

Da: Prof. Bertil Cottier

E-mail: Bertil.Cottier@usi.ch

Data: 31 agosto 2014

AVIS DE DROIT
SUR LA PUBLICITÉ
DE LA LISTE DES ACTIVITÉS ACCESSOIRES DES JUGES
DE LA COUR SUPRÊME ET DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DU CANTON DE BERNE

Remarques préliminaires

0.1 Sur le mandat confié

0.11 Le présent avis de droit a été établi sur demande du 8 juillet 2014, émanant de la Commission de Justice du Grand Conseil du canton de Berne (ci-après la Commission de Justice).

Il répond à deux questions relatives à la publicité de la liste des activités annexes que les juges de la Cour suprême et du Tribunal administratif sont autorisés à exercer, à savoir :

1) Braucht es für die Einsichtnahme von Dritten in die Liste eine ausdrückliche formelle-gesetzliche Grundlage bzw. ist die Einsichtnahme im vorliegenden Fall zu verweigern?

2) Ist für den Fall, dass eine vollumfängliche Einsichtnahme in die Liste erfolgen darf, eine anonymisierte Einsichtnahme möglich und wenn ja, in welchem Umfang müsste eine solche Anonymisierung erfolgen?

0.12 Ces questions ont été provoquées par la demande d'accès à ladite liste qu'ont déposé deux journalistes de la Berner Zeitung, début juin 2014.

0.13 Le soussigné a eu pleinement accès à la liste pour 2013¹ ; il a notamment pu se rendre compte des catégories d'informations qu'elle contient.

0.14 Le présent avis a été rédigé en langue française. Il a été ensuite traduit en allemand par les soins de l'administration cantonale bernoise. Le soussigné a pu vérifier la parfaite concordance de la version allemande avec l'original français.

0.2 Sur les sources juridiques pertinentes pour le présent avis

0.21 Le Grand Conseil du canton de Berne a adopté le 2 novembre 1993 la loi sur l'information du public (ci-après LIn, RSB 107.1). Ce texte, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995, consacre en son chapitre 3, intitulé *Demande du public*, le principe de publicité des documents administratifs. Plus précisément ce chapitre établit le droit de tout à chacun d'accéder aux documents détenus par les autorités cantonales, définit les exceptions à ce droit et précise la procédure d'accès (article 27-31 LIn). La LIn concrétise ainsi l'article 17 alinéa 3 de la constitution cantonale qui dispose que : «Toute personne a le droit de consulter les documents officiels, pour autant qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose».

0.22 Le canton de Berne faisait ainsi œuvre de pionnier: il était en effet le premier à reconnaître en Suisse le droit des citoyens de consulter des documents officiels². Suivant l'exemple bernois, une douzaine de cantons ont aussi adopté des législations sur la publicité des documents officiels³ ; en 2006, c'était au tour de la Confédération de faire de même par le biais de la loi fédérale sur la transparence de l'administration⁴. Même si ces textes ne sont pas pareils (le nombre des exceptions à la transparence et les modalités d'accès varient d'un canton à l'autre), il n'en demeure pas moins qu'ils « fonctionnent sur un schéma commun largement

¹ En fait, il s'agit de deux listes, une pour les juges de la Cour suprême, l'autre pour ceux du Tribunal administratif.

² A ce jour le principe de publicité des documents administratifs est reconnu dans plus de soixante de pays dont presque tous les Etats européens.

³ Dans un ordre chronologique : Soleure, Genève, Vaud, Jura, Schaffhouse, Uri, Neuchâtel, Zurich, Argovie, Schwyz, Valais, Fribourg, Bâle-Ville, Bâle-Campagne et Tessin.

⁴ RS 152.3.

identique »⁵, car ils procèdent tous de la volonté de renverser le paradigme du secret de l'administration, qui prévalait jusqu'alors⁶, pour lui substituer un nouveau paradigme celui de la publicité.

0.23 Cette identité d'objectif et de structure nous autorise à analyser le cas présent non seulement à la lumière de la (rare) jurisprudence et doctrine bernoise interprétant la LIn, mais aussi de tirer parti de la doctrine et de la jurisprudence fédérales sur le principe de publicité (en particulier les Recommandations du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence).

Questions 1 et 2: Braucht es für die Einsichtnahme von Dritten in die Liste eine ausdrückliche formelle-gesetzliche Grundlage (1) bzw. ist die Einsichtnahme im vorliegenden Fall zu verweigern? (2)

Réponses : (1) En vertu de l'article 2 LIn, combiné à l'article 12 alinéa 2 de la loi sur le Grand Conseil, l'accès aux listes des activités annexes des juges à la Cour suprême et au Tribunal administratif est pleinement régi par la loi sur l'information. Une base légale spéciale est superflue.

(2) La consultation des deux documents requis doit être pleinement autorisée. Aucun intérêt supérieur public ou privé ne s'oppose à leur remise aux requérants.

Motifs :

1. L'applicabilité de la LIn au cas présent

1.1 Comme la plupart des lois cantonales sur la transparence de l'administration⁷, la LIn s'applique à toutes les autorités cantonales, et non aux seules autorités administratives. L'article 2 LIn est on ne peut plus clair à ce sujet:

(1) La présente loi s'applique à toutes les autorités du canton et des communes.

(2) Sont réputés autorités : a les organes de l'Etat, de ses établissements et de ses collectivités (...).

En conséquence, le Grand Conseil, en tant qu'organe de l'Etat, est pleinement soumis à LIn.

⁵ Alexandre Flückiger, Les défis d'une administration publique plus transparente, in Alexandre Flückiger (éd.), La mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration, Zurich 2006, p. 8.

⁶ Comme le soulignait alors le Tribunal fédéral (ATF 104 Ia 88): « La liberté d'information, comprise dans la liberté d'expression et la liberté de la presse, n'oblige cependant pas les autorités de donner des informations ».

⁷ A l'inverse, la loi fédérale sur la transparence n'est pas applicable aux Chambres fédérales et à leurs commissions (art. 1 al. 1 *a contrario*).

1.2 Cela dit, la LIn contient à son article 4 alinéa 1 une disposition particulière qui prévoit que :

Les séances et les documents faisant l'objet des délibérations des commissions et d'autres organes du Grand Conseil ne sont en principe pas publics.

Cette disposition déroge à la LIn en ce sens qu'elle fait échapper à la transparence les documents relatifs aux débats au sein des commissions parlementaires.

Appliquée telle quelle au cas présent, cette disposition devrait conduire au rejet pur et simple de la demande d'accès aux deux listes litigieuses. Ces documents ont en effet été transmis par les tribunaux supérieurs bernois à la Commission de justice du Grand Conseil pour qu'elle approuve les activités annexes des juges concernés. Et ce, conformément à l'article 30 de la loi sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public (RSB 161.1) qui prévoit expressément que l'autorisation d'exercer une activité annexe est accordée par

la Commission de justice du Grand Conseil pour les membres de la Cour suprême, du Tribunal administratif et du Parquet.

1.3 On relèvera cependant que l'article 12 alinéa 2 de la loi sur le Grand Conseil (RSB 151.21) infirme ce point de vue. Cette disposition prévoit en effet que :

Les séances des organes qui, en vertu de dispositions spéciales, prennent des décisions définitives sont publiques.

Datant de 2013, la loi sur le Grand Conseil est postérieure à la LIn, qui elle remonte à 1993 ; en vertu du principe *lex posterior derogat priori*, les dispositions de ce texte qui consacrent un régime de l'information particulier l'emporte sur LIn. Tel est le cas de l'article 12 de la loi sur Grand Conseil qui institue la publicité des organes du Grand Conseil qui prennent des décisions définitives.

Cette disposition est pleinement applicable en l'espèce. La procédure d'autorisation des activités annexes des juges cantonaux est en effet régie par une norme spéciale, ledit article 30 de la loi sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public. De plus les décisions de la Commission de justice en la matière doivent être considérées comme définitive, aucune voie de recours n'est en effet prévue contre un refus d'autorisation.

1.4 Il est vrai que contrairement à l'article 4 alinéa 1 LIn, l'article 12 de la loi sur le Grand Conseil ne parle que de la publicité des séances et reste muette sur le statut public ou secret des documents à la base des délibérations. Il ne serait toutefois pas logique d'ouvrir au public les séances de la Commission de justice traitant des autorisations d'activités annexes pour ensuite occulter les documents dont le contenu a été évoqués lors de débats publics.

L'article 12 de la loi sur le Grand Conseil dérogeant ainsi l'article 4 LIn, reste à savoir ce qu'il en est des modalités d'accès. La loi sur le Grand Conseil n'instituant pas de règles particulières à ce

sujet, celles-ci devraient, cohérence juridique oblige, être définies par le droit commun de l'information consacré par LIn. Dès lors, c'est à la lumière de la LIn, et notamment des exceptions à la publicité et de la procédure d'accès qu'elle institue, que doit être examinée la demande d'accès aux deux documents litigieux.

2. La publicité des listes d'activité d'annexes des juges

2.1. Généralités

Tous les documents en mains des organes de l'Etat ne sont pas accessibles. A l'instar des autres législations suisses sur la transparence, la LIn consacre un certain nombre d'exceptions. C'est ainsi qu'un document officiel peut être refusé en présence d'un intérêt prépondérant, privé ou public, au maintien du secret (article 27 LIn).

Avant d'examiner plus en détails ces deux points décisifs, on relèvera d'abord que les documents requis sont incontestablement des documents officiels au sens de l'article 27 alinéa 1 LIn, car d'une part ils sont légitimement détenus par un organe de l'Etat (article 2 alinéa 2 LIn), d'autre part ils ont trait à l'accomplissement de tâches publiques (in casu, l'administration de la justice) ; partant, ils sont en soi soumis à la LIn.

On relèvera ensuite que la LIn ne fait pas échapper à son champ d'application les documents qui, comme les deux listes litigieuses, contiennent des données personnelles⁸. Cela dit, une protection renforcée est accordée aux documents qui contiennent des données dites « particulièrement dignes de protection » ; ils ne peuvent être consultés que si la personne concernée a expressément donné son accord (article 28 LIn)

2.2 Des informations particulièrement dignes de protection ?

2.21 Il convient donc d'abord d'examiner si les deux documents requis contiennent des informations susceptibles d'être qualifiées de particulièrement dignes de protection.

La notion de données « particulièrement dignes de protection » est définie à l'article 3 de la loi bernoise sur la protection des données (RSB 162.4) comme suit :

Est considérée comme donnée particulièrement digne de protection toute information relative a aux opinions, appartenances et activités religieuses, philosophiques ou politiques ainsi qu'à l'appartenance raciale; b à la sphère intime de la personne, en particulier à son état psychique, mental ou physique; c aux mesures d'aide sociale ou d'assistance; d aux enquêtes de

⁸ Stephan Brunner, Persönlichkeitsschutz bei der behördlichen Information der Öffentlichkeit von Amteswegen : Ein Leitfaden, ZBl 2010, p. 615 ; Kurt Nuspliger, La transparence administrative dans le canton de Berne, in Alexandre Flückiger (éd.), La mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration, Zurich 2006, p. 48.

la police, aux procédures pénales, aux infractions ainsi qu'aux peines et mesures qui les ont sanctionnées.

Cette énumération est exhaustive et doit être interprétée restrictivement⁹.

2.22 En l'espèce, aucune des données personnelles contenues dans les listes requises n'entre dans la catégorie des données particulièrement dignes de protection. Outre l'identité et le degré d'occupation de chaque juge, ces listes ne mentionnent en effet que le type d'activité accessoire autorisée et le nombre de jours de travail dévolus à son exercice. Des données très générales qui se rattachent à aucune des classes mentionnées à l'article 3 de la loi sur la protection des données, pas même à celle intitulée « sphère intime ». Cette dernière classe regroupe en effet des informations liées à la santé d'une personne physique ou à son orientation sexuelle. Des renseignements d'ordre patrimonial ou professionnel n'en font pas partie.¹⁰

En conséquence, il n'appartient pas aux juges concernés de décider si oui ou non les listes les visant peuvent être transmises aux requérants. La décision est de la seule compétence de la Commission de justice.

2.3. Un intérêt public ou privé au secret prépondérant ?

On se demandera ensuite si, dans le cas présent, un intérêt public ou privé prépondérant peut s'opposer à la consultation des documents requis.

2. 31 Aux termes de l'alinéa 1 de l'article 29 LIn, la sécurité publique, la sauvegarde de la sérénité du processus décisionnel et un travail disproportionné pour fournir les informations demandées sont des *intérêts publics* qualifiés prépondérants.

Inutile de préciser qu'en l'espèce aucun de ces motifs n'est pertinent. D'abord, les décisions d'autorisations sont déjà tombées ; ensuite, la fourniture des documents requis - deux listes de quelques pages chacune - n'exige aucun travail particulier ; enfin, aucun des deux documents ne contient des informations dont la publication est susceptible de menacer la sécurité.

Il est vrai que l'énumération des intérêts publics prépondérants entreprise par l'article 29 LIn n'est qu'exemplaire ; autrement dit, d'autres intérêts publics peuvent entrer en jeu. En l'espèce, on pourrait envisager l'indépendance de la justice ; un motif qui a été invoqué, avec succès, pour occulter pour le montant des indemnités journalières perçues par les juges suppléants des tribunaux zurichoïses ; on craignait qu'en cas de divulgation de ces indemnités, les

⁹ Vortrag der Justizdirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates des Kantons Bern betreffend das Datenschutzgesetz, p. 3.

¹⁰ Philippe Meier, Protection des données – Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011, p. 222 (ad 492).

juges seraient tentés de bâcler leurs rapports pour éviter le reproche de coûter trop cher ...¹¹. L'argument de l'indépendance de la justice ne saurait être retenu dans le cas présent : on ne voit en effet pas en quoi la publication des activités annexes des juges pourraient nuire à leur autonomie.

2.32 L'alinéa 2 de l'article 29 LIn cite trois *intérêts privés* prépondérants ; au contraire des intérêts publics mentionnés à l'alinéa 1, ces intérêts privés sont « présumés » prépondérants. Et rien ne laisse supposer que ces présomptions soient irréfragables¹². Pour chaque demande de consultation une balance des intérêts en jeu doit donc être concrètement opérée. Si un intérêt public à la transparence vient, exceptionnellement, à peser plus lourd que l'intérêt privé au secret, l'accès doit être accordé.

De ces trois intérêts, seule la *protection de la sphère privée* est pertinente en l'espèce¹³. Cela dit la grande majorité des informations sur les activités accessoires de juges contenues ne méritent pas protection, car déjà communiquées à la population soit par le biais de publications officielles, soit sur les sites internet des institutions concernées, soit encore dans des registres officiels¹⁴. C'est le cas de la qualité de membre d'un législatif communal, des fonctions exercées dans des conseils d'administration ou de surveillance d'établissements publics, des charges de cours dans des hautes écoles ou encore de la participation à des commissions d'examens (avocats, notaires) ; il en va de même des fonctions officielles exercées dans des partis politiques. En revanche, les listes ne contiennent aucune information sur la rémunération de ces activités, informations de nature financières qui, elles font indiscutablement partie de la sphère privée.

Quant aux quelques informations dont la protection au titre de la sphère privée ne peut être clairement exclue (mandats auprès d'organisation privées et, d'une manière générale, le nombre de jours congé obtenus pour l'exercice de l'activité concernée), elles ne sont pas automatiquement inaccessibles pour autant. Il y a en effet lieu de se demander, si en l'espèce, la publication de ces informations ne répondrait pas un intérêt public qui l'emporterait sur la protection de la sphère privée.

¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 17 janvier 2011, 1C_471/2010.

¹² Contra Iwo Schwegler, Informations- und Datenschutzrecht, in Markus Müller / Reto Feller, Bernisches Verwaltungsrecht, 2ème édition, Bern 2013, p. 338. Cet auteur méconnaît toutefois que le Tribunal fédéral dans son arrêt du 20 octobre 2012 (1C_284/2010, commune de Berthoud) avait souligné que les informations litigieuses relevaient certes de la sphère privée mais n'en étaient pas pour autant automatiquement inaccessibles et qu'une balance des intérêts s'imposait (considérant 3).

¹³ Les deux autres sont la sauvegarde des secrets commerciaux ou professionnels et la protection de la personnalité dans des procédures administratives ou judiciaires non closes par une décision entrée en force. Ils ne jouent aucun rôle dans le cas présent.

¹⁴ La notion de sphère privée recouvre l'ensemble des faits personnels dans la mesure où leur connaissance est limitée à un cercle déterminé de personnes (Andreas Bucher, Personnes physiques et protection de la personnalité 5ème édition, Bâle 2009, N 486).

Cette problématique a tout récemment fait l'objet d'une recommandation du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence ; en l'espèce il s'agissait de la consultation de listes relatives aux activités accessoires de fonctionnaires fédéraux. Le Préposé a alors souligné :

« Dass die Öffentlichkeit ein gewichtiges Interesse an einer funktionierenden Kontrolle dieser Nebenbeschäftigungen der Mitarbeitenden der öffentlichen Verwaltung hat, liegt auf der Hand. Das Interesse der betroffenen Mitarbeitenden des Bundes am Schutz ihrer Privatsphäre muss hier nach Ansicht des Beauftragten zurücktreten, da deren öffentliche Funktion – und nicht zuletzt deren Entlohnung aus öffentlichen Mitteln – es rechtfertigen, dass sie in Bezug auf ihre übrigen Tätigkeiten volle Transparenz schaffen müssen. Nur so kann bis zu einem gewissen Grad gewährleistet werden, dass keine Unvereinbarkeiten von Verpflichtungen, Interessenkonflikte und schlimmstenfalls sogar Misswirtschaft und Korruption entstehen. (...).

Selbst wenn (...) eine Bekanntgabe bestimmter Nebenbeschäftigungen einzelner Bundesangestellten eine Gefährdung der Privatsphäre zur Folge haben könnte, so müsste eine solche gegenüber dem gewichtigen öffentlichen Interesse am Zugang zu den entsprechenden Informationen in Kauf genommen werden. Mit Blick auf die Möglichkeit einer minimalen Kontrolle durch die Öffentlichkeit von Nebenbeschäftigungen von Bundesangestellten, welche entgeltlich sind und allenfalls die Gefahr von Interessenkollisionen mit sich bringen und daher möglicherweise nicht mit einer öffentlichen Funktion in Einklang zu bringen sind, ist der Beauftragte der Ansicht, dass diesem öffentlichen Interesse besonderes Gewicht beizumessen ist.».

Recommandation du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence du 5 juin 2014 (considérants 35 et 36).

Nous partageons, sans réserves, le point de vue du Préposé ; son argumentation, qui valait pour des fonctionnaires fédéraux, est pleinement transposable aux juges. Elle nous paraît même encore plus sensée dans ce cas : l'indépendance de la justice est en effet en jeu ; partant, il importe que d'éventuels liens particuliers qui rattachent les juges à des intérêts privés ou publics soient transparents.

Question 3: Ist für den Fall, dass eine vollumfängliche Einsichtnahme in die Liste erfolgen darf, eine anonymisierte Einsichtnahme möglich und wenn ja, in welchem Umfang müsste eine solche Anonymisierung erfolgen

Réponse : Cette question est sans objet, vu l'existence d'un intérêt public supérieur à la publication de la liste dans son intégralité (cf. supra 2.23).

Par surabondance, on soulignera que dans la même Recommandation du 5 juin 2014, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence a jugé irréaliste l'anonymisation d'une liste d'activités annexes :

« Die vorliegend zu beurteilenden Listen würden zweifellos Personendaten i.S.v. Article 3 Bst. a DSGVO von Bundesangestellten enthalten. Eine Anonymisierung dieser Personendaten fällt von vornherein ausser Betracht, da der Antragsteller gerade Zugang zu eben diesen Personendaten verlangte. Es ist davon auszugehen, dass der Antragsteller mit seinem Gesuch gerade das Ziel verfolgt zu erfahren, welche Person welcher zu meldenden und zu bewilligenden Nebenbeschäftigung nachgeht. Eine Liste mit allen gemeldeten und bewilligten Nebenbeschäftigungen ohne konkreten Personenbezug wäre hier für den Antragsteller wohl kaum von Interesse. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die vom Antragsteller verlangten Listen nicht anonymisierbar sind.»¹⁵

Prof. Bertil Cottier

¹⁵ Considérant 29.