UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre d'actes 2002

Published version Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le secret de fonction

Tanquerel, Thierry

How to cite

TANQUEREL, Thierry. Le secret de fonction. In: L'administration transparente. Tanquerel, Thierry et Bellanger, François (Ed.). Genève. Genève : Helbing & Lichtenhahn, 2002. p. 43–67. (Collection genevoise. Droit administratif)

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:16608

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Le secret de fonction

par THIERRY TANQUEREL
Professeur à l'Université de Genève

I. Introduction

Les perspectives d'évolution vers une administration transparente ayant été tracées dans la contribution de Pascal MAHON, il n'est pas inutile, avant que d'autres examinent plus en détail comment elles peuvent se concrétiser, de présenter l'état des lieux précédant la transparence. Cela revient à décrire une situation où le secret de fonction occupe une place centrale, au niveau fédéral et dans les cantons – presque tous![1] – qui n'ont pas encore posé en principe l'accès, sans condition particulière, aux informations détenues par l'administration.

Cet état du droit actuel, les réformateurs le rappellent dans leurs exposés des motifs[2], est marqué, selon la conception dominante, par la règle selon laquelle l'activité de l'administration est en principe secrète sous réserve d'exceptions[3], même si une partie de la doctrine conteste ce point de vue[4]. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, telle qu'elle résulte de l'arrêt *Fuchs*, qui n'a jusqu'ici pas été remis en question, ce principe est consubstantiellement lié à celui du secret de fonction, le second impliquant le premier[5]. Dès lors, étudier le secret de fonction des agents de l'Etat est un

---

1 Sur les quelques exceptions, dont principalement Berne, voir BARRELET (1998) n° 98 et 952 ss et la contribution de PASCAL MAHON, dans ce volume, p. 21 ss; sur la récente exception genevoise, voir la contribution de PIERRE HEYER dans ce volume.

2 DFJP (2000) p. 7; Mémorial des séances du Grand Conseil du canton de Genève, 2000, p. 7673.

3 MOOR (2002) p. 287-288 et (1992) p. 236; MAHON (1999) p. 311-312; HÄNNI (1996) n° 99; WEBER (1996) n° 109; KÖLZ/HÄNER (1998) n° 144; ATF 113/1987 Ia 1, 9, *M.;* 113/1987 Ia 309, 317, *Verband der Schweizer Journalisten*; 108/1982 Ia 5, 7, *Model;* le plus explicite: 107/1981 Ia 304, 308, *Fuchs*; 104/1978 Ia 88, 94 ss, *Bürgin.*

4 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2000) n° 521; SEILER (1992) p. 427; BARRELET (1998) n° 89-90; nuancés, SCHWEIZER/BURKERT (1996) n° 49.

5 ATF 107/1981 Ia 304, 308, *Fuchs.*

point de départ indispensable pour comprendre à partir de quelle situation de droit positif le débat sur la transparence de l'administration s'engage.

Il n'est évidemment pas possible, dans les limites de cette contribution, d'aborder tous les aspects du secret de fonction, notamment en ce qui concerne la répression pénale de sa violation, que ce soit sous l'angle de l'article 320 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP)[6-7] ou sous celui de dispositions plus spécifiques du code pénal. Je ne traiterai pas non plus des rapports entre secret de fonction et secret professionnel (notamment médical) selon l'article 321 CP. Je me contenterai d'esquisser d'abord la notion de secret de fonction, notamment sous l'angle de son fondement juridique, puis d'en décrire assez brièvement la portée – quant aux personnes qu'il concerne, à son objet et aux conséquences de son existence – avant d'en exposer la relativité, qui s'impose à l'analyse avant même toute réforme visant à la transparence.

II. La notion de secret de fonction

A. Définition

Du point de vue du droit administratif, le secret de fonction peut être défini comme une obligation pour les titulaires de fonctions officielles de garder le secret – ou, autrement dit, de se taire, de ne rien révéler – sur les affaires dont ils ont à connaître dans le cadre de leurs fonctions. Cette définition exige bien entendu d'être précisée quant à ses différents éléments, mais elle exprime déjà le principe de base en cause. On peut, à ce stade, relever que le secret de fonction se développe, si l'on adopte l'approche de l'arrêt *Fuchs*, dans une double perspective: il s'agit d'une obligation des fonctionnaires (ce terme étant compris au sens le plus large) et en même temps d'un principe de l'activité administrative. Ce double point de vue se retrouve dans les normes sur lesquelles on peut envisager de fonder juridiquement le secret de fonction: certaines d'entre elles sont dirigées vers les fonctionnaires (les sujets du secret), d'autres visent les données détenues par l'administration (l'objet du secret).

---

6 RS 311.0.

7 Sur cette question, voir notamment CORBOZ (1999) p. 353 ss; REHBERG (1996) p. 419 ss; STRATENWERTH (2000) p. 377 ss.

B. Le fondement juridique

Divers fondements juridiques du secret de fonction ont été proposés par la doctrine et la jurisprudence. Aucun ne permet toutefois d'embrasser l'ensemble des cas dans lesquels une obligation de conserver secrètes des informations détenues par l'Etat est invoquée. En particulier, comme l'a relevé la doctrine[8], il n'existe pas de disposition constitutionnelle fédérale ou cantonale qui poserait le principe général de l'administration secrète.

1. Le Code pénal

L'article 320 CP prévoit que «celui qui aura révélé un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il avait eu connaissance en raison de sa charge ou de son emploi, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.» Cette disposition est invoquée par le Tribunal fédéral, «en relation avec la plupart des lois sur les fonctionnaires qui prévoient un devoir de confidentialité» pour fonder le principe de l'administration secrète[9]. Il n'est dès lors pas possible, vu cette double référence, de déterminer si, pour le Tribunal fédéral, l'article 320 CP pose directement un devoir de garder le secret ou s'il ne fait que sanctionner la violation d'une obligation de confidentialité qui devrait trouver sa source dans un autre fondement juridique. La doctrine n'est pas unanime à ce sujet. REHBERG, après avoir soutenu, avec HAUSER, la première thèse[10], s'est rallié à la seconde en relevant qu'il appartient fondamentalement à la collectivité concernée de déterminer si et dans quelle mesure elle entend imposer à ses fonctionnaires et autorités la confidentialité sur les affaires de service et que l'article 320 CP ne fait que poser la sanction pénale de la violation du secret[11]. CORBOZ soutient également que «le devoir de garder le secret relève du droit public applicable à l'autorité ou à l'office en cause»[12].

La question n'est pas académique. En effet, si l'on admet que l'article 320 CP impose directement un devoir de confidentialité aux personnes qu'il vise, alors, en vertu de la force dérogatoire du droit fédéral, ce devoir restreint, dans la mesure de son champ d'application, la possibilité pour les

---

8 SEILER (1992) p. 416; HÄNER (1991) p. 63.

9 ATF 107/1981 Ia 304, 308, *Fuchs*.

10 HAUSER/REHBERG (1989) p. 351; dans le même sens, ELSENER (1993) p. 72 et REINHARDT (1990) p. 529.

11 REHBERG (1996) p. 420.

12 CORBOZ (1999) p. 361 n° 22.

cantons de limiter ou de supprimer le secret de fonction par une législation sur la transparence de l'administration. En outre, une éventuelle loi fédérale en la matière devrait comporter soit une modification de l'article 320 CP, soit au moins entraîner une réinterprétation de cette norme selon le principe *lex posterior derogat priori*. Dans son rapport à l'appui d'un avant-projet de loi fédérale sur la transparence de l'administration, le Département fédéral de justice et police (DFJP) considère qu'il n'est pas nécessaire de modifier l'article 320 CP[13]. On peut donc considérer qu'il se rallie implicitement à la thèse de la seule portée sanctionnatrice de cette disposition.

Cette thèse m'apparaît la plus convaincante. On voit mal, en effet, comment il serait possible de dessiner les contours d'un secret de fonction déterminé directement par l'article 320 CP. De plus, la limitation de la marge de manœuvre des cantons qui en résulterait en matière d'organisation de leurs autorités et de leur administration ne serait pas conforme à la répartition des compétences découlant des articles 3, 42 et 123 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst.). La compétence fédérale en matière de droit pénal ne constitue pas une base constitutionnelle permettant à la Confédération d'imposer à un canton le maintien du secret de fonction dans des cas où il souhaiterait instaurer la transparence.

L'article 320 CP ne peut dès lors constituer le fondement juridique du secret de fonction.

Il en est de même de l'article 293 CP, qui vise la publication – c'est-à-dire le fait de porter à la connaissance du public, et pas seulement d'une seule personne[14] – des actes, de l'instruction ou des débats d'une autorité qui sont secrets en vertu de la loi ou d'une décision prise par l'autorité dans les limites de sa compétence: même s'il s'agit ici d'un secret de nature purement formelle[15], il faut en tout état de cause qu'une base légale pose le principe du secret ou autorise l'autorité à déclarer ses débats secrets. Il est vrai que cette base légale pouvant être simplement matérielle et pouvant consister en une clause de compétence très large, cette condition est facilement remplie[16]. Il reste que l'article 293 CP ne s'applique qu'à certaines informations étatiques et ne vise pas spécifiquement les fonction-

---

13 DFJP (2000) p. 19.
14 ATF 119/1993 IV 250, 252, *H. und S.*
15 BARRELET (1998) n° 1073.
16 BARRELET (1998) n° 1076.

naires, pour lesquels c'est de toute façon l'article 320 CP qui prime[17]. Il ne saurait donc offrir un fondement juridique au secret de fonction en général.

Quant aux dispositions pénales prescrivant le secret dans des domaines particuliers, comme les articles 267 CP (trahison diplomatique concernant les secrets d'Etat), 283 CP (violation du secret du vote), 321ter CP (violation du secret des postes et télécommunications) et 77 du code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM)[18] (secret du service militaire), elles ne peuvent, en raison même de leur spécificité, être la source juridique du secret de fonction qu'en ce qui concerne les informations qu'elles visent expressément et cela dans la mesure où elles sont susceptibles de s'appliquer à des fonctionnaires ou à des membres d'autorités.

2. *Le droit de la fonction publique*

S'agissant du secret dit «de fonction», il semble logique d'en rechercher le fondement légal dans le droit de la fonction publique. De fait, la plupart des lois réglementant le statut de la fonction publique comportent des dispositions sur le secret de fonction[19]. Cela étant, la rédaction de ces dispositions varie assez sensiblement[20].

La loi fédérale sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers)[21] se contente, à son article 22, d'énoncer que le personnel est soumis au secret professionnel, au secret d'affaires et au secret de fonction (al. 1), sans définir ces notions, mais en renvoyant aux dispositions d'exécution (al. 2). L'article 27 du Statut du personnel fédéral du 30 juin 1927 (StF)[22], cité par le Tribunal fédéral à l'appui du principe de l'administration secrète[23], était un peu plus explicite: il interdisait aux fonctionnaires de «divulguer les affaires de service qui doivent rester secrètes en vertu de leur nature ou d'instructions spéciales.» Cette formulation était en elle-même nuancée, car, comme l'a relevé SEILER, on ne saurait considérer que toute l'administration est par nature secrète[24]. Elle a été reprise, dans sa substance, par l'article 94, alinéa 1, de l'ordonnance sur le personnel de la

---

17 CORBOZ (1999) p. 368 n° 50; REHBERG (1996) p. 425.

18 RS 321.0.

19 Sur la réglementation en droit cantonal et communal vaudois, voir MEYER (1992) *passim*.

20 D'un autre avis, HÄNER (1991) p. 64.

21 RS 172.220.1.

22 RS 172.221.10.

23 ATF 107/1981 Ia 304, 308, *Fuchs*.

24 SEILER (1992) p. 427; dans le même sens HÄNER (1991) p. 64-65.

Confédération du 3 juillet 2001 (OPers)[25], qui prévoit que «le personnel est tenu de garder le secret sur les affaires du service qui doivent rester confidentielles de par leur nature ou en vertu de prescriptions légales ou d'instructions.»

Sur le plan genevois, l'article 9A, alinéa 1, de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC)[26] prévoit que les membres du personnel de la fonction publique sont soumis au secret de fonction pour toutes les informations dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions dans la mesure où la loi sur l'information du public et l'accès aux documents du 5 octobre 2001 (LIPAD)[27], ne leur permet pas de les communiquer à autrui. En d'autres termes, en droit genevois, tout ce qui n'est pas public selon la LIPAD tombe sous le coup du secret de fonction imposé aux fonctionnaires en vertu de la LPAC. Avant l'entrée en vigueur de l'article 9A LPAC, la question était réglée avec une sévérité apparemment extrême par l'article 26 du règlement d'application de la LPAC du 24 février 1999 (RPAC)[28] qui, pris à la lettre, instituait un secret absolu de l'activité administrative en prévoyant que «les membres du personnel sont tenus de garder le secret envers quiconque sur les affaires de service de quelque nature que ce soit dont ils ont eu connaissance. Ils ne doivent les utiliser en aucune façon.»

Au surplus, la doctrine admet largement que l'obligation de garder le secret peut exister même sans qu'une norme spéciale n'impose la confidentialité sur certains faits[29]. C'est alors directement du devoir de fidélité que l'on déduit celui de respecter un secret de fonction sur des faits qui sont confidentiels par nature ou en raison d'instructions spéciales[30]. En revanche, on ne saurait considérer qu'en l'absence de base légale, une obligation de confidentialité peut être imposée aux fonctionnaires du fait

---

25 RS 172.220.111.3.

26 RS/GE B 5 05.

27 RS/GE A 2 08.

28 RS/GE B 5 05.01.

29 COTTIER (1982) p. 189; CORBOZ (1999) p. 361 n° 23; STRATENWERTH (2000) p. 378 n° 6.

30 HÄNER (1991) p. 64; HÄNNI (1982) p. 72; KNAPP (1991) n° 3097 place le «devoir de discrétion» parmi les conséquences du devoir de fidélité, tout en citant cependant, à ce propos, l'art. 320 CP; MOOR (1992) p. 235 traite aussi le secret de fonction comme un aspect de l'obligation de fidélité.

que la jurisprudence a posé le principe de l'administration secrète[31]. En effet, le Tribunal fédéral a tiré ce principe notamment du secret de fonction consacré par l'article 27 StF et diverses législations cantonales. Déduire ensuite de la jurisprudence du Tribunal fédéral que le secret de fonction résulte du principe de l'administration secrète conduit à un raisonnement circulaire.

Il reste que le droit de la fonction publique constitue un fondement possible du secret de fonction, défini comme un devoir de confidentialité à la charge des agents de l'Etat.

Il ne faut toutefois pas se méprendre sur la portée de cette obligation, quant à ses sujets et à son objet. Constater que le droit de la fonction publique comporte le fondement juridique du secret de fonction ne signifie en effet pas qu'il fonde *ipso facto* le principe du secret général de l'administration[32]. D'une part, comme nous le verrons plus loin, l'interprétation des dispositions sur le secret de fonction laisse certaines données hors du champ de la confidentialité obligatoire[33]. D'autre part, les dispositions du droit de la fonction publique au sens strict ne s'appliquent pas sans autres aux magistrats et membres d'autorités qui n'ont pas le statut de fonctionnaires ou de «membres du personnel de l'Etat». En ce qui les concerne, l'obligation de confidentialité ne peut résulter que de dispositions spéciales ou de devoirs généraux de la charge analogues, mais non identiques, au devoir de fidélité des fonctionnaires[34].

3. *Les législations spéciales*

Le secret de fonction peut aussi résulter de dispositions spéciales concernant soit certains types d'autorités ou de fonctionnaires, soit certaines catégories bien définies d'informations.

Parmi les dispositions à portée personnelle, on peut, à titre d'exemple, citer l'article 25, alinéas 1 et 2, de la loi sur les cartels du 6 octobre 1995 (LCart)[35] et l'article 15 du règlement de la fondation Pro Helvetia du 20 novembre 1997[36].

---

31 *Contra* CORBOZ (1999) p. 361 n° 23.
32 HÄNER (1991) p. 64-65.
33 *Infra* III, B.
34 *Infra* III, A.
35 RS 251.
36 RS 447.11.

En ce qui concerne les dispositions visant un ensemble déterminé d'informations, on relèvera bien sûr celles qui imposent – notamment à Genève, mais pas de façon absolue dans tous les cantons[37] – le secret fiscal (article 11 de la loi genevoise de procédure fiscale du 4 octobre 2001, LPF[38]). On peut aussi citer celles qui protègent les informations relatives aux délibérations de commissions parlementaires (par exemple, les art. 24 et 25 du règlement du Conseil national du 22 juin 1990, RCN[39], et les art. 16 et 17 du règlement du Conseil des Etats du 26 septembre 1986, RCE[40]) ou aux séances du Conseil fédéral (art. 21 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997, LOGA[41]), y compris la procédure de co-rapport (art. 21 et 15 LOGA). Particulièrement importantes en pratique sont les prescriptions sur le secret de fonction en matière d'assurances sociales[42]: article 50 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS)[43], article 102 de la loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA)[44], article 83 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal)[45], article 97 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage du 25 juin 1982 (LACI)[46].

---

37 Le Tribunal fédéral a ainsi relevé que la publicité du rôle des contribuables est un élément de la «culture fiscale suisse», ATF 124/1998 I 176, 181, *Minelli*. SCHWEIZER (1995) souligne également que l'accès aux données fiscales existe dans de nombreux cantons (p. 12), mais pas dans tous (p. 13). HÄNER (1991) p. 257 cite les cantons de Zurich, Schwyz, Nidwald, Appenzell Rhodes-Extérieures parmi ceux qui connaissent un droit d'accès inconditionnel aux registres fiscaux. Voir aussi WEBER (1982), qui indique que tous les cantons connaissent le secret fiscal (p. 140), mais relève l'exception importante à ce secret que constituent la publicité des registres fiscaux et la délivrance d'attestations fiscales prévues par de nombreuses lois fiscales (p. 195 ss).

38 RS/GE D 3 17.

39 RS 171.13. On peut relever que ces dispositions ont aussi une portée personnelle, dans la mesure où elles s'adressent aux «participants» (article 24, alinéa 1, RCN) ou aux «membres de la commission» et «autres personnes participant à la séance» (art. 25, al. 3, RCN).

40 RS 171.14.

41 RS 172.010.

42 BUSER (1985) p. 68-69.

43 RS 831.10.

44 RS 832.20.

45 RS 832.10.

46 RS 837.0.

4. *La législation sur la protection des données*

On trouve aussi des limites à la communication des données personnelles récoltées par l'administration dans la législation fédérale ou cantonale sur la protection des données. Dans ce contexte, le but de l'obligation de garder le secret est la protection des intérêts privés des administrés[47].

C'est ainsi que l'article 19 de la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD)[48] pose des conditions relativement strictes à la communication de données personnelles. Il faut en principe une base juridique au sens de l'article 17 LPD, donc une base légale, qui doit être formelle en ce qui concerne les données sensibles au sens de l'article 3, lettre c, LPD et les profils de personnalité. A défaut, les données personnelles ne pourront être communiquées que si, en substance, le destinataire a, en l'espèce, absolument besoin de ces données pour accomplir sa tâche légale ou si la personne concernée a consenti à la communication, a rendu les données accessibles à tout un chacun ou s'oppose abusivement à la communication (art. 19, al. 1, LPD). La communication sera en outre refusée si un intérêt légitime de la personne concernée l'exige (art. 19, al. 4, let. a *in fine,* LPD)[49].

Lorsque les conditions posée par la LPD à la communication de données personnelles ne sont pas remplies, il en résulte pour les agents de l'Etat détenteurs de ces données une obligation de confidentialité qui relève du secret de fonction[50].

On notera cependant que les législations sur la protection des données n'ont pas une portée universelle. La LPD ne s'applique pas aux données traitées par des organes cantonaux ou communaux, sauf à titre supplétif si ceux-ci agissent en exécution du droit fédéral (art. 37 LPD). Or, les cantons ne possèdent pas tous des législations complètes sur la protection des données. Ainsi, à Genève, la loi sur les informations traitées automatiquement par ordinateur du 17 décembre 1981 (LITAO)[51] laisse sans réglementation légale les données traitées manuellement.

---

47 Sur cette problématique, cf. BUSER (1985) *passim;* HÄNER (1991) p. 355 ss; MAHON (1999) p. 335 ss.

48 RS 235.1.

49 Sur cette réglementation, voir notamment WALTER (1994) p. 70 ss.

50 Citant le Conseil fédéral, WALTER (1994) p. 71 rappelle que l'art. 19 LPD constitue notamment une «disposition d'exécution du secret général de fonction».

51 RS/GE B 4 35.

Une obligation de secret relevant au sens large de la protection des données peut cependant aussi résulter, sans base légale spéciale, de dispositions protégeant la sphère privée des administrés, comme les articles 28 ss du Code civil suisse du 10 décembre 1907[52], l'article 13 Cst., dont l'alinéa 3 prévoit que toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concerne (ce qui vise notamment la communication abusive de telles données) ou l'article 8 CEDH[53]. Dans un ordre d'idées analogue, l'obligation de conserver le secret s'imposera pour des informations couvertes par le secret des affaires, comme le prévoit expressément l'article 25 alinéa 4 LCart ou les règles de la propriété intellectuelle. Toujours dans le contexte de la protection des données, le principe de la bonne foi peut entraîner une obligation de secret, s'agissant d'informations données par des tiers à l'administration à titre confidentiel[54].

III. La portée du secret de fonction

A. Les personnes soumises au secret

Du point de vue de la répression de la violation du secret de fonction, l'article 320 CP vise les membres d'une autorité et les fonctionnaires. Mais encore faut-il qu'ils soient bien dépositaires d'un «secret», autrement dit qu'une obligation de confidentialité leur incombe en vertu d'un des fondements que nous venons d'évoquer. Il faut donc se référer aux personnes visées par les bases légales et réglementaires ou les principes statutaires, comme le devoir de fidélité, qui comportent une obligation de garder le secret.

La démarche est relativement simple pour les membres du personnel de l'Etat soumis à des obligations générales comme l'article 22 LPers.

En ce qui concerne les membres des autorités, certaines bases légales particulières les visent expressément: on peut citer, entre autres, les articles 24 et 25, alinéa 3, RCN ainsi que les article 16 et 17 alinéa 3 RCE, qui mentionnent les «membres des commissions» et les «participants» aux séances de celles-ci, l'article 21 LOGA, qui vise logiquement les partici-

---

52 RS 210. Sur ce sujet cf. BUSER (1985) p. 54 ss; COTTIER (1982) p. 227 ss.

53 Cf. ATF 124/1998 I 176, *Minelli*.

54 MOOR (1992) p. 236; SPILLMANN (1984) p. 33 ss; ATF 107/1981 Ia 304, 310, *Fuchs*.

pants aux séances du Conseil fédéral. Sur le plan genevois, on peut mentionner l'article 3 de la loi genevoise concernant les membres des commissions officielles du 24 septembre 1965[55]. En l'absence de dispositions spéciales, l'obligation de secret peut aussi résulter, pour les membres des autorités, de leurs devoirs généraux de fonction, qui impliquent de ne rien faire qui puisse nuire à la mission étatique qui leur est confiée. Ainsi, les membres du Conseil fédéral doivent notamment veiller à la bonne exécution des lois et des tâches étatiques (art. 178, al. 1, Cst.). Sauf à admettre, contrairement à ce qui a été affirmé plus haut, une obligation découlant directement de l'article 320 CP, c'est en référence à un tel devoir qu'il faut comprendre la «violation objective» du secret de fonction commise par la conseillère fédérale Elisabeth KOPP, dans l'affaire qui lui a valu de comparaître devant la cour pénale fédérale[56], quand bien même le Tribunal fédéral ne l'évoque pas expressément. En effet, Mme KOPP n'était soumise ni à l'article 27 StF ni à une norme spéciale sur le secret de fonction des membres du gouvernement.

Cela étant, l'obligation de garder le secret ne vaut pas de la même manière pour tous les acteurs étatiques. Elle est incontestablement plus réduite pour les autorités supérieures. En effet, celles-ci sont maîtresses de la divulgation des informations qui ne sont pas visées par un secret particulier, comme le secret fiscal, ou par la protection de la sphère privée des administrés et qui ne doivent pas non plus rester secrètes en vertu d'un devoir s'imposant même à l'autorité supérieure.

Il faut encore rappeler que la fin des rapports de service ou du mandat de l'autorité, ne supprime pas l'obligation de garder le secret. Certes, une procédure disciplinaire ne sera plus envisageable, mais la répression pénale restera possible (art. 320, al. 1 *in fine,* CP)[57].

On relèvera enfin qu'une obligation de secret peut aussi être imposée à des personnes extérieures à l'administration auxquelles celle-ci fait appel dans l'exercice de ses tâches (voir par exemple l'art. 55, al. 3, de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992[58]).

---

55 RS/GE A 2 20.
56 ATF 116/1990 IV 56, 65, *Kopp.*
57 HÄNNI (1996) n° 106.
58 RS 231.1.

B. L'objet du secret de fonction

1. Les définitions générales

Lorsque le secret de fonction repose sur une clause générale, la définition de son objet constitue probablement l'élément le plus difficile à cerner de la portée de l'obligation imposée aux fonctionnaires.

En effet, les règles générales, que l'on trouve surtout dans le droit de la fonction publique, définissent parfois l'objet du secret à l'aide de notions très indéterminées, comme le secret «par nature» de l'article 94 OPers, ou faussement claires, comme «les affaires de service de quelque nature que ce soit» mentionnées dans le droit genevois avant l'entrée en vigueur de la LIPAD. Quand elles ne renoncent pas purement et simplement à définir l'objet du secret: c'est le cas de l'article 22 LPers, qui renvoie aux dispositions d'exécution à ce sujet, ou, à Genève, de l'article 9A LPAC, qui laisse entendre que tout ce qui n'est pas public en vertu de la LIPAD tombe sous le coup du secret.

Certes, certaines caractéristiques de l'objet du secret sont claires conceptuellement, même si elles sont plus difficiles à établir dans les cas concrets. Il doit ainsi s'agir d'une affaire de service, dont le détenteur du secret a eu connaissance dans le cadre de ses fonctions, ou, plus exactement d'une information dont le fonctionnaire a eu connaissance précisément parce qu'il avait cette qualité[59]. Il doit en outre s'agir d'une information qui n'est connue que d'un cercle restreint de personnes[60]. Si l'information est déjà notoire ou facile à connaître, on ne peut parler de secret[61].

Au delà, la détermination de ce qui doit rester secret repose sur des critères dont on doit bien relever le caractère assez vague. Une indication peut être donnée par la jurisprudence relative à l'article 320 CP, qui part d'une notion «matérielle» du secret et ne se contente pas du fait qu'une information a été déclarée secrète[62].

Il faut, d'une part, une volonté du maître du secret au maintien de celui-ci, qui peut s'exprimer dans une norme générale ou dans des instructions

---

59 HÄNNI (1996) n° 97; REHBERG (1996) p. 421-422; ATF 116/1990 IV 56, 67, *Kopp*.

60 CORBOZ (1999) p. 358 n° 11 et 13; REINHARDT (1990) p. 533; *«relativ unbekannt»* STRATENWERTH (2000) p. 378 n° 5; SPILLMANN (1984) p. 111 ss.

61 ATF 114/1988 IV 44, 46, *X;* SPILLMANN (1984) p. 111 ss.; HÄNNI (1996) n° 98.

62 ATF 114/1988 IV 44, *X.* La solution est différente pour l'art. 293 CP, *supra* note 15.

spéciales, voire résulter des circonstances[63]. Il faut, d'autre part, un intérêt légitime, public ou privé, au maintien du secret[64]. Ce critère permet à la fois de déterminer si une information est «par nature» secrète et, dans le cas d'une obligation très générale de secret, ne visant pas une catégorie particulière d'informations, si cette obligation est applicable au cas d'espèce. On peut retenir qu'il est en général rempli lorsqu'une information est susceptible de toucher la sphère privée de particuliers, lorsque sa divulgation menacerait un intérêt public comme, par exemple, la défense nationale, la lutte contre la criminalité, la santé publique, ou lorsque la révélation d'éléments préparatoires à une décision, comme des délibérations ou des notes internes, entraverait la formation optimale de la volonté des autorités[65].

Ces exigences, développées dans le cadre du droit pénal, valent aussi dans l'optique du droit administratif, sous l'angle de l'organisation de l'administration et du droit disciplinaire, même si elles peuvent être appliquées différemment, quant à la sévérité des critères en jeu. Il faut admettre, à cet égard, que les exigences liées à la nécessité de n'user de la répression pénale que lorsque c'est absolument justifié ne sont pas transposables sans autre dans le domaine administratif. Mais il reste que les principes de proportionnalité, d'intérêt public et d'interdiction de l'arbitraire s'appliquent en matière de secret de fonction comme dans tout le droit administratif. Or, ces principes seraient violés si des instructions imposant le secret étaient énoncées sans qu'aucun intérêt public ou privé pertinent ne le justifie[66]. Il est dès lors clair qu'une clause toute générale soumettant sans discrimination au secret tout fait appris dans le cadre des fonctions ou des déclarations formelles de secret ne reposant sur aucune raison objective ne suffisent pas pour fonder juridiquement un secret universel et absolu. Il faut donc bien se référer, en droit administratif également, à une notion matérielle du secret.

---

63 CORBOZ (1999) p. 359 n° 15; STRATENWERTH (2000) p. 378 n° 5; STUDER (1999) p. 347; REHBERG (1996) p. 420.

64 CORBOZ (1999) p. 359 n° 14; STRATENWERTH (2000) p. 378 n° 5; REINHARDT (1990) p. 533-534; STUDER (1999) p. 347; REHBERG (1996) p. 420; SPILLMANN (1984) p. 134 ss et 160 ss.

65 Cf. WEBER (1996) n° 114; HÄNNI (1996) n° 98; MOOR (1992) p. 235.

66 HÄNNI (1982) p. 76, qui évoque à ce propos l'abus de droit.

On ne peut donc pas dire qu'est inévitablement soumise au secret de fonction toute information pour laquelle la publicité n'est pas expressément prévue.

2. Les déterminations spéciales

Lorsque la loi prescrit un secret de fonction spécial centré sur une catégorie d'informations, elle indique, de façon plus ou moins précise, l'objet de ce secret. On rappellera ici le cas du rôle des contribuables à Genève (art. 11 LPF) et celui des délibérations des commissions parlementaires (art. 24, al. 1, RCN, art. 16 RCE)[67]. Ces déterminations spéciales précisent ou complètent les définitions générales, qui auraient été de toute façon applicables[68].

C. Les conséquences de l'existence d'un secret de fonction

1. Pour les fonctionnaires

La conséquence directe de l'existence du secret de fonction est l'interdiction pour les fonctionnaires concernés de révéler les faits couverts par ledit secret. Ils ne peuvent parler des faits soumis au secret ni montrer ou diffuser les pièces y relatives. A tout le moins, s'ils souhaitent le faire, ils doivent être déliés de leur secret par l'autorité supérieure[69]. Cette règle s'applique également lorsqu'un fonctionnaire est appelé à témoigner en justice (cf. p. ex. art. 94, al. 3, OPers)[70].

La conséquence indirecte de l'existence d'un secret de fonction réside dans la sanction de sa violation. Cette dernière constitue une violation des devoirs de service qui peut entraîner soit une sanction disciplinaire, soit, dans un système qui a renoncé au droit disciplinaire pour la fonction publique, la fin des rapports de service. Les principes constitutionnels doivent être respectés dans ce contexte, notamment les principes de proportionnalité et d'intérêt public. C'est pourquoi toute révélation d'une affaire de service ne saurait entraîner automatiquement une sanction ou le licenciement, même lorsqu'il n'y a pas de doute sur le caractère secret de l'information divulguée. On ajoutera que les conséquences disciplinaires n'entrent évidemment pas en considération pour les membres d'autorités non soumis au droit disciplinaire.

---

67 *Supra* II, B, 3.

68 Cf. WEBER (1982) p. 141, à propos du secret fiscal.

69 *Infra* IV, D.

70 ATF 123/1997 IV 157, *Untersuchungsrichteramt Solothurn*.

Comme on l'a déjà relevé, la violation du secret de fonction peut également entraîner des conséquences pénales, en premier lieu par application de l'article 320 CP, mais éventuellement aussi, dans des cas particuliers, des articles 267, 283, 293, 321ter CP ou 77 CPM. L'appréciation du juge pénal est en principe indépendante de celle de l'administration[71]. A cet égard, il a été affirmé en doctrine que la notion pénale du secret est plus étroite que la notion administrative[72]. Au demeurant, les éléments pris en considération par le juge pénal et par l'autorité administrative ne sont pas exactement les mêmes. La seconde doit notamment tenir compte d'exigences de service qui ne sont pas déterminantes pour la sanction pénale et qui peuvent jouer aussi bien en faveur qu'en défaveur du fonctionnaire concerné. Par ailleurs, la possibilité d'une sanction disciplinaire tombe avec la fin des rapports de service, alors que la menace pénale subsiste dans ce cas. On peut donc parfaitement imaginer une poursuite pénale sans conséquences disciplinaires et inversement, de même qu'une sévérité différenciée pour les mêmes faits si les deux modes de sanction sont mis en œuvre.

2. *Pour les tiers*

Si un fait est couvert par le secret de fonction, les tiers – soit tous ceux non admis dans le cercle des détenteurs, même s'ils font partie de l'administration[73] – n'ont ni le droit ni même la possibilité d'obtenir des informations sur ce fait. La faculté d'être informés ne leur sera ouverte que si l'autorité supérieure peut lever le secret et use effectivement de cette compétence.

L'existence du secret de fonction n'a en revanche pas d'effet sur les informations qui ne lui sont pas soumises. De cette apparente lapalissade on doit tirer cependant une conséquence importante, à savoir que la question du secret de fonction et celle du droit à l'information ne sont nullement symétriques.

En effet, on peut distinguer, dans cette double perspective, quatre catégories d'informations:

a. Celles qui doivent rester secrètes en vertu du secret de fonction et pour lesquelles une levée du secret n'est pas possible, notamment

---

71 SIMON (1991) p. 74.
72 HÄNNI (1996) n° 98 note 231.
73 *Infra* IV, C.

parce que la révélation de l'information en cause porterait atteinte à la sphère privée de particuliers ou parce que cette information est, de par la loi, strictement confidentielle (par exemple le secret fiscal tel qu'il existe à Genève[74]). On peut parler ici d'informations absolument secrètes.

b. Celles qui sont soumises au secret de fonction, mais pour lesquelles une levée du secret par l'autorité supérieure est possible. Il s'agit dès lors d'informations relativement secrètes.

c. Celles qui sont expressément publiques ou accessibles en vertu de la loi, ainsi que celles qui, de fait, peuvent être considérées comme généralement accessibles. Ces informations font donc l'objet du droit à l'information tel qu'il a été défini par la jurisprudence du Tribunal fédéral[75] et est consacré aujourd'hui par l'article 16, alinéa 3, Cst. On peut ainsi les qualifier d'informations publiques.

d. Les autres informations, c'est-à-dire celles qui ne sont ni soumises au secret de fonction ni publiques. Les fonctionnaires et les autorités peuvent, mais ne sont nullement obligés, de les divulguer. On pourrait ici parler d'informations discrétionnaires.

On ne peut donc pas dire, contrairement à ce qui ressort de l'arrêt *Fuchs*, que l'existence du secret de fonction implique le principe de l'administration secrète, car toute information détenue par l'administration n'est pas forcément soumise au secret de fonction si une loi ne prévoit pas expressément qu'elle est publique. A l'inverse, l'absence de secret de fonction, c'est-à-dire d'obligation de se taire pour l'agent de l'Etat, n'implique pas automatiquement pour celui-ci une obligation de parler et pour les particuliers un droit à l'information.

Il faut cependant souligner que la deuxième et la quatrième catégorie d'informations définies ci-dessus ouvrent à l'administration un vaste champ où elle est, en définitive, libre de déterminer l'étendue des renseignements qu'elle entend donner sur son activité[76].

---

74 *Supra* II, B, 3.

75 ATF 120/1994 Ia 190, 192, *E.Z.*; 113/1987 Ia 309, 317, *Verband der Schweizer Journalisten;* 107/1981 Ia 304, 305/306, *Fuchs*; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (2000) n° 519; MAHON (1999) p. 266 ss.

76 Sur ce «fait du prince», cf. COTTIER (1982) p. 185 ss.

IV. La relativité du secret de fonction

A. Les contours flous du secret

Si l'on excepte les quelques cas où la loi règle de façon précise l'obligation de garder le secret, on a vu que la détermination de l'objet du secret de fonction est très délicate.

Lorsque des dispositions générales existent, elles emploient des notions très indéterminées ou trop larges. De plus, la jurisprudence admet que le secret peut exister même en l'absence de base légale spécifique. Fondamentalement, la question de savoir si une information est «par nature» secrète laisse subsister une très vaste zone grise et les pratiques peuvent largement diverger d'une organisation administrative à l'autre. D'une manière générale, il y a d'ailleurs lieu d'opérer une pesée des intérêts[77] pour vérifier que le secret est matériellement justifié. Il n'est donc pas exagéré de considérer que le flou qui caractérise la frontière entre le domaine secret et le domaine public de l'activité administrative[78] contribue déjà à relativiser la notion de secret de fonction.

B. Les exceptions au secret

En opposition frontale au devoir de garder le secret, la loi et même parfois la Constitution imposent à l'autorité administrative, dans divers domaines et circonstances, une obligation d'informer ou du moins de laisser ouvert l'accès à l'information.

Cette obligation peut résulter d'un droit à l'information de nature personnelle au bénéfice de certains administrés. C'est ainsi que les parties à une procédure administrative peuvent tirer du droit d'être entendu (art. 29 Cst.) celui de consulter le dossier de la cause, garanti au niveau fédéral par les articles 26 à 28 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA[79]). Le droit de consulter le dossier s'étend aux procédures terminées et s'applique même en dehors de toute procédure lorsque l'administré peut faire valoir un intérêt digne de protection à cette fin[80]. Plus généralement, chacun a un droit d'accès aux

---

77 WEBER (1996) n° 114; HÄNER (1990) p. 328 ss.

78 Les frontières du secret de fonction sont «incertaines» selon STUDER (1999) p. 347.

79 RS 172.021.

80 ATF 125/1999 I 257, 260, *J.H.*; 122/1996 I 153, 161, *M*; MOOR (2002) p. 287; KÖLZ/HÄNER (1998) n° 299; MAHON (1999) p. 282/283.

données personnelles qui le concerne. Ce droit résulte de l'article 8 CEDH[81] et a été concrétisé, sur le plan fédéral, par les article 8 à 10 LPD[82]. On peut encore mentionner le droit conféré par l'article 6 CEDH à la publicité des jugements et des audiences des tribunaux.

Mais une obligation d'informer peut aussi relever d'un devoir objectif de l'administration. Ainsi en est-il de la publicité, prévue par la loi, de certains documents ou registres, comme, par exemple, les registres fiscaux[83], les plans d'affectation et les requêtes d'autorisation de construire devant être obligatoirement mis à l'enquête publique[84], ou encore les études d'impact selon la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (LPE[85], art. 9, al. 8). Si les dispositions qui viennent d'être mentionnées posent des obligations d'information claires et précises, il n'en est pas de même des mandats légaux généraux (art. 10 LOGA) ou sectoriels (art. 4 al. 1 LAT), qui, bien qu'impératifs pour l'administration, laissent à celle-ci une large liberté d'appréciation dans leur mise en œuvre[86].

Certes, on peut se demander si l'on se trouve ici en présence de véritables exceptions au secret ou de la définition de domaines et d'informations qui ne tombent pas dans son objet. La distinction est sans intérêt pratique. L'important est de souligner qu'à côté des normes ou instructions susceptibles de prescrire le secret, il en existe qui imposent la divulgation. Dans ce dernier cas, l'administration ne peut évidemment pas invoquer le secret de fonction pour se soustraire à son obligation d'informer ou d'ouvrir l'accès à ses dossiers. Là encore, le secret de fonction est relativisé.

---

81 ATF 122/1996 I 153, 163 ss, *M.*

82 MAHON (1999) p. 283 ss, qui relève au surplus, p. 286-287, à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Anna Maria Guerra* (Recueil des arrêts 1998-I 210 ss), que l'article 8 CEDH peut fonder un droit à l'information au-delà de l'accès aux données personnelles.

83 Cf. *Supra* n. 37.

84 Art. 4, al. 3, et 33, al. 1, de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT; RS 700) pour les plans d'affectation et, pour les constructions à Genève, l'art. 3, al. 1 et 2, de la loi cantonale sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (RS/GE L 5 05). S'adressant à tous, la mise à l'enquête publique a une portée qui dépasse clairement le droit d'être entendu des parties.

85 RS 814.01.

86 Sur l'art. 10 LOGA, voir MAHON (1999) p. 304.

C. Le secret partagé

L'administration ne forme pas un tout homogène dans lequel l'information, notamment personnelle, pourrait circuler sans limites. On voit bien quelle menace pour la liberté individuelle constituerait une administration dont chaque agent pourrait potentiellement connaître toutes les informations recueillies sur les administrés par les différentes entités étatiques. Le secret de fonction vaut donc également, en principe, à l'égard des autres agents de l'Etat[87].

Mais il y a des exceptions inévitables: le secret de fonction ne vaut pas entre collègues dans la même unité administrative ou entre membres d'une même autorité collégiale, ni vis-à-vis des supérieurs hiérarchiques, même si la voie de service n'a pas été respectée[88]. Doivent bien entendu être réservées les circonstances particulières, comme l'existence d'une procédure pénale ou administrative pendante envers un collègue ou un supérieur, dont le bon déroulement serait entravé par certaines révélations.

Très délicate est la question de la communication d'informations, sous l'angle de l'entraide administrative, entre différents services, voire entre différentes collectivités. La définition des conditions dans lesquelles la divulgation d'informations entre services est possible laisse la place à une très grande marge d'appréciation. Centré sur la protection des données personnelles, l'article 19 LPD, évoqué plus haut[89], met en œuvre des notions juridiques indéterminées comme le besoin absolu, pour le destinataire, des données en cause. Il réserve en outre, à son alinéa 4, les intérêts publics ou privés s'opposant à la communication. Sur le plan genevois, l'article 25 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA)[90] pose en principe général le devoir d'entraide administrative, tout en réservant les cas où la loi (art. 25, al. 3, let. a, LPA) ou un intérêt public ou privé prépondérant s'y opposent (art. 25, al. 3, let. b, LPA). Les positions de la doctrine concernant les cas dans lesquels la divulgation d'informations entre entités administratives différentes est admissible, même sans base légale particulière, peuvent être analysées comme tournant essentiellement autour de trois critères: une possibilité identique pour l'entité destinataire d'obtenir l'information en cause, une unité de travail entre les entités concernées, l'existence d'un rapport de

87 SIMON (1991) p. 86.
88 ATF 116/1990 IV 56, 65/66, *Kopp*.
89 *Supra* II, B, 4.
90 RS/GE E 5 10.

surveillance ou de conseil de l'entité destinataire envers l'autre entité[91]. Ces positions présentent cependant des divergences, notamment quant au fondement juridique du devoir d'informer[92]. La question peut également être posée d'une obligation de requérir l'autorisation de l'autorité hiérarchique supérieure avant de transmettre des informations soumises au secret[93]. La situation est évidemment plus claire lorsque la loi prescrit expressément la transmission d'informations. On peut mentionner à cet égard, à titre d'exemple, les articles 102a LAA ou 97a LACI, lesquels recourent cependant à des notions juridiques indéterminées et réservent, dans une clause générale, les intérêts privés prépondérants s'opposant à la communication. Les dispositions comportant un devoir de dénonciation d'infractions pénales, comme l'article 11 du code de procédure pénale genevois du 29 septembre 1977 (CPPG)[94] sont, quant à elles, plus simples à interpréter. Il reste que, globalement, la question de la portée interne à l'administration du secret de fonction est marquée par une très large incertitude. Cette situation n'est d'ailleurs guère étonnante, vu la complexité de l'organisation administrative, la diversité des relations entre les services et, par conséquent, la variabilité des besoins et des intérêts en cause.

D. La levée du secret

Selon l'article 320, alinéa 2, CP, la révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure. C'est le droit cantonal qui détermine quelle est l'autorité compétente pour lever le secret, ainsi que les critères qu'elle doit appliquer[95]. Le fonctionnaire peut se fier au consentement écrit donné par l'autorité supérieure sans se demander si ce consentement aurait dû ou non être donné[96].

Logiquement, ce consentement exclut également une faute disciplinaire du fonctionnaire qui a révélé un secret. On voit mal, en effet, excepté le cas d'une collusion entre un fonctionnaire et l'autorité compétente pour la levée en vue d'éluder les règles du secret, comment le fonctionnaire en

---

91 Voir p. ex. HÄNNI (1996) n° 102; REINHARDT (1990) p. 542-543; très libéral, KNAPP (1991) n° 679.

92 SIMON (1991) p. 75 ss et 86.

93 HÄNNI (2002) p. 368 ss (décision disciplinaire du président du DFJP).

94 RS/GE E 4 20.

95 CORBOZ (1999) p. 362 n° 28; REHBERG (1996) p. 426.

96 CORBOZ (1999) p. 363 n° 30.

cause pourrait violer ses devoirs de services en se fiant à une autorisation expresse de sa hiérarchie.

Cela étant, la levée du secret, comme instrument excluant la punissabilité de l'auteur d'une révélation, n'a pas d'influence sur la délimitation du champ des informations qui ne sauraient, en tout état de cause, être révélées. En d'autres termes, elle n'entre en ligne de compte que pour les informations relativement secrètes et non pour celles qui sont absolument secrètes.

La doctrine a relevé que la protection des données personnelles pouvait faire obstacle à la levée du secret[97]. Mais l'existence d'une disposition posant un secret absolu ou celle d'un intérêt public supérieur peuvent aussi, à mon sens, s'opposer à ce que l'autorité supérieure lève le secret. On peut d'ailleurs se demander si cette dernière ne commettrait pas elle-même une violation du secret de fonction en autorisant abusivement une révélation par un subordonné: Mme KOPP[98] aurait-elle échappé à une incrimination en s'abstenant elle-même de toute communication à son mari, tout en permettant, voire en ordonnant par écrit, à sa conseillère de mettre au courant celui-ci de l'enquête ouverte contre lui ? La levée du secret n'est donc nullement un instrument discrétionnaire en mains de l'autorité supérieure lui permettant de passer outre aux différents fondements légaux et constitutionnels du secret. Il peut dès lors être difficile de déterminer exactement dans quels cas l'autorité supérieure est habilitée à délier un subordonné de son secret de fonction. Il peut être tout aussi malaisé de déterminer jusqu'à quel niveau hiérarchique il convient de remonter pour que le consentement à la révélation soit valablement donné.

V. Conclusion

De ce qui vient d'être exposé on peut retenir deux caractéristiques essentielles, à mon sens, du secret de fonction.

D'abord, le secret de fonction ne se confond pas avec le principe de l'administration secrète: il ne s'impose en effet que lorsque la loi le prévoit ou qu'au moins un intérêt légitime l'exige. Il existe donc des informations détenues par l'administration qui ne sont pas couvertes par le secret de

---

97 CORBOZ (1999) p. 363 n° 29; REHBERG (1996) p. 426. Voir aussi la décision lucernoise citée par HÄNNI (2002) p. 378-379.

98 Cf. ATF 116/1990 IV 56, *Kopp*.

fonction. Le champ de ces informations est plus large que celui des informations aujourd'hui déjà considérées comme généralement accessibles, donc sujettes à un droit à l'information de la part du public.

Deuxièmement, la portée du secret de fonction est éminemment relative, voire floue. Cela résulte d'abord de la variété de ses fondements juridiques, qui se recoupent partiellement tout en laissant des espaces vides. Cela provient également de la définition très indéterminée de son objet. Cela découle enfin des exceptions au secret et des mécanismes qui permettent d'en écarter l'application, comme le secret partagé ou la levée par l'autorité supérieure, voire d'autres motifs éventuels d'exonération que je n'ai pas abordés, comme l'intérêt public légitime ou le consentement des intéressés[99].

S'agissant des conséquences du secret pour les personnes qui y sont soumises, du point de vue pénal ou disciplinaire, cette situation n'est guère satisfaisante, la base légale de l'infraction qui peut leur être reprochée manquant singulièrement de précision. S'agissant des conséquences pour le public, cette relativisation du secret peut ouvrir la voie à des pratiques libérales d'information. Mais elle ne crée encore aucun droit d'accès à l'information.

Si l'on met maintenant en rapport l'étude du secret de fonction et les projets – ou les expériences, comme à Berne – d'instauration du principe de transparence, à savoir celui de la publicité des informations de l'administration sauf exceptions, on peut faire deux remarques conclusives.

La première est que l'obligation, qui résulte du principe de transparence, de préciser ou du moins de justifier la non-publicité des informations peut conduire à mieux définir le champ du secret de fonction, ce qui aura un effet protecteur pour ceux qui y sont soumis, même si son mécanisme reste fondamentalement le même qu'aujourd'hui.

La seconde revient à souligner que, même si on ne peut tirer du secret de fonction le principe de l'administration secrète, la voie législative pour instituer le principe de l'administration transparente est justifiée, non seulement pour passer outre à la jurisprudence du Tribunal fédéral, mais aussi parce qu'une base légale est nécessaire pour passer, pour les informations non soumises au secret de fonction, de la faculté à l'obligation pour l'administration de les divulguer. L'instauration du principe de transpa-

---

99 CORBOZ (1999) p. 367 n° 46-47.

rence – qui concerne, au demeurant, dans les formes expérimentées aujourd'hui, l'accès aux documents et non l'obligation de renseigner des fonctionnaires – ne touchera pas les fondements du secret de fonction. Mais elle supprimera, parmi les catégories d'informations évoquées plus haut[100], celle des «autres informations», qui deviendront publiques, et elle réduira le champ de celle des informations relativement secrètes.

Bibliographie

AUER ANDREAS, MALINVERNI GIORGIO, HOTTELIER MICHEL (2000), *Droit constitutionnel suisse*, vol. II «Les droits fondamentaux», Berne.

BARRELET DENIS (1998), *Droit de la communication*, Berne.

BUSER WALTER (1985), «Der Schutz der Privatsphäre durch das Amtsgeheimnis», in: *Privatrecht Öffentliches Recht Strafrecht*, Bâle/Francfort-sur-le-Main.

CORBOZ BERNARD (1999), *Les principales infractions*, vol. II, Berne.

COTTIER BERTIL (1982), *La publicité des documents administratifs*, Genève.

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE (DFJP) (2000), *Pour une administration publique plus transparente – Projet de loi fédérale sur la transparence de l'administration et rapport explicatif*, Berne.

ELSENER ALDO (1993), *Das Vormundschaftgeheimnis – Die Schweigepflicht der vormundschaftlichen Organe und Hilfsorgane*, Zurich.

HÄNER ISABEL (1991), *Öffentlichkeit und Verwaltung*, Zurich.

HÄNNI PETER (2002), *Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz*, Zurich.

HÄNNI PETER (1996), «Personalrecht des Bundes», in: KOLLER/MÜLLER/RHINOW/ZIMMERLI (éd.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrechts – Organisationsrecht*, Bâle/Francfort-sur-le Main.

HÄNNI PETER (1982), *Die Treuepflicht im öffentlichen Dienstrecht*, Fribourg.

HAUSER ROBERT, REHBERG JÖRG (1989), *Strafrecht IV – Delikte gegen die Allgemeinheit*, Zurich.

---

100 *Supra* III, C, 2.

KNAPPP BLAISE (1991), *Précis de droit administratif*, 4ème éd., Bâle/ Francfort-sur-le-Main.

KÖLZ ALFRED, HÄNER ISABEL (1998), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2ème éd., Zurich.

MAHON PASCAL (1999), «L'information par les autorités», *RDS* 1999 II p. 199 ss.

MEYER JEAN (1992), «Le secret de fonction et les fonctionnaires vaudois», JdT 1992 IV p. 2 ss.

MOOR PIERRE (2002), *Droit administratif*, vol. II «Les actes administratifs et leur contrôle», Berne.

MOOR PIERRE (1992), *Droit administratif*, vol. III «L'organisation des activités administratives de l'Etat – Les biens de l'Etat», Berne.

REHBERG JÖRG (1996), *Strafrecht IV – Delikte gegen die Allgemeinheit*, 2ème éd., Zurich.

REINHARDT KLAUS (1990), «Über Amtsgeheimnis und Amtshilfe in kantonalen Verwaltungssachen», in : *Festgabe Alfred Rötheli*, Soleure.

SCHWEIZER RAINER J. (1995), «Allgemeine Zugänglichkeit der Steuerdaten verfassungskonform?», *Plädoyer* 6/1995 p. 13 ss.

SCHWEIZER RAINER J., BURKERT HERBERT (1996), «Verwaltungsinformationsrecht», in: KOLLER/MÜLLER/RHINOW/ZIMMERLI (éd.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrechts – Informations- und Kommunikationsrecht*, Bâle/Francfort-sur-le Main.

SEILER HANSJÖRG (1992), «Die (Nicht-)Öffentlichkeit der Verwaltung», *ZBl* 1992 p. 415 ss.

SIMON JÜRG WALTER (1991), *Amtshilfe – Allegemeine verpflichtungen, Schranken und Grundsätze*, Coire/Zurich.

SPILLMANN FRANZ-MARTIN (1984), *Begriff und Unrechtstatbestand der verletzung der Amtsgeheimnis nach Artikel 320 des Strafgesetzbuches*, Zurich.

STRATENWERTH GÜNTER (2000), *Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen*, 5ème éd., Berne.

STUDER JOSEF (1999), «Amtsgeheimnis und Betreibungsauskunft», in: ACKERMANN (éd.), *Strafrecht als Herausforderung*, Zurich.

WALTER JEAN-PHILIPPE (1994), «Le droit public matériel», in: GILLARD (éd.), *La nouvelle loi fédérale sur la protection des données*, Lausanne.

WEBER MARIANNE (1982), *Berufsgeheimnis im Steuerrecht und Steuergeheimnis*, Zurich.

WEBER ROLF H. (1996), «Informations- und Kommunikationsrecht – Allgemeiner Überblick», in: KOLLER/MÜLLER/RHINOW/ZIMMERLI (éd.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrechts – Informations- und Kommunikationsrecht*, Bâle/Francfort-sur-le Main.