facturer des émoluments pour la remise de supports d'information matériels, reste inchangé. Les autorités pouvaient facturer ces frais avant l'entrée en vigueur de la LTrans et le législateur a souhaité conserver cette pratique après l'adoption de la loi¹⁰.

Disposition transitoire

La nouvelle disposition transitoire de l'art. 23a précise que les demandes d'accès pendantes au moment de l'entrée en vigueur de la modification sont régies par l'ancien droit. La modification n'a donc aucun effet rétroactif.

5 Conséquences financières

L'inscription dans la loi du principe de la gratuité de l'accès aux documents officiels n'aura probablement que des conséquences financières minimales. En 2018, seuls 2,6 % de toutes les demandes reçues ont fait l'objet d'émoluments. Autrement dit,

¹⁰ FF 2003 1807, 1869

les autorités n'ont exigé aucun émolument pour l'accès à des documents officiels dans plus de 97 % des cas, alors même que le montant total des émoluments perçus en 2018 s'élevait à 13 358 francs (cf. ci-dessus). Ces chiffres baisseront probablement avec l'accès gratuit aux documents officiels, même si des émoluments pourront être facturés pour les demandes nécessitant beaucoup de travail.

6 Bases légales

Les modifications de la LTrans proposées reposent sur la compétence de l'Assemblée fédérale de traiter les objets qui relèvent de la compétence de la Confédération et qui ne ressortissent pas à une autre autorité fédérale (art. 173, al. 2, Cst.).

