

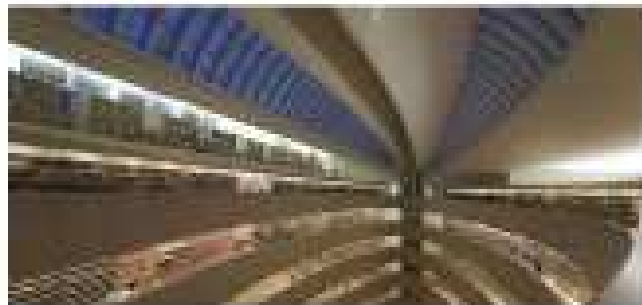
Émoluments d'accès et secret d'affaires: *gare aux abus!*

BERTIL COTTIER

UNIVERSITÀ DELLA SVIZZERA ITALIANA



Un petit détour par les bibliothèques des universités suisses pour commencer....



Le principe de l'accès payant: art. 19 al. 1 LTrans

Für den Zugang zu amtlichen Dokumenten wird in der Regel eine Gebühr erhoben

L'accès aux documents officiels est en principe soumis au paiement d'un émolument.

L'accesso a documenti ufficiali è di norma soggetto al versamento di un emolumento.

Un principe qui ne va pas de soi...

A l'étranger: la majorité des pays consacrent le principe de gratuité

- Sauf USA, Allemagne et Indes (notamment)

En Suisse: gratuité dans tous les cantons (sauf SG, SZ et ZH)

- Exceptions à la gratuité: requêtes répétitives, dispendieuses et la fourniture de copies

Instruments internationaux:

- Convention de Tromsø: gratuité (copies à prix peu coûteux, art. 7 et 8)
- Convention de Århus: émolument possible, mais il « ne doit pas dépasser un montant raisonnable » (art. 4 al. 8)
- UE: gratuité

Un principe qui est né dans la douleur...

Pas prévu par l'avant-projet de LTrans

Introduit par le CF suite à la procédure de consultation

Combattu par la Commission des affaires juridiques du Conseil National

Finale**ment adopté à une courte majorité** par le CN (plus largement au CE).

Pourquoi faire payer le requérant?

LE MOTIF AVOUABLE

Efficienc e de l'administration:

“(…) öffentliches Interesse an einer zweckmässigen und rationellen Verwaltung „ (ATAF A-2589/2015, cons. 5.1)

neutralité des coûts

éviter la paralysie de l'administration par surabondance des requêtes

LE MOTIF MOINS AVOUABLE

Dissuader les investigations:

“Die Gebührenfreiheit könnte Schule machen und den Appetit wecken” CF Blocher (BO/CN 2004 1264)

Un principe qui n'est pas absolu

*Outre la simplicité et la rapidité de la procédure, le niveau très modeste des émoluments est cependant un élément clef du principe de transparence. Si les pressions exercées sur l'administration pour obtenir un fonctionnement rationnel ne cessent d'augmenter, celles-ci ne doivent **pas venir entraver** l'accès aux documents de manière notable (Message LTrans, FF 2003 1867).*

Soit, mais le régime des exceptions manque de clarté (certaines exceptions sont bien définies, d'autres moins); de plus il résulte d'un cadre juridique éclaté.

Les exceptions claires

(art. 17 al. 2 LTrans)

- a. la procédure de médiation et la procédure en première instance sont sans frais.
- b. Les besoins particuliers des handicapés ne sont pas pris en compte
- c. Les demandes qui occasionnent ***peu de frais*** sont exemptées



*Délégation au Conseil fédéral (al. 3):
Les émoluments inférieurs à 100 francs ne
sont pas facturés (art. 15 OTrans)*

D'autres exceptions sont moins claires (art. 15 Otrans)...

- a. *Possibilité* de réduction de l'émolument, voire remise, en cas de refus d'accès ou d'accès partiel
- b. *Possibilité* d'exemption si la décision ou la prestation sert un intérêt public prépondérant (renvoi à l'art. 3 al. 2 de l'ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments)
- c. *Tarif privilégié pour les médias* (depuis 2014): au moins 50 % de réduction (sauf si « la demande d'accès nécessite un surcroît important de travail »), voir aussi ATF 139 I 114 et arrêt du TF 1C_550/2013 .
- d. *Autre possibilité*: L'accès aux documents officiels est *en principe (in der Regel, di norma)* soumis au paiement d'un émolument



Vaste marge d'appréciation

Mais celle-ci doit être utilisée dans l'esprit d'ouverture prôné par la Ltrans

ATF 139 I 114

Bei der dort vorgesehenen Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die Medien zur seriösen Wahrnehmung ihrer Funktionen - namentlich ihrem Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung und zur Kontrolle behördlicher Tätigkeiten (BGE 137 I 8 E. 2.5 S. 12) - regelmässig auf den Zugang zu amtlichen Dokumenten angewiesen sind und die Kumulation von (für sich allein bescheidenen) Gebühren sich als tatsächliche Zugangsbeschränkung auswirken könnte. Hinzu kommt, dass es auch im Interesse der Verwaltung liegt, wenn die Medien seriös, gestützt auf amtliche Dokumente, über Themen von aktuellem Interesse informieren, und die Behörden damit in ihrem Informationsauftrag unterstützen. Insofern ist - entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts - grundsätzlich davon auszugehen, dass ein öffentliches Interesse am Zugang der Medien zu öffentlichen Dokumenten besteht, das einen Gebührenverzicht rechtfertigen kann, auch wenn die Informationsbeschaffung nicht von geradezu existentieller Bedeutung ist.

Un cadre juridique éclaté

TEXTES SUPPLÉTIFS

Ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments, notamment débours (art. 6), avances (art. 10), échéance (art. 12), remise (art. 13) et prescription (art. 14).

Recommandations CSG relatives à la perception d'émoluments pour l'accès aux documents officiels (22 novembre 2013)

RÉGIMES DÉROGATOIRES

Documents commerciaux: prix de vente

Documents déposés aux Archives fédérales: gratuité (art. 9 Lar)

Droit d'accès en vertu de la loi sur la protection des données: gratuité (art. 8 al. 5 LPD)

Calcul des émoluments

L'émolument pour l'examen et la préparation des documents officiels est de **100 francs par heure de travail** (annexe 1 de l'OTrans).

Que peut-on facturer?

- La lecture du document
- L'examen de son accessibilité (art 7, 8 et 9 LTrans), y compris la consultation de tiers selon art. 11 Ltrans ou de spécialistes
- La préparation du document, i.e caviardage (Verschwärzung) et anonymisation

Que ne peut-on pas facturer?

- La recherche du document
- Les entretiens avec le requérant
- Les frais de traduction dans la langue de la personne entendue au titre de l'art. 11 al. 1 LTrans (ATAF A-2589/2015)
- Les frais d'expédition

Le «devis» (art. 16 OTrans)

Si les frais risquent de dépasser 100 CH, l'autorité requise informe le requérant de l'estimation des frais.

- L'estimation doit être motivée (détails des différents coûts prévisibles entrant en considération)
- La somme indiquée constitue un plafond qui ne pourra pas être dépassé
- Ne peut pas faire l'objet d'une médiation, sauf s'il est excessif (Recommandation PFPDT du 4 décembre 2012)
- Le devis a qualité de décision incidente attaquable ATAF 4 novembre 2015 (Schutzverband der Bevölkerung um den Flugplatz Buochs c./ armasuisse A-2589/2015, cons. 1.2.3)

Le requérant a 10 jours à compter de la réception du devis pour confirmer sa requête.

Médiation non, mais...

13. Ist zum Zeitpunkt der Prüfung der voraussichtlichen Gebühren (also vor der materiellen Beurteilung des Zugangsgesuchs) der angekündigte Betrag hingegen **derart exzessiv**, dass er eine abschreckende Wirkung auf die Aufrechterhaltung des Gesuchs hat, kommt dies einer materiellen Zugangsbeschränkung bzw. -verweigerung gleich.

Recommandation PFPDT du 4 décembre 2012; voir aussi Recommandation du 30 janvier 2015.



«Wiedererwägung»

Décision incidente attaquable

Würde vorliegend auf die Überprüfung der Zwischenverfügung nicht eingetreten, so bliebe das Kostendach unverändert bestehen und der Beschwerdeführer müsste damit rechnen, eine maximale Gebühr von Fr. 16'500.00 entrichten zu müssen.

Mit der Offenlegung seiner beschränkten finanziellen Mittel legte der Beschwerdeführer nachvollziehbar dar, dass eine Gebühr in besagter Höhe für ihn eine schwere Belastung bedeuten würde. In der Konsequenz ist davon auszugehen, dass ihn **dieses Kostenrisiko da-von abhalten könnte, weiterhin an seinem Zugangsgesuch festzuhalten**. Mit einem entsprechenden Rückzug entginge ihm nebst der Überprüfung seines Zugangsgesuchs jedoch auch die Möglichkeit, einen für ihn günstigen Endentscheid zu erwirken, der die Verwaltungsgebühr in seinem Sinne reduzieren könnte.

Darin ist ein nicht wieder gutzumachender Nachteil zu erblicken. Die angekündigte Gebührenhöhe wirkt abschreckend und kommt einer materiellen Zugangsbeschränkung gleich.

ATAF A-2589/2015 du 4 novembre 2015 (Schutzverband der Bevölkerung um den Flugplatz Buochs c./ armasuisse)

En pratique...

- Frais facturés sont mesurés
 - 2012: 6 322 fr.; 2013: 6 502 fr.; 2014: 2 600 fr.
- En moyenne, **97 %** des demandes ne sont pas facturées.
 - raisons diverses: frais inférieurs à 100 fr, mais aussi complexité de la procédure de facturation, volonté d'éviter des recours, voir même esprit d'ouverture (!), etc.
- Pratique disparate: **«Chacun à sa façon»**
 - Circulaire 2014 de la Chancellerie de la Confédération pour rappeler qu'en principe l'accès est payant.
 - 2015: 13 663 fr !

Les améliorations envisageables

Consolider et préciser les règles de perception

Augmenter le seuil de perception: p. ex. 500 fr.

Plafonner les frais: p. ex. max. 250 fr.

Exempter les demandes de grand intérêt public

Plutôt que de bricoler, il vaut mieux consacrer la gratuité

Simplifie et accélère la procédure

Renforce le principe de l'accès anonyme

Égalité de traitement médias et société civile

Et surtout: : « Wenn wir das Öffentlichkeitsprinzip einführen wollen, dann können und dürfen wir nicht wieder auf dem Wege der Erhebung von Gebühren die Schwelle erhöhen und damit das ganze Prinzip zunichte machen » (Joder, BO/CN 2004 1264)

Edith Graf-Litscher (PS, TH)

Initiative parlementaire 16.432

Gestützt auf Artikel 160 Absatz 1 der Bundesverfassung und Artikel 107 des Parlamentsgesetzes reiche ich folgende parlamentarische Initiative ein:

Die rechtlichen Grundlagen sind so zu ändern, dass für den Zugang zu amtlichen Dokumenten in der Regel **keine Gebühr** erhoben wird und dass nur in begründeten Ausnahmefällen, wenn der Aufwand der Verwaltung in keinem vertretbaren Verhältnis zum öffentlichen Interesse steht, eine Gebühr für den Zugang zu amtlichen Dokumenten erhoben wird.

Passons au secret d'affaires

(art. 7 al. 1 litt. g Ltrans)

Une thématique tout aussi controversée que les émoluments

- [Directive 2016/943](#) UE du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites

Mais la controverse est d'une nature différente:

- ce motif de protection d'un intérêt privé existe dans toutes les législations sur la transparence
 - à l'étranger comme dans les cantons
- le débat ne porte donc pas sur la pertinence de ce motif, mais sur son utilisation excessive

Le nœud du problème: un vaste réservoir d'informations commerciales

Procédure d'autorisations, d'octroi de concessions

Marchés publics, commandes de fournitures et d'équipements

Délégations de tâches publiques

Subventionnements, aides à l'exportations

Surveillance des marchés

Statistiques

Perception des impôts et autres contributions fiscales

Etc.

Secret d'affaires: une notion qui n'est pas nouvelle

Pas propre à la LTrans: on la retrouve dans plusieurs autres lois fédérales: notamment 162 CP, 321 al. 4 a CO, 4 et 6 LCD, 16 LCart)

Mais nulle part de définition légale

Rien n'interdit une interprétation autonome, mais la jurisprudence tend à consacrer une notion commune du secret d'affaires (harmonisation horizontale)

- Aussi harmonisation verticale (Cour de justice GE 23 février 2016: «Dans la mesure où les différentes législations sur la transparence visent le même but et reprennent des principes de base globalement identiques, la jurisprudence rendue sur la base de la LTrans peut en principe être transposée à la LIPAD”)

Des secrets d'affaires, mais aussi des secrets professionnels ou de fabrication

Les secrets de fabrication porte généralement sur un savoir technique, soit une connaissance relative à la manière de créer un bien (recette de fabrication, résultats de recherches, processus ou moyen de production, liste de composants, etc.)

Les secrets professionnels protègent la confidentialité des informations relatives aux clients, notamment ceux des professions libérales

Ces deux notions sont plus restreintes et plus clairement définies que le ***vaste et vague concept de secret d'affaires***

Trois certitudes...

1. la protection **ne s'étend pas à toutes les informations commerciales**
2. des entreprises en situation de monopole (ou quasi monopole), car pas de rapport de concurrence
 - Mais peuvent être des secrets privés (art. 7 al. 2 LTrans)
3. statut particulier des données sur les émissions de polluants pertinentes pour la protection de l'environnement qui sont par définition publiques (art. 4 al. 4 de la Convention de Århus)

Un secret....

Peut être qualifié de secret, tout fait qui n'est

- (a) ni notoire ni généralement accessible au public
- (b) que le maître du secret ne veut pas divulguer
- (c) en raison d'un intérêt justifié,

ATAF 1592/2014 du 22 janvier 2015

Ni notoire, ni généralement accessible...

„Auf der Webseite des Maler- und Gipserunternehmer Verbands Baselland < <http://www.mgvbl.ch> > Mitglieder, besucht am 1. Oktober 2013, werden alle Unternehmen, welche Mitglieder dieses Verbandes sind, einzeln aufgeführt und somit allgemein zugänglich gemacht. Daraus geht hervor, dass die betroffenen Unternehmen ihre Mitgliedschaft bei dem Maler- und Gipserunternehmer Verband Baselland nicht geheim halten wollen. Durch den Zugang zu den Dokumenten ist demnach nicht mit der Offenbarung von Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen zu rechnen.“

ATAF A-5489/2012 du 8 octobre 2013

Que le maître du secret ne veut pas divulguer ...

Le maître du secret doit avoir pris un certain nombre de précautions pour éviter que ces informations ne soient accessibles.

Par exemple:

- insertion de clauses de confidentialité dans les contrats passés avec des tiers
- instructions spécifiques aux employés de l'entreprise
- mots de passe
- classification du document

Un secret... d'affaires

Sa révélation peut conduire à une distorsion de concurrence entre acteurs du marché:

- Perdre un avantage compétitif ou subir un désavantage concurrentiel
- «Der Beauftragte bezweifelt, dass im Verlagswesen der wissenschaftlichen Publikationen überhaupt ein klassischer Wettbewerb zwischen den verschiedenen Anbietern im Sinne dieser Ausnahmebestimmung besteht. Vielmehr dominieren einige wenige grosse Verlagshäuser den Markt und bieten stark spezialisierte Publikationen an, zu denen es keine oder kaum eine Alternative gibt. Folglich haben interessierte Bibliotheken oft keine andere Wahl, als eine bestimmte Publikation eines bestimmten Verlags einzukaufen. Unter diesen Umständen kann kaum von einer Konkurrenzsituation gesprochen werden.» (Recommandation PPDT du 10 juillet 2015)

Typologie

- Sources d'achat et d'approvisionnement,
- Stratégie commerciale, en particulier politiques des prix ou des rabais
- Plan de lancement d'un produit
- Calcul du prix
- Liste de clients
- Projets de recherches prévus ou en cours
- Documents sur la solvabilité de l'entreprise

Mais pas de protection pour des études de la situation du marché en general ou des analyses des autres acteurs du marché (aucun lien direct avec l'entreprise)

En pratique

Motif de refus très «populaire»...mais exigeant car l'examen du critère de la distorsion de concurrence implique une analyse fouillée de la conséquence d'une publication

L'administration trop souvent n'y procède pas mais fait sienne les allégations de l'entreprise concernée

- “Dans tous les cas de figure, une référence générale à des secrets d'affaires ne suffit pas ; le maître du secret doit toujours indiquer concrètement et en détail, pourquoi une information est couverte par le secret” (ATAF A-3649/2014 du 25 janvier 2016)

Tribunal fédéral

25 décembre 2015

Selbst wenn der Geheimnisbegriff in diesem Zusammenhang weit verstanden wird, ist hier jedoch, wie bereits dargelegt, nicht ersichtlich, inwiefern die Publikation der vom Eidgenössischen Finanzdepartement in einem Jahr geleisteten Geldsummen als Gesamt- oder grobe Teilbeträge nach der Art der Leistung sowie nach den grössten Organisationseinheiten Rückschlüsse auf irgendwie geartete Geschäftsgeheimnisse einer Unternehmung zulassen könnten. Die entsprechenden Vorbehalte des Bundesamtes sind weder belegt noch nachvollziehbar.

Examiner les circonstances, oui mais...

Consultation des entreprises et personnes concernées?

- Pas prévu par LTrans (seulement pour des données personnelles au sens art. 7 al. 2 Ltrans)
- En pratique, cela se fait couramment: « In der Praxis werden die Betroffenen angehört und gebeten, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse im Dokument zu bezeichnen. Um Geschäftsgeheimnisverletzungsklagen abzuwenden, wird die Deutungshoheit darüber, welche Informationen als Geschäftsgeheimnis gelten, zu einem grossen Teil den betroffenen Unternehmen überlassen. Evaluation LTrans 2014, p. 88

Le remède du Conseil fédéral:

« Le Conseil fédéral souhaite résoudre ces problèmes par différentes mesures et a chargé à cette fin le DFJP de préparer une révision partielle de la LTrans. Les entreprises dont les secrets d'affaires et de fabrication sont ou pourraient être concernés par des demandes d'accès ne sont aujourd'hui pas suffisamment impliquées dans la procédure ».

Le remède n'est pas dans une modification législative...mais dans un retour aux sources

Il faut revenir à une interprétation restrictive, valable d'ailleurs pour toutes les exceptions à la transparence institués par l'art. 7 LTrans:

- Atteinte d'une certaine intensité (et non désagrément mineur)
- Risque hautement probable (et non simplement concevable), selon le cours ordinaire des choses
- Dans les cas limites il est indiqué d'opter en faveur de l'accès (ATAF [A-6054/2013](#) du 18 mai 2015)