La gouvernance de la confidentialité des autorités cantonales a-t-elle été adaptée à l'arrivée de la transparence ?

Christian Flueckiger, le 25 février 2021

L'arrivée des règles de la transparence a ouvert une grande brèche dans le secret de fonction, que le Tribunal fédéral ne cesse d'agrandir d'arrêt en arrêt sur ce thème. Les autorités cantonales ne peuvent pas se reposer sur le devoir de diligence et de fidélité pour garder la maîtrise sur la gouvernance de l'information « transparente ».

Introduction

Le droit d'accès aux documents officiels concrétise le but essentiel de la transparence, qui est de renverser le principe du secret de l'activité de l'administration au profit de celui de transparence quant à la mission. Ainsi, toute personne a le droit de demander à consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités, sans devoir justifier d'un intérêt particulier. Les règles sur la transparence fondent donc une présomption en faveur du libre accès aux documents officiels[1].

Autrement dit, seules les informations détenues par l'État , qui sont rendues secrètes par la législation spéciale ou qui tombent sous une des exceptions prévues dans la loi sur la transparence elle-même, restent susceptibles d'être soumises au secret de fonction[2].

Au regard de cette réalité, pas encore ancrée dans les gènes de l'administration, se pose la question de savoir si la gouvernance, actuelle et quotidienne, de la confidentialité des données traitées par le personnel de l'administration est encore adaptée. Pour un début de réponse, il n'est pris en compte que le droit des Cantons du Jura et de Neuchâtel, ainsi que les données non personnelles, afin de simplifier les explications.

Pratique dans l'administration jurassienne et neuchâteloise

Le devoir de confidentialité du personnel administratif jurassien réside à l'article 25 de la Loi sur le personnel de l'État, intitulé « secret de fonction ». Il est interdit à l'employé de divulguer des faits dont il a eu connaissance dans l'accomplissement de son travail et qui doivent rester secrets en raison de leur nature, des circonstances ou d'instructions spéciales. Dans les mêmes limites, il lui est interdit de communiquer à des tiers ou de conserver par-devers

lui, en original ou en copie, des documents de service. L'administration neuchâteloise connaît une règle rédigée à peine différemment, à l'article 20 de la Loi sur le statut de la fonction publique (LSt), mais qui est identique sur l'étendue de la norme. La violation de ces devoirs est notamment réprimée par l'article 320 du Code pénal.

En parallèle, le personnel administratif est soumis à un devoir de fidélité et de diligence. L'article 15 LSt prévoit que le personnel administratif doit se montrer digne de la confiance que leur situation officielle exige. Il accomplit ses tâches avec engagement, fidélité, honnêteté et impartialité, dans le respect des instructions reçues. La disposition jurassienne[3] est rédigée différemment puisque les employés sont tenus de remplir leurs obligations avec diligence, compétence et efficacité, selon les règles de la bonne foi. Mais l'étendue des devoirs reste relativement similaire.

Pour l'instant, les dirigeants de l'administration se reposent essentiellement sur la soumission au secret de fonction et sur le devoir de fidélité pour s'assurer que les informations ne transpirent pas à l'extérieur de manière inappropriée.

Or désormais, un document qualifié d'officiel n'est manifestement pas soumis au secret de fonction, si aucune exception n'empêche l'accès[4]. Autrement dit, si l'application des règles relatives à la transparence légitiment la révélation des informations, l'agent public n'a pas le droit de garder secret le document demandé par quiconque[5]. Par exemple, si une personne employée par le Ministère public jurassien ou neuchâtelois communiquait sur demande à des tiers les directives internes qui déterminent les cadres et les conditions des peines à infliger aux auteurs de certains délits, elle ne commettrait pas une violation du secret de fonction, puisque la jurisprudence a admis qu'elles étaient accessibles sans restriction[6] ; quand bien même les informations paraîtraient d'une haute importance stratégique aux yeux des autorités pénales. Depuis lors, les directives genevoises se trouvent sur internet[7]. Dans une ordonnance pénale de classement fribourgeoise du 22 octobre 2019 relative à une poursuite pour violation de secret de fonction, le procureur extraordinaire a d'ailleurs suivi le même raisonnement[8]. Celui-ci relève que si des informations peuvent être accessibles sur une simple demande d'un citoyen, les informations ne peuvent dès lors plus être qualifiées de secrètes au sens du secret de fonction[9].

En pratique, il n'est pas rare de croiser des directives précisant la manière d'appliquer des règles légales au cas par cas. De même qu'il arrive fréquemment que les demandeurs de tels documents essuient un refus catégorique. Aux yeux de l'administration, il est traditionnellement inconcevable que les destinataires d'une décision connaissent les « mots d'ordre »

internes lorsqu'il s'agit d'exercer une capacité d'appréciation.

Faute de pouvoir se reposer sur le secret de fonction pour empêcher le personnel de l'administration de communiquer à des tiers ce type de directives, sans s'en référer préalablement à la hiérarchie, les autorités peuvent-elles se fonder sur le devoir de diligence et de fidélité ?

Selon le Tribunal fédéral, ce dernier impose aux employés, dans le cadre restreint de la communication à des tiers, de ne pas utiliser, ni révéler, des faits destinés à rester confidentiels, dont ils ont pris connaissance au service de l'employeur. L'obligation de discrétion s'étend non seulement aux faits que l'employeur a expressément qualifié de secrets, mais aussi à tous ceux dont il apparaît, selon les circonstances, que l'employeur veut en interdire la divulgation ; l'intérêt légitime au maintien du secret est présumé[10].

Cette définition, bien qu'émanant du droit privé, rejoint passablement celle des lois cantonales précitées relatives au secret de fonction, tant dans son étendue que dans ses conditions. On constate que l'information doit être expressément qualifiée de secrète par l'employeur, ou qu'il apparaît que ce dernier veut en interdire la communication, pour qu'elle soit soumise au devoir de confidentialité compris dans celui de diligence et fidélité. Or, il n'est pas imaginable que l'administration puisse déclarer confidentiel et imposer le secret sur des informations destinées à être accessibles selon les règles de la transparence[11] ; du moins pas sans base légale formelle.

Par conséquent, un employé de l'administration qui communiquerait un document accessible selon les règles de la transparence[12] ne pourrait pas faire l'objet d'une poursuite pénale pour violation du secret de fonction, ni administrative pour violation de son devoir de fidélité et diligence.

En conclusion, si les autorités neuchâteloises et jurassiennes souhaitent éviter que les communications précitées se fassent en dehors de toute supervision, et souhaitent avoir une gouvernance active de la communication des informations accessibles au sens des règles sur la transparence, elles devraient adopter des dispositions formelles dans leurs lois respectives sur le personnel, puisqu'il s'agit d'une restriction de la transparence, au sens de l'article 69 al. 4 CPDT-JUNE. Pour ce faire, celles-ci devraient préalablement répondre aux exigences requises pour restreindre un droit constitutionnel, telles que le respect du principe de la proportionnalité et la présence d'un intérêt public.

À relever que le risque d'une « perte de maîtrise » de la communication d'informations offi-

cielles, à commencer par le « timing » choisi, est moindre. Il n'est pas facile pour un employé d'évaluer en amont et avec certitude qu'un document est parfaitement accessible selon la CPDT-JUNE, surtout que les exceptions sont nombreuses et parfois délicate à appréhender (l'intérêt public peut par exemple reporter l'accès). Néanmoins, une information destinée à être infailliblement publiée prochainement pourrait « sortir » plus rapidement que prévu sans que l'auteur de la communication puisse être sanctionné. De même qu'un document identique, similaire à un autre, déjà déclaré accessible, pourrait être adressé aux journalistes en total impunité, tels qu'un rapport d'impact ou d'audit, des conventions de départ, ainsi que des directives internes[13].

1. Arrêt du TF 1C_59/2020 du 20 novembre 2020, consid. 4.1 ; arrêt du TAF 1C_533/2018 du 26 juin 2019, consid. 2.1 (et réf. citées).
2. Dominique Hänni, Vers un principe d'intégrité de l'administration publique, la prévention de la corruption en droit administratif, Schulthess, CG, 2019, p. 173 et 178, N. 433 et 449 ; Sylvain Métille, L'utilisation de l'informatique en nuage par l'administration publique, PJA 2019 p. 609 (612); Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, Mise en œuvre du principe de la transparence dans l'administration fédérale : questions fréquemment posées, Q. 1.1.2 et 1.1.3.
3. Art. 22 LPers.
4. Dominique Hänni, Vers un principe d'intégrité de l'administration publique, la prévention de la corruption en droit administratif, Schulthess, CG, 2019, p. 178 et 180 s, N. 449 et 457.
5. Dominique Hänni, Vers un principe d'intégrité de l'administration publique, la prévention de la corruption en droit administratif, Schulthess, CG, 2019, p. 178, N. 450.
6. Arrêt Tribunal fédéral du 13 juin 2016, 1C_604/2015.
7. http://ge.ch/justice/directives-du-procureur-general.
8. Ordonnance de classement du procureur extraordinaire du Ministère public fribourgeois du 22 octobre 2019, FG1/F 17 4249.
9. Voir aussi Dominique Hänni, Vers un principe d'intégrité de l'administration publique, la prévention de la corruption en droit administratif, Schulthess, CG, 2019, p.178, N. 450.
10. ATF 127 III 310 consid. 5a.
11. Dominique Hänni, Vers un principe d'intégrité de l'administration publique, la prévention de la corruption en droit administratif, Schulthess, CG, 2019, p. 180, N. 455 et 458 ; Frédéric Erard, Le secret médical. Etude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, Thèse, 2020, p. 211 et 515, N. 534 et 1325.
12. Art. 69 ss PDT-JUNE, RSN 150.30, RSJU 170.41.
13. Voir https://www.ppdt-june.ch/fr/Activites/Conciliations.html.

Proposition de citation : Christian FLUECKIGER, La gouvernance de la confidentialité des autorités cantonales a-t-elle été adaptée à l'arrivée de la transparence ?, 25 février 2021 *in* www.swissprivacy.law/57

Les articles de swissprivacy.law sont publiés sous licence creative commons CC BY 4.0.