Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 118 (1999)

Heft: 3

Artikel: L'information par les autorités

Autor: Mahon, Pascal

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895814

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 20.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

L'information par les autorités

Rapport présenté par PASCAL MAHON
Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Neuchâtel

Table des matières

Avant-propos 205

I. Introduction: l'information des autorités saisie par le droit . . 207

A. Le contexte général: «société de l'information» et droit de l'information 207

B. L'information et la communication par les autorités: l'importance et les divers «aspects» de la problématique . . . 212

1. L'importance croissante de l'information des autorités 212
2. Les divers «aspects» de l'information des autorités . . 214

C. L'information insaisissable 219

1. L'ambivalence et l'ambiguïté de l'information des autorités 219
2. La nature juridique des activités d'information 221

D. L'approche juridique traditionnelle: typologie des activités d'information et de communication des autorités? 223

1. L'approche traditionnelle 223
2. Les distinctions selon l'objet et le contenu de l'information 224
3. Les distinctions selon le processus d'information . . . 226
4. Les distinctions selon les destinataires et les canaux de l'information 228

II. L'information active: le droit d'informer des autorités 230

A. Remarques préliminaires 230

B. L'information dans le domaine des droits politiques . . . 230

1. Un cas particulier? 230
2. La conception dominante 233
3. La mise en cause de la conception dominante 243
4. Une frontière floue 245

C. L'information en dehors des droits politiques 247

1. Le régime juridique de l'information incitatrice 247
2. L'information générale sur l'activité de l'Etat 250
3. Relativité de la distinction entre l'information générale et l'information incitatrice? 255

D. Une possible synthèse? 257

III. Le droit des particuliers à l'information: obligations d'informer, garanties de publicité et droits d'accès. 259

A. La problématique 259

B. La liberté d'information et la conception classique de l'absence de droit à l'information 261
1. Origine et sources de la liberté d'information 261
2. Le contenu de la liberté d'information selon la jurisprudence du Tribunal fédéral 266
3. Le caractère «secret» de l'administration: l'absence de droit à l'information 269
4. Le droit international: l'absence de protection plus étendue? 272
5. Les critiques à la conception restrictive de la liberté d'information 275

C. Les exceptions au principe du secret: obligations d'informer, garanties de publicité et droits d'accès à l'information . . 279
1. Remarques préliminaires 279
2. Les droits d'accès découlant des droits fondamentaux . 280
a. Le droit de consulter le dossier de l'article 4 de la Constitution fédérale 280
b. Le droit d'accès aux données personnelles 283
c. Autres droits d'accès et obligations d'informer découlant des droits fondamentaux 286
3. Droits d'accès et garanties de publicité d'origine démocratique 288
a. Rappel: obligation d'informer et droit à l'information dans le domaine des droits politiques 288
b. La publicité des textes normatifs 289
c. La publicité en matière parlementaire 292
4. La publicité en matière judiciaire: un droit fondamental (pour qui)? 296
5. Autres garanties de publicité et droits d'accès dans le domaine de l'exécutif et de l'administration 304
a. L'absence de garantie d'accès générale 304
b. Quelques ouvertures ponctuelles et spécifiques . . . 305

IV. Vers une réglementation de l'information et de la publicité: les tendances récentes 311

A. Remarques préliminaires: secret ou publicité en droit positif? 311

B. L'évolution au niveau international et européen 312
1. Bref aperçu de la situation en droit comparé 312
2. L'évolution au sein de l'Union européenne 319

C. L'évolution au niveau cantonal 321

D. Les travaux en cours dans l'administration fédérale 325

E. Les arguments en faveur et à l'encontre de la publicité . . 328
1. Rappel et état de la discussion 328
2. Droit à l'information et protection des données: exigences antagonistes ou complémentaires? 335

F. La forme du changement: droit fondamental ou loi sur l'information? 338

V. Synthèse et conclusions 344

Bibliographie sommaire 347

Avant-propos

Tout n'a-t-il pas été écrit sur l'information par les autorités? A lire la bibliographie, même sommaire, qui clôt ce rapport, la réponse ne fait guère de doute: il serait prétentieux de vouloir ajouter quelque chose de nouveau et de sensé à tout ce qu'ont produit les plumes savantes qui ont déjà traité la question, ne serait-ce que d'un point de vue juridique. Le sujet est du reste extraordinairement vaste. Il recouvre de multiples aspects. Il peut être abordé de différentes manières, sous des angles d'attaque divers. On pourrait – peut-être même devrait-on – limiter le champ d'analyse, pour focaliser le regard sur l'une des nombreuses facettes de la problématique: l'information dans le domaine des droits politiques, c'est-à-dire en relation avec l'exercice des droits populaires; ou, en dehors de ce domaine, l'information dite incitatrice, qui vise à sensibiliser l'opinion et à orienter les comportements, ou encore l'information générale des autorités sur leurs activités, comme expression d'une tâche gouvernementale. C'est du reste ainsi que la question de l'information des autorités ou par les autorités est généralement abordée, aussi bien dans la pratique jurisprudentielle que dans la doctrine: de manière ponctuelle et sectorielle, casuistique, en quelque sorte. Dictée par des facteurs contingents, de fond ou de procédure – l'existence d'un problème concret ou, tout simplement, l'existence d'une voie de recours et, donc, d'un matériau jurisprudentiel –, cette approche traditionnelle est sans doute judicieuse et légitime. Elle permet de travailler sur du concret, et d'éviter de se perdre. A y regarder de plus près, cette approche peut cependant comporter aussi certains risques: celui, notamment, de créer artificiellement des catégories ou des types normatifs, qui masquent la vue d'ensemble et empêchent de voir certaines convergences ou, au contraire, certaines incohérences. Aussi, l'approche de ce rapport est, ou du moins se voulait, différente: l'angle de vue choisi est, pour emprunter une image photographique, celui du grand angle. L'ambition est, ou du moins était, précisément, de « mettre ensemble », de juxtaposer les diverses facettes, les différents aspects de la problématique, pour les comparer, pour déceler les éventuelles incohérences qui pourraient résulter d'une approche morcelée, mettre en lumière les convergences possibles, tenter une synthèse, pour autant qu'une telle synthèse soit possible. L'entreprise est ambitieuse, trop sans doute, d'autant que, devant l'ampleur du sujet, il a fallu, malgré l'ambition de départ, se résoudre à réduire la matière, à (dé)limiter et à (dé)couper le sujet. Comme le dit la sagesse populaire, qui trop embrasse mal étreint: l'entreprise ne peut que décevoir les attentes. Il ne reste donc à son auteur que d'espérer qu'on lui pardonnera la superficialité du propos, souvent, le caractère lacunaire et incomplet de

certaines idées, uniquement ébauchées ou même tout simplement lancées dans le débat, comme ballons d'essai, ainsi que le goût d'inachevé de l'entreprise.

I. Introduction : l'information des autorités saisie par le droit

A. Le contexte général : «société de l'information» et droit de l'information

1. La «société de l'information et de la communication». – A en croire la plupart des ouvrages qui traitent du sujet, l'information et la communication représentent des caractéristiques essentielles de la société de cette fin de siècle : nous entrons – si nous ne l'avons pas déjà fait – dans une société nouvelle, la «société de l'information» («Informationsgesellschaft»)[1]. Le concept a même récemment fait son apparition dans le langage officiel des autorités[2]. On se gardera de discuter ici cette notion, dont la diffusion généralisée relève probablement, pour partie au moins, d'un phénomène de mode, l'omniprésence du concept servant à masquer un contenu assez flou et nébuleux[3]. La notion d'information elle-même est du reste extrêmement vaste et imprécise[4]. Et tant le concept de société de l'information que ceux d'information et de communication, qui en sont à la base, font l'objet de définitions aussi diverses que nombreuses[5]. Le propos de ces lignes n'est pas d'ajouter à celles, multiples, qui existent une nouvelle définition des notions d'information et de société de l'information. Plus modestement, on admettra simplement que l'accélération des progrès techniques des

---

1 Voir les titres de la plupart des ouvrages cités dans la bibliographie.

2 Voir par ex. la *Stratégie du Conseil fédéral pour une société de l'information en Suisse*, du 18 février 1998, FF 1998 2052. Cf. aussi le Rapport du Groupe de Réflexion *La Suisse et la société de l'information*, Berne, 1997 (www.intro.ch/groupedereflexion/fr/).

3 Voir BALLER (1996), 33, qui utilise l'expression de «begrifflicher Nebel», et relève que les critères de cette «société de l'information», fondés sur une approche le plus souvent purement économique et quantitative, sont assez artificiels : on considère en effet, généralement, que cette société est le fruit de l'«industrie de l'information», elle-même conçue comme un nouveau secteur économique, qui s'ajouterait aux secteurs traditionnels de l'agriculture, de l'industrie et des services, et se mesurerait par sa place en termes d'occupation, de part au produit national ou encore d'investissements publics. Or, comme le souligne BALLER, l'indépendance de ce secteur de l'information par rapport aux trois secteurs traditionnels est assez artificielle (BALLER [1996], 37, qui note, non sans ironie, que l'attribution de certaines catégories professionnelles, comme les facteurs, l'ensemble des métiers de l'imprimerie ou même les aubergistes, à ce nouveau secteur de l'«Informationsarbeiters» est «fragwürdig»).

4 WEBER (1996), 6, n° 24 ; NÜTZI (1995), 8.

5 BALLER (1996), 33 ss. Cf. aussi WEBER (1996), 6, n° 20 ss. Pour des définitions de la notion d'information, cf. not. BALLER (1996), 33 ss ; NÜTZI (1995), 8 ss ; BARTHE (1993), 10 ss, avec d'autres références ; WEBER (1996), 6 ss, n° 20 ss. Voir surtout DRUEY (1995), 3 ss, pour l'information, et 26 ss, pour la communication.

dernières décennies, produit de la «deuxième révolution industrielle»[6], et tout particulièrement de l'avènement de ce qu'il est convenu d'appeler les «nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC)»[7], nous a conduits aux portes d'une société – nouvelle ou même «postindustrielle»[8], si l'on veut – dans laquelle l'information constitue un élément central de l'organisation et du fonctionnement de la vie en communauté[9], ainsi d'ailleurs qu'un bien économique toujours plus important[10].

La circulation et la transmission, même transfrontalières, de signaux et d'informations ne sont certes pas nouvelles. L'Antiquité connaissait déjà certaines techniques[11]. Mais le point de départ des systèmes de communication modernes est généralement situé à la fin du 17ème siècle, en France, avec les premiers essais de télégraphe optique[12]. Le pas décisif est franchi en 1837, avec l'invention du télégraphe électrique, qui ouvre la voie à un réseau de transmission indépendant des conditions topographiques, atmosphériques et de visibilité[13]. Ce réseau, qui s'amplifie dans la deuxième moitié du 18ème siècle, est complété et partiellement supplanté par les inventions du téléphone, en 1876, de la télégraphie sans fil, en 1896, puis par la diffusion sans fil de sons, la radio, dès le début du vingtième siècle, et par la télévision, dans les années 20 de notre siècle[14]. L'apparition des premiers ordinateurs, dès 1945, du transistor, qui ouvre la voie à la miniaturisation, en 1947, des satellites, dès 1957, du rayon laser, en 1960, et des fibres optiques, dans les années 70, élargissent les moyens d'action des télécommunications, en permettant la transmission de données sur les réseaux de communication existants, sous une forme d'abord analogique, puis digitalisée, qui fait disparaître toute différence entre texte, image, son et autres données ; sont ainsi éliminés ou du moins atténués les obstacles liés à la distance, à la topographie ou à la limitation des ondes disponibles[15]. Enfin, l'émergence et la privatisation des réseaux interconnectés (Internet),

---

6 WEBER (1996), 1, n° 3.

7 Voir la *Stratégie du Conseil fédéral*, précitée (note 2), FF 1998 2052.

8 Voir WEBER (1996), 1, n° 3.

9 WEBER (1996), 1, n° 1.

10 GUROVITS (1996), 76.

11 Cf. GUROVITS (1996), 75/76.

12 Cf. GUROVITS (1996), 76.

13 Cf. BARRELET (1998), 73/74, n° 257, et GUROVITS (1996), 76.

14 Pour un aperçu de l'histoire de la radio et de la télévision, BARRELET (1998), 48/49, n° 166 ss.

15 Cf. BARRELET (1998), 49, n° 170 ss, ainsi que GUROVITS (1996), 77, avec d'autres références.

dans la dernière décennie du siècle[16], multiplie, en les individualisant, les possibilités de diffusion et de réception de l'information, de toute sorte. Et c'est probablement là, dans cette accélération et dans cette amplification des phénomènes et des potentialités de la diffusion, de la transmission et de la réception des informations que résident les caractéristiques essentielles de ce qu'il est convenu d'appeler la « société de l'information ».

2. *« Chances et risques » de la société de l'information.* – C'est peut-être là aussi que résident les chances et les risques de cette société, et en conséquence les défis qu'elle lance à l'ordre juridique. Car, paradoxalement, du moins en apparence, la société de l'information ne réduit pas l'incertitude, elle la crée ; ou, du moins, elle crée autant d'incertitudes qu'elle n'en réduit, ouvrant la porte à toutes sortes de prophéties, de bon ou mauvais augure, sur l'évolution future[17]. On s'interroge ainsi sur les « chances », mais aussi sur les « risques » dont est grosse cette société de l'information[18]. Parmi les premières, le Conseil fédéral, par exemple, voit dans la société de l'information, plus précisément dans l'utilisation des nouvelles technologies, « avant tout une possibilité d'accroître la capacité d'action et les moyens de communication des individus, d'engager et d'approfondir les contacts multiculturels au-delà des frontières et de développer dans le sens voulu les spécificités culturelles et la diversité d'une société démocratique et ouverte. [...]. Elle permettra d'améliorer la situation de l'emploi, la qualité de la vie et l'intégration des personnes handicapées ou âgées et des minorités. Elle peut par ailleurs contribuer à renforcer l'attrait de la place économique suisse et le cadre de vie du pays »[19]. D'un autre côté, le Conseil fédéral « est toutefois conscient que les NTIC [...] comportent des risques en matière de protection de la personnalité et des droits fondamentaux des personnes et qu'elles pourraient mener à des exclusions et à des inégalités sociales ou économiques. A mesure que la société de l'information se développe, l'Etat doit donc veiller à réduire ces risques et à renforcer les facteurs d'intégration »[20]. La société de l'information interpelle donc les autorités étatiques et l'ordre juridique. Les défis qu'elle leur lance sont cependant de nature diverse.

---

16 Pour un aperçu de l'évolution des réseaux, BARRELET (1998), 74, n° 260. Sur la diffusion d'Internet, not. en Suisse, cf. COTTIER (1998a), 143 ss.

17 Sur cette problématique, cf. BALLER (1996), 37 ss.

18 Voir not. BALLER (1996), 37, qui parle d'« Ambivalenz von Chancen und Risiken ». Voir aussi la *Stratégie du Conseil fédéral*, précitée (note 2), FF 1998 2052, où il est question d'« atouts » et de « risques ».

19 *Stratégie*, précitée (note 2), FF 1998 2052.

20 *Stratégie*, précitée (note 2), FF 1998 2052. Pour une description plus concrète des risques liés au développement et à la mise en réseau de gigantesques systèmes d'information, cf. BALLER (1996), 37 ss.

3. Besoins accrus de régulation étatique: une nouvelle discipline juridique, le droit de l'information et de la communication? – Tout d'abord, l'évolution de la société dans le domaine de l'information et de la communication, en particulier l'émergence des nouvelles technologies de l'information et de la communication, provoque, dans certains domaines en tous les cas, un besoin de réglementation, c'est-à-dire appelle une intervention de l'Etat en tant qu'instance de régulation. La société de l'information interpelle l'Etat et les autorités en tant que régulateurs de l'ordre social. Cette fonction de réglementation relève avant tout du constituant et du législateur. Il s'agit, pour le législateur au sens large, d'accompagner ou de diriger, d'orienter ou de canaliser, pour la favoriser ou la freiner, l'évolution dans la société. En d'autres termes, de poser le cadre légal de la communication, de mettre sur pied l'ordre juridique qui régit les domaines de l'information et de la communication[21]. Cette intervention de l'Etat et du droit repose sur la prémisse fondamentale que l'information et la communication, en tant que processus sociaux, sont libres, en ce sens qu'elles se déroulent en principe en dehors du droit et de l'intervention étatique[22]. Néanmoins, l'intervention régulatrice de l'Etat est nécessaire et elle touche différents complexes de problèmes et de normes. D'abord, en amont du phénomène de la communication en quelque sorte, il s'agit d'en choisir le concept fondamental et de l'organiser: c'est la réglementation, constitutionnelle et légale, relative aux médias et aux télécommunications, à leur admission, à leur comportement, leur responsabilité, leur surveillance, leur financement et leur éventuel soutien, etc.[23]. Il s'agit aussi, dans divers domaines, d'assurer juridiquement l'existence de certaines fonctions ou de certains services, d'intérêt général: médias, recherche, enseignement, etc.[24]. D'autre part, en aval, l'ordre juridique est amené à intervenir pour éviter, éliminer, atténuer ou encore sanctionner certains abus qui peuvent résulter de l'information et de la communication. Il s'agit de protéger l'individu, sa personnalité, son honneur, sa sphère privée, sa morale, ou encore son patrimoine, mais aussi la société elle-même, voire l'Etat, contre les abus potentiels de la communication. C'est l'objet du droit pénal, du droit civil, en particulier du droit de la personnalité, mais aussi du droit de la protection des données, de la propriété intellectuelle, du droit de la

21 WEBER (1996), 7, n° 27, et 23 ss, n° 82 ss.
22 DRUEY (1995), 65, 77 ss.
23 WEBER (1996), 7, n° 27.
24 DRUEY (1995), 65.

concurrence et des cartels, entre autres[25], que de trouver les solutions adéquates. Or, l'évolution rapide et radicale des progrès technologiques dans le domaine de l'information et de la communication a fondamentalement accru, au cours des dernières décennies, les besoins d'intervention des autorités en tant qu'instance de régulation. Depuis une vingtaine d'années, « le droit applicable aux communications a changé de fond en comble. Mis à part quelques dispositions pénales, il ne reste pratiquement plus rien du droit applicable à l'époque. Tout a été remodelé et redéfini. Si le législateur, sous la contrainte extérieure, a eu des pulsions de déréglementation dans le domaine des télécommunications, c'est plutôt l'inverse qui s'est produit ailleurs. Les dispositions enserrant la communication dans un cadre plus précis, plus contraignant, se sont multipliées »[26]. Face à ce besoin accru de réglementation induit par la société de l'information est ainsi apparue une nouvelle discipline juridique : le « droit de l'information », le « droit de la communication »[27], ou encore le « droit de l'information et de la communication »[28]. Défini comme l'ensemble des normes qui s'occupent de l'information[29], ce droit ne constitue pas un système spécifique[30], mais bien plus une approche inter- ou pluridisciplinaire des phénomènes de l'information et de la communication, phénomènes qui échappent à une saisie cohérente et systématique par le droit. Peut-être tout simplement parce que l'information est un concept très vaste et imprécis, difficilement saisissable pour et par le droit[31]. Il n'y a donc pas véritablement de système juridique de l'information ou de la communication. L'information n'est saisie et régie par le droit – qui est lui-même information[32] – que lorsqu'il y a à cela une raison particulière[33]. Et les raisons particulières ne manquent certes pas : à la fois processus, contenu et valeur, l'information se trouve aux confins, si ce n'est au point de convergence de toutes sortes de disciplines juridiques, à la rencontre du droit privé et du droit public. Le « droit de l'information » est

---

25 Voir notamment, pour ces différents aspects, BARRELET (1998), 285 ss, spéc. n° 998 ss (droit pénal de la communication), 367 ss, spéc. n° 1265 ss et 1272 ss (droit de la personnalité), 437 ss, spéc. n° 1521 ss (protection des données), 497 ss, n° 1705 ss (propriété intellectuelle), 451 ss, n° 1562 ss (droit de la concurrence), et 473 ss, n° 1633 ss (droit des cartels).

26 BARRELET (1998), Introduction, VII.

27 Ainsi, l'ouvrage de DENIS BARRELET, *Droit suisse des mass media*, 2e éd., Berne, 1987, est devenu, aujourd'hui, *Droit de la communication*, Berne, 1998.

28 Voir l'ouvrage collectif édité par ROLF H. WEBER, *Informations- und Kommunikationsrecht*, 1996, cité.

29 DRUEY (1995), 43.

30 WEBER (1996), 6/7, n° 25.

31 WEBER (1996), 6, n° 24.

32 Cf. à ce sujet DRUEY (1998), 32 ; DRUEY (1995), 83 ; ainsi que WEBER (1996), 6/7, n° 25.

33 WEBER (1996), 6/7, n° 25 ; DRUEY (1995), 106 ss.

donc un ensemble hétérogène de réglementations qui ont pour (unique) point commun de régir l'information.

Le présent rapport se concentrera sur une (petite) partie de ce droit de l'information. Si l'Etat et les autorités sont interpellés par la société de l'information en tant qu'instance de régulation de la vie sociale, ils le sont aussi à un autre titre: en tant que producteurs, détenteurs et diffuseurs potentiels d'information, c'est-à-dire en tant qu'acteurs du processus d'information et de communication.

B. L'information et la communication par les autorités: l'importance et les divers «aspects» de la problématique

1. L'importance croissante de l'information des autorités

4. L'information et la communication des autorités. – Les pouvoirs publics sont aujourd'hui l'un des principaux acteurs du processus d'information et de communication. D'une part, ils recueillent, produisent, détiennent, collectionnent, conservent, utilisent, en un mot: ils traitent des informations et des données[34], qu'ils communiquent ou ne communiquent pas à des tiers, au sens large, c'est-à-dire des particuliers, mais aussi d'autres autorités. D'autre part, l'Etat et les autorités ne se contentent plus de réglementer la vie en communauté par l'adoption de règles générales et abstraites et l'application de ces règles à des cas individuels et concrets. Non seulement ils légifèrent, réglementent, décident, jugent, planifient, coordonnent, sanctionnent, etc., mais encore ils informent, communiquent, pratiquent les «relations publiques»[35]. Ainsi, l'Etat se présente, par rapport à ses citoyennes et à ses citoyens, par rapport à la société civile, comme un détenteur et un fournisseur d'informations et de messages divers[36] et ses relations avec les particuliers apparaissent de plus en plus comme des relations de communication[37]. Cette activité d'information et de communication est même en passe de devenir, pour beaucoup, l'une des tâches les plus importantes des pouvoirs publics. Elle est considérée comme un aspect essentiel des tâches gouvernementales[38]. Elle doit donc être prise en charge,

34 Cf. SCHWEIZER (1995a), 86.

35 Voir à ce sujet le titre de la contribution de BARRELET (1996): «L'Etat entre le devoir d'informer et le désir de cultiver ses relations publiques».

36 MÜLLER/MÜLLER-GRAF (1995), 357.

37 Cf. SCHWEIZER (1995a), 86; SCHWEIZER/BURKERT (1996), 1, n° 1 ss.

38 RHINOW (1996), 94: «Die Kommunikationsaufgabe ist zu einem wichtigen Aspekt der Führungsfunktion geworden».

au moins dans les affaires importantes, par les plus hautes sphères de l'Etat[39].

5. L'intérêt croissant pour les activités d'information et de communication de l'Etat et des autorités. – Si l'information de et par l'Etat a sans doute toujours existé, dans une mesure certes moindre qu'aujourd'hui, elle est longtemps demeurée une affaire purement interne, soustraite à l'emprise du droit. L'évolution des techniques d'information et de communication, qui ont indiscutablement accru les potentialités et l'impact de l'information des autorités, en ont par la même occasion modifié la perception. On assiste, depuis quelques années, à un intérêt croissant pour le domaine de l'information et la communication de l'Etat et des autorités[40]. Sur le plan politique, on admet, de plus en plus, que l'information et la communication de l'Etat et des autorités constituent un élément essentiel de leur image. On va même jusqu'à affirmer aujourd'hui, très officiellement, qu'il « n'y a plus que les faits qui déterminent l'image (notamment de la politique) ; la manière d'informer au sujet des événements et des incidents devient de plus en plus décisive. Même une bonne politique n'est plus remarquée si elle ne parvient pas à se faire connaître », comme l'a relevé récemment la Commission de gestion du Conseil national[41], qui poursuit : « informations et activités d'information font obligatoirement et intégralement partie de la planification, de l'action et de la conduite politico-administratives »[42]. Quatre raisons justifient, aux yeux de la commission, l'importance de l'information des pouvoirs publics : la transparence, la participation politique, la motivation à la mise en œuvre et la présentation des prestations de l'Etat. Tout d'abord, « [l]'action de l'Etat trouve sa légitimité dans la transparence vis-à-vis du public. Lorsque le gouvernement, le parlement et l'administration fournissent activement et spontanément des informations sur les affaires qu'ils traitent, il y a une chance pour que l'action politique et le travail de l'administration soient plus largement acceptés ». Ensuite, une « information complète de la population est à la fois la base et la condition nécessaire à sa participation au processus démocratique de formation de

39 Ainsi, dans son rapport du 29 mai 1997 sur *Les activités déployées par le Conseil fédéral et l'administration fédérale en matière d'information lors de situations extraordinaires*, la Commission de gestion du Conseil national considère que « [c]'est justement lors de situations difficiles que les chefs de départements responsables, voire le président de la Confédération doivent être présents » (FF 1997 III 1401, spéc. 1439).

40 Cf. SCHWEIZER/BURKERT (1996), 1, n° 1 ss ; cf. aussi BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 309/310.

41 Rapport de la Commission de gestion du Conseil national (cité note 39), FF 1997 III 1401, spéc. 1405. Cf. aussi RHINOW (1996), 94 : « Wenn der Satz stimmt – und vieles spricht dafür – dass eine erfolgreiche Botschaft zu 50 Prozent auf Kommunikation besteht, dann sind auch entsprechende Konsequenzen zu ziehen ».

42 Rapport cité (note 39), FF 1997 III 1401, spéc. 1406.

l'opinion. Ce n'est que dans la mesure où ils sont informés, que les citoyens sont véritablement en mesure de participer aux décisions démocratiques». Troisièmement, «[l]'information de la population est aussi un fondement et une condition qui la motive à participer au fonctionnement de l'Etat, à la mise en œuvre des mesures et dispositions étatiques ou à les accepter. Le manque d'information engendre le désintérêt, des malentendus ou des aversions». Enfin, une «information objective, et ce n'est pas son moindre rôle, sert à présenter les prestations de la politique et de l'administration au public – à qui elles sont destinées – afin de susciter la compréhension pour les développements, les événements, les droits et surtout les devoirs dans le cadre de l'Etat»[43].

6. L'information des autorités saisie par le droit: vers un droit de l'information étatique ? – A cet intérêt accru pour les activités d'information de l'Etat correspond aussi une juridicisation[44] de l'information des autorités. On voit apparaître de nouvelles réglementations qui ont précisément pour objet de régir l'activité d'information des autorités[45]. Au point que certains auteurs n'hésitent pas à concevoir une nouvelle discipline juridique, partie du droit général de l'information et de la communication (n° 3 ci-dessus), le droit de l'information de l'administration («Verwaltungsinformationsrecht»)[46]. Ce droit réunit l'ensemble des réglementations qui ont pour objet les processus d'information et de communication entre l'administration et les particuliers, d'une part, mais aussi à l'intérieur de la structure étatique, d'autre part, que ce soit au sein de l'administration elle-même, entre les diverses administrations entre elles ou entre les divers pouvoirs étatiques[47]. En tant que telle, cette nouvelle discipline ne constitue pas une nouvelle branche du droit administratif spécial, mais relève du droit public général, du droit administratif mais aussi du droit constitutionnel[48].

2. Les divers «aspects» de l'information des autorités

7. Les «aspects» de l'information. – A vrai dire, l'information des autorités doit, comme l'ont récemment mis en évidence RAINER SCHWEIZER et HERBERT BURKERT, être considérée sous différents «aspects», comme ces

43 Ibid., 1406.

44 SCHWEIZER/BURKERT (1996), 29, n° 74.

45 SCHWEIZER/BURKERT (1996), 6/7, n° 18.

46 Voir la contribution de SCHWEIZER/BURKERT (1996), notamment son titre, ainsi que 2, n° 7, et 6/7, n° 18 à 20. Dans ce sens déjà, SCHWEIZER (1995a), 86.

47 Voir SCHWEIZER/BURKERT (1996), 7, n° 19.

48 Voir SCHWEIZER/BURKERT (1996), 7, n° 19.

auteurs les appellent[49]. Du point de vue des autorités elles-mêmes, l'information peut constituer un (simple) instrument de travail. Mais la mise à disposition d'informations peut aussi représenter une prestation de services que l'Etat offre au public. En troisième lieu, l'information peut se concevoir aussi comme un moyen de communication et d'action. Enfin, elle apparaît également, et de plus en plus, comme un bien ou un service économique, un produit de l'administration, susceptible d'exploitation commerciale[50]. La classification n'est pas étanche : les mêmes informations peuvent apparaître sous plusieurs de ces aspects, voire même changer de nature avec le temps[51].

8. L'information comme instrument ou outil de travail. – L'information peut donc apparaître, avant tout, comme un instrument ou un outil de travail des autorités. Les pouvoirs publics ont besoin, pour accomplir les tâches que l'ordre juridique leur attribue, et prendre les décisions que cela implique, d'informations de toutes sortes. Le législateur fondera par exemple ses décisions sur certaines données statistiques ou sociologiques, les autorités judiciaires sur des informations de police criminelle, etc. Aussi, l'administration récolte, conserve, produit et utilise une foule d'informations. Ainsi, pour ne prendre que quelques exemples récents, l'Office central des armes gère un fichier informatisé sur les acquisitions d'armes par des particuliers[52], les Offices centraux de police criminelle de l'Office fédéral de la police gèrent différents systèmes de traitement des données, en matière de lutte contre la fausse monnaie, la traite des êtres humains et la pornographie[53], en matière de lutte contre le crime organisé[54]

---

49 SCHWEIZER/BURKERT (1996), 2, n° 8.

50 Sur ces « aspects » de l'information administrative, SCHWEIZER/BURKERT (1996), 3 ss, n° 9 ss, qui rangent toutefois les deux premiers aspects sous le titre de « Verwaltungsinformation als Arbeitsmittel ».

51 Cf. SCHWEIZER/BURKERT (1996), 2, n° 8, et 3, n° 12.

52 Art. 13 et 14 de la *loi fédérale sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions*, du 20 juin 1997 (LArm, RS 514.54 ; RO 1998 2535), ainsi que 40 ss de l'ordonnance du même nom, du 21 septembre 1998 (OArm, RS 514.541 ; RO 1998 2549).

53 Art. 11, 12, 13 et 15 de la *loi fédérale sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération*, du 7 octobre 1994 (LOC, RS 172.213.71), ainsi que l'*ordonnance sur le système de traitement des données en matière de lutte contre la fausse monnaie, la traite des êtres humains et la pornographie*, du 28 septembre 1998 (ordonnance FAMP, RS 172.213.713 ; RO 1998 2337).

54 Art. 11, 12, 13 et 15 LOC (précitée, RS 172.213.71), ainsi que l'*ordonnance sur le système de traitement des données en matière de lutte contre le crime organisé*, du 19 novembre 1997 (ordonnance ISOK, RS 172.213.712 ; RO 1998 43).

ou encore en matière de blanchiment d'argent[55]. Dans le même ordre d'idée, la protection de la sûreté intérieure suppose la recherche et le traitement d'informations[56]. Si ces activités de recherche et de traitement d'informations ont sans doute toujours existé, on assiste, depuis quelques années, à une très forte extension de leur réglementation, comme le montrent les exemples cités. Cela est dû, sans doute, à l'utilisation accrue du traitement électronique des informations par l'Etat, qui touche les droits fondamentaux des particuliers et appelle ainsi de nouvelles barrières, destinées à protéger ceux-ci. C'est notamment la tâche du droit de la protection des données[57].

9. L'information comme prestation de services. – Il arrive aussi que la fourniture d'informations, que ce soit à l'intention de l'administration ou du public en général, constitue l'objet même de la tâche d'une entité étatique. L'information est alors conçue comme une prestation de services mise à disposition par l'Etat[58]. Ainsi, certaines administrations publiques ont pour tâche principale de fournir des services d'information, à d'autres autorités, mais aussi aux particuliers, à des fins de recherche notamment. On peut sans doute ranger dans cette catégorie les informations qui sont contenues dans certains registres publics[59], tels les registres de l'état civil, le registre du commerce ou encore le registre foncier[60]. Entrent également dans cette catégorie les activités et prestations de certains services, comme l'Office fédéral central des imprimés et du matériel, qui assure entre autres la publication et la diffusion des textes officiels, ou les Archives fédérales[61]. L'exemple type est peut-être celui de l'Office fédéral de la statistique, qui, en tant que service statistique central de la Confédération, « fournit des prestations de nature statistique aux unités administratives de la Confédération, ainsi qu'à d'autres utilisateurs de la statistique fédérale et au

55 Art. 23 III de la *loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier*, du 10 octobre 1997 (LBA, RS 955.0; RO 1998 892), ainsi que l'*ordonnance sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent*, du 16 mars 1998 (OBCBA, RS 955.23; RO 1998 905).

56 Voir les art. 10 ss de la *loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure*, du 21 mars 1997 (LMSI, RS 120; RO 1998 1546).

57 Cf. SCHWEIZER/BURKERT (1996), 1, n° 2, ainsi que 15 ss, n° 40 ss et 44 ss.

58 Cf. SCHWEIZER/BURKERT (1996), 3, n° 10: peu importe à cet égard que l'information serve aussi les besoins de l'administration elle-même. Il suffit que sa mise à disposition constitue l'objet même de l'activité de l'autorité.

59 Cf. SCHWEIZER/BURKERT (1996), 3, n° 10.

60 Sur les registres publics, voir ci-dessous, n° 92.

61 Cf. SCHWEIZER (1995), 81. Sur l'archivage, voir ci-dessous, n° 94.

public »[62]. Mais on peut songer aussi à l'Institut suisse de météorologie[63], ou même à l'Institut suisse de droit comparé, qui constitue « un centre de documentation et de recherche », ayant notamment pour fonctions de « [m]ettre à disposition des autorités et de l'administration fédérale les documents et les études nécessaires pour les lois et les conventions internationales », mais aussi de « donner des renseignements et des avis de droit ... à d'autres intéressés »[64]. Là encore, on peut noter que ces activités de service ont actuellement tendance à faire l'objet d'une réglementation sensiblement plus précise et détaillée que par le passé, dans le but notamment de déterminer clairement les conditions d'accès des particuliers, mais aussi, et même surtout, de permettre à l'administration et à la caisse publique de tirer un avantage financier de ces prestations[65].

10. L'information comme bien économique. – On touche là un troisième aspect de l'activité d'information des autorités, celui de l'exploitation commerciale du bien économique que représente le potentiel d'informations qui se trouve en mains des autorités[66]. Indépendamment des raisons pour lesquelles elles ont été récoltées ou produites, certaines informations détenues par les autorités sont en effet susceptibles d'intéresser le marché de l'information et, donc, d'une exploitation commerciale de la part de l'Etat. Les déficits budgétaires des pouvoirs publics ne font qu'accentuer la pression dans cette direction. Plusieurs exemples récents témoignent du reste des velléités de commercialisation de différents produits de l'administration[67]. La révision en cours de la législation relative à l'Institut suisse de météorologie en offre une autre illustration[68]. Mais cette tendance à la commercialisation, voire à la privatisation de certains services publics se heurte à différents obstacles juridiques, tels que le droit des émoluments, mais aussi, plus généralement, le problème du droit de la concurrence et de

62 Art. 10 I de la *loi sur la statistique fédérale*, du 9 octobre 1992 (LSF, RS 431.01) ; voir aussi les art. 1er et 18 ss de cette loi, sur les buts, ainsi que sur les publications et autres prestations de service de la statistique fédérale.

63 Voir la *loi concernant la station centrale suisse de météorologie*, du 27 juin 1901 (RS 429.1), et surtout le message relatif à sa révision, cité note 68 ci-dessous.

64 Art. 2 et 3 de la *loi fédérale sur l'Institut suisse de droit comparé*, du 6 octobre 1978 (RS 425.1), ainsi que 2 ss de l'*ordonnance sur l'Institut suisse de droit comparé*, du 19 décembre 1979 (RS 425.11).

65 Cf. SCHWEIZER (1995a), 81.

66 SCHWEIZER/BURKERT (1996), 6, n° 17.

67 Pour des exemples, cf. SIDLER (1994), 11 ss.

68 Voir le *message* du Conseil fédéral *concernant le projet de loi fédérale sur la météorologie et la climatologie* (LMét), du 22 avril 1998, FF 1998 3613, loi appelée à remplacer celle du 27 juin 1901 (citée note 63 supra).

l'intervention de l'Etat dans l'économie[69]. La diffusion et la publication électroniques des textes de lois illustre elle aussi ce problème: ainsi, la (nouvelle) *ordonnance concernant la publication électronique de données juridiques* prévoit que la Confédération doit se borner à publier les données juridiques brutes, c'est-à-dire à assurer la desserte de base. Les services fédéraux ne peuvent faire plus, c'est-à-dire publier par exemple des ouvrages dans lesquels les textes juridiques de base sont assortis de commentaires de particuliers ou sont interconnectés avec des publications du secteur privé, que s'il s'agit de «répondre à un besoin de la société ou à un intérêt général qui n'est pas satisfait par le secteur privé»[70].

11. L'information en tant que moyen de communication. – L'information n'est cependant pas seulement, pour l'autorité, un outil de travail, une prestation de services ou encore un produit marchand. Elle représente aussi, et peut-être surtout, un instrument de communication avec le public et, souvent, d'action sur celui-ci. Comme on l'a vu, l'information et la communication tendent en effet à devenir un élément essentiel pour l'image même de l'autorité auprès du public, qui renforce la confiance dans l'action et l'activité de l'autorité étatique, facilite la compréhension et l'acceptation à l'égard des mesures prises ou à prendre, etc. L'information et la communication peuvent même, à certains égards, remplacer d'autres moyens d'actions, tels des injonctions ou des interdictions. Or, cette prise de conscience de l'importance accrue de l'information en tant que moyen de communication et d'action des autorités soulève toute une série de questions plus ou moins nouvelles, en termes aussi bien de communication de masse que de communication individuelle[71].

D'un côté, on peut ainsi se demander, tout d'abord, si et dans quelle mesure, à quelles conditions, l'Etat et les autorités ont un *droit* d'informer, le droit de chercher, par l'information, à sensibiliser l'opinion publique, à en gagner la confiance, à l'influencer, que ce soit en amont de la formation de la volonté politique, notamment avant ou à l'occasion des décisions populaires, ou en aval, dans la mise en œuvre de l'action administrative et des politiques publiques. Concrètement: les autorités ont-elles le droit d'expliquer leurs intentions, de communiquer leur appréciation de la situation, de défendre leurs projets afin d'en obtenir l'acceptation lors des votations populaires? Ont-elles le droit, une fois prises les décisions politiques, d'utiliser le moyen de l'information, en vue de sensibiliser

69 SCHWEIZER/BURKERT (1996), 6, n° 17. Sur la problématique, cf. not. SIDLER (1994), 11 ss, avec d'autres références; cf. aussi, maintenant, BIAGGINI, (1998), 67 ss.

70 Art. 4 de l'ordonnance, du 8 avril 1998, en vigueur depuis le 1er juillet 1998 (RS 170.512.2). Sur cette ordonnance, cf. aussi FROSSARD (1998), 217 ss, et, à propos du coût du service, COTTIER (1998b), 145.

71 Cf. SCHWEIZER/BURKERT (1996), 5, n° 15.

l'opinion, voire d'orienter les comportements du public, afin de garantir ou de renforcer la réalisation et l'efficacité des politiques publiques, par exemple dans les domaines de la protection de la santé ou de l'environnement, de la lutte contre les maladies transmissibles ou encore de l'utilisation économe des ressources énergétiques ? Ont-elles, plus généralement, le droit de « cultiver leurs relations publiques », de soigner leur image auprès du public, dans le but d'améliorer l'efficacité de leur action, mais aussi, tout simplement, de renforcer leur propre légitimité et leur existence ? D'un autre côté, une telle activité d'information ne constitue-t-elle pas, plus qu'un droit, un *devoir* des autorités ? Ces dernières n'ont-elles pas, de manière générale ou dans certaines hypothèses particulières, l'obligation d'informer la population ? Ne doivent-elles pas, en démocratie directe, expliquer aux citoyennes et aux citoyens les tenants et aboutissants, les enjeux d'une votation populaire ? Ne sont-elles pas tenues d'avertir le public, de le mettre en garde, face aux risques inhérents à telle ou telle activité, à tel ou tel comportement ou à tel ou tel produit ?

A l'inverse, du point de vue des particuliers, on peut se demander aussi s'ils n'ont pas, eux-mêmes, le droit de requérir et d'obtenir des autorités des informations, non seulement celles que les autorités veulent bien leur fournir spontanément, mais encore celles qui les intéressent, même contre la volonté des autorités. En d'autres termes, faut-il reconnaître un droit de savoir, un droit des particuliers à l'information, à la transparence des activités étatiques et à la publicité des documents officiels ? Ce droit doit-il être limité aux informations qui touchent personnellement les particuliers, qui les concernent, ou peut-il, voire doit-il être général ? Faut-il, autrement dit, reconnaître un droit général d'accès aux informations de l'Etat ou, au contraire, se contenter de droits d'accès spécifiques, sectoriels ?

C. L'information insaisissable

1. L'ambivalence et l'ambiguïté de l'information des autorités

12. L'information entre le droit et le non-droit. – C'est essentiellement à ces questions que s'intéressera le présent rapport. Elles ne sont certes pas nouvelles. Elles ont déjà fait couler beaucoup d'encre, au point qu'on peut se demander s'il y a encore un sens à les poser. Pour beaucoup d'entre elles, le droit positif donne d'ailleurs des réponses. Pour les autres, la jurisprudence et/ou la doctrine ont élaboré et proposé des solutions. Mais ces réponses et ces solutions sont le plus souvent ponctuelles et partielles. Et elles sont discutées, controversées mêmes, pour la plupart d'entre elles. Dans l'ensemble, même si l'on admet que l'information des autorités

représente aujourd'hui, sur le plan politique, un moyen d'action toujours plus important (n° 5 ci-dessus), force est de reconnaître que son «statut» juridique demeure flou et peu clair. Le droit public éprouve en effet certaines difficultés à saisir les activités d'information et de communication de l'Etat et des autorités. Sur le fond, l'information officielle paraît s'inscrire dans une sorte de «zone grise»[72]. Elle oscille entre le licite et l'illicite, l'obligatoire, le souhaitable et l'illégal, le droit et le non-droit. D'un côté, on exige toujours plus des autorités qu'elles informent le public sur leur activité, sur leurs projets et leurs intentions, sur les dangers et les risques qui le menacent, etc. De l'autre côté, et dans le même temps[73], leur activité en la matière est régulièrement critiquée et attaquée, que ce soit sur le plan politique[74] ou par une mise en cause de leur responsabilité[75]. La problématique de l'application aux activités d'information des autorités des principes généraux du droit public illustre parfaitement cette ambiguïté ou cette ambivalence de la place de l'information. Faut-il, par exemple, toujours exiger une base légale pour que les autorités puissent informer? ou une telle base légale n'est-elle nécessaire que lorsque les activités d'information «touchent» les droits fondamentaux des particuliers? ou faut-il, tout au contraire, considérer qu'une base légale est nécessaire non pas pour ouvrir les canaux de l'information, mais pour les fermer, c'est-à-dire pour que les autorités puissent restreindre la liberté d'information ou refuser au public l'accès à des informations qu'elles détiennent? Ou encore, les deux à la fois? Les autres principes généraux du droit public offrent la même image paradoxale: on les retrouve aussi bien en amont de l'information, en particulier comme source d'obligation, pour les autorités, d'informer le public, qu'en aval, comme limite ou restriction de l'activité d'information[76]. Ainsi, par exemple, le principe de proportionnalité peut imposer aux autorités une obligation d'informer[77]; dans le même temps, il s'applique au traitement de l'information, laquelle doit être appropriée, adéquate et nécessaire[78]. On pourrait sans doute multiplier les exemples, que

72 Pour cette expression («Grauzone»), BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 309; cf. aussi MÜLLER/MÜLLER-GRAF (1995), 361, qui l'utilisent à propos des actes étatiques informels, dans lesquels sont généralement classées les activités d'information.

73 Cf. sur ce point BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 351.

74 Voir, par ex., le Rapport de la Commission de gestion du Conseil national (cité note 39), FF 1997 III 1401.

75 Voir par ex. ATF 118 Ib 473, *Laiteries Réunies*.

76 Cf. BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 325, à propos du principe de proportionnalité.

77 Voir ATF 123 I 112 (115ss), *Himmelberger*, à propos de la loi genevoise sur les transplantations d'organes, n° 79 ci-dessous, dans le texte.

78 Voir not. SCHWEIZER/BURKERT (1996), 12/13, n° 29 ss, spéc. 33.

ce soit à propos du principe de l'égalité de traitement, de celui de la bonne foi, ou d'autres encore.

13. Un caractère nécessairement insaisissable ? – Cette ambivalence n'est certes pas propre à l'information officielle; elle est inhérente à toute information. Ainsi, par exemple, l'information et la transparence constituent, selon le Tribunal fédéral, un élément nécessaire à une saine concurrence[79]; dans le même temps, cependant, une information peut constituer un acte de concurrence déloyale[80]. L'ambivalence de l'information est donc due, intrinsèquement, au fait que l'information n'a pas de valeur en soi: elle est contextuelle[81].

La difficulté qu'éprouve le droit public à saisir les activités d'information des autorités s'explique cependant aussi pour d'autres raisons. D'abord, à l'évidence, la problématique est relativement nouvelle, ou du moins l'évolution des techniques et des technologies de l'information lui a-t-elle conféré une ampleur nouvelle, qui modifie la perception qu'on peut en avoir. Cela explique que les conceptions en la matière – quant au traitement juridique de l'information par les autorités – sont en pleine évolution et ont tendance à changer, ainsi qu'en témoigne, par exemple, la discussion actuelle sur la place et le rôle de l'information des autorités dans le contexte des votations. D'autre part, la difficulté qu'éprouve l'ordre juridique à saisir les activités d'information et de communication des autorités résulte aussi de ce que ces activités n'empruntent en général pas les formes traditionnelles du droit public, celles soit des règles générales et abstraites, soit des décisions.

2. La nature juridique des activités d'information

14. Actes matériels et activités informelles. – L'information des autorités est en effet généralement rattachée à la catégorie, résiduelle, des actes étatiques matériels[82], à savoir des «actions administratives qui n'ont pas pour objet de produire un effet juridique»[83], ou à celle des activités étatiques

79 ATF 124 II 114 (118), *Sammelstiftung X. g. BSV*: «Wettbewerb bedingt [jedoch], um lauter zu sein, eine möglichst vollständige und transparente Information der Wettbewerbsteilnehmer».

80 ATF 124 III 72 (74 ss), *SRG g. Dr. Wild & Co. AG.*

81 Voir not. DRUEY (1995), 47 ss, spéc. 73/74.

82 Les «Realakten»: cf. RICHLI (1991), 168; NÜTZI (1995), 68 ss, 70. Cf. aussi MORAND (1998), 176 ss; KNAPP (1991), 66; MOOR (1991), 19 ss, n° 1126.

83 MOOR (1991), 19 ss, n° 1126.

informelles[84], c'est-à-dire des activités qui se déroulent en dehors des formes traditionnelles, en particulier en dehors de la décision[85]. Or, forme typique du droit public, la décision constitue « le point de rattachement d'un ensemble complexe de relations juridiques », produisant un effet juridique sur son destinataire, l'administré, mais liant aussi son auteur, l'administration[86]. C'est ainsi, généralement, à l'acte juridique que représente la décision qu'est rattachée l'existence de la procédure administrative, ainsi que celle d'une voie de recours, qui permet de faire contrôler la régularité de cet acte[87]. Autrement dit, dans la conception traditionnelle, la voie du recours est réservée aux décisions, et l'absence de décision entraîne l'absence de possibilité de contester l'acte en question[88]. La seule protection offerte aux particuliers de faire contrôler la régularité de cet acte réside alors dans le droit de la responsabilité[89]. Cela à moins que la loi n'institue, d'une manière ou d'une autre, une possibilité de contestation – ce que la législation récente fait ponctuellement[90] –, ou encore que le juge puisse « construire » parfois « une relation juridique qui lui permette d'entrer en matière »[91]. C'est du reste ce qu'il a fait pour les activités d'information dans le domaine des droits politiques[92]. A défaut, l'acte matériel, l'activité d'information, échappe au pouvoir du juge et ne peut donc être « saisi » par le droit. Or, ce caractère ponctuel de la « construction » d'une voie de droit a sans doute largement déterminé et conditionné l'approche juridique traditionnelle de la problématique de l'information par les autorités.

---

84 Cf. MOOR (1991), 26 ss, n° 1132; RICHLI (1992), 196 ss; NÜTZI (1995), 72 ss, 74. La notion d'activités informelles a des contours à vrai dire peu clairs: voir les auteurs cités, ainsi que BARTHE (1993), 115 ss.

85 Cf. RICHLI (1992), 196 ss, qui utilise l'expression de « verfügungsfreies Staatshandeln ».

86 MOOR (1991), 4/5, n° 1112.

87 Cf. RICHLI (1991), 168; RICHLI (1992), 196 ss; MOOR (1991), 5/6, n° 1112.

88 Cf. MOOR (1991), 22, n° 1126, 103 ss, n° 211 et 2121, ainsi que 372 ss, n° 5422; RICHLI (1991), 168; RICHLI (1992), 198. Voir les art. 44 PA, ainsi que 97 et 128 OJ. Mais cela vaut aussi pour le recours de droit public: art. 84 OJ; cf. BARRELET (1996), 318, KÄLIN (1994), 150 ss.

89 Cf. MOOR (1991), 22, n° 1126; RICHLI (1991), 168; RICHLI (1992), 198. Ou dans la dénonciation: cf. MOOR (1991), 107, n° 2121.

90 Voir à ce sujet, et pour des exemples, RICHLI (1998), 1430 ss, qui mentionne les lois sur les télécommunications, sur les transports, sur la protection des données, sur les marchés publics et sur l'égalité.

91 Cf. MOOR (1991), 22, n° 1126, et surtout 372 ss, n° 5422. Sur les diverses possibilités d'une telle construction en vue d'élargir la protection juridique à l'égard des actes matériels, cf. RICHLI (1992), 200 ss, qui proposait d'ouvrir la voie du recours contre de tels actes, en considérant que l'objet du recours s'étend non seulement aux décisions, mais aussi aux actions ou omissions de l'autorité, sur le modèle de la figure, connue, du déni de justice formel. Voir maintenant, sur l'état de la discussion et des diverses propositions, RICHLI (1998), 1426 ss, spéc. 1438 ss. En plus des références données par cet auteur, voir aussi BARRELET (1996), 318/319, qui propose d'admettre que ces actes (d'information) sont des décisions.

92 Cf. MOOR (1991), 22, n° 1126; RICHLI (1998), 1430.

D. L'approche juridique traditionnelle : typologie des activités d'information et de communication des autorités ?

1. L'approche traditionnelle

15. Une approche casuistique, ponctuelle et sectorielle. – L'approche traditionnelle des activités d'information et de communication des autorités est en effet – ou du moins semble – essentiellement casuistique, ponctuelle et sectorielle. Sur le plan du droit positif, tout d'abord, les activités d'information et de communication des autorités ne font l'objet – en droit fédéral tout au moins[93] – d'aucune réglementation générale. Aucune loi ne règle de manière générale et systématique le droit ou l'obligation des autorités d'informer, pas plus que les droits d'accès des individus[94]. Il existe en revanche de nombreuses règles spéciales et spécifiques qui régissent certains aspects particuliers des activités d'information et de communication des autorités, instituant des autorisations ou des obligations spécifiques d'informer, voire accordant aux particuliers des droits d'accès aux informations de l'Etat[95]. On assiste même, depuis quelques années, à une forte augmentation de ces réglementations qui traitent de l'un ou l'autre aspect de l'information de ou par les autorités. Elles demeurent cependant ponctuelles et sectorielles, ne visant que certains aspects déterminés des activités d'information des autorités.

La situation n'est guère différente sur le plan dogmatique. Les ouvrages, monographies et autres contributions traitant de l'information des autorités tendent à devenir légion. Mais, là encore, l'approche est le plus souvent sectorielle et ponctuelle : devant l'ampleur du sujet, on étudie un volet particulier de la problématique. Ainsi, la problématique de l'information des autorités a été longuement et abondamment discutée et disséquée, tant dans la jurisprudence qu'en doctrine, pour ce qui est du domaine des droits politiques. En dehors de ce domaine, en revanche, l'intérêt juridique pour l'information des autorités est plus récent et s'est focalisé essentiellement sur une forme particulière, l'information qu'on appelle incitatrice, c'est-à-dire qui vise à sensibiliser le public ou à influencer ses comportements. Et chacun de ces « domaines » est examiné et analysé séparément, pour lui-même. Il en résulte une approche fondée sur toute une série de distinctions et de classifications, selon l'objet sur lesquels porte l'information, son contenu, ses destinataires ou encore ses moyens. S'est ainsi créée une sorte de typologie des activités d'information et de communication des

93 Certains droits cantonaux doivent être réservés : cf. ci-dessous, n° 105 ss, dans le texte.

94 Cf. VORBRODT STELZER (1995), 47.

95 Cf. VORBRODT STELZER (1995), 47 ss ; SCHWEIZER (1995a), 80.

autorités, chaque type, chaque secteur ayant son propre traitement juridique, son propre régime. On rappellera succinctement ici les principales distinctions et classifications généralement proposées.

2. Les distinctions selon l'objet et le contenu de l'information

16. L'information dans le domaine des droits politiques, l'information générale sur l'activité administrative et l'information « incitatrice ». – Une première classification, assez répandue, bien que pas toujours explicite, est celle qui consiste à distinguer les activités d'information des autorités selon leur objet, plus précisément le domaine sur lesquels elles portent. Ainsi, d'une part, l'information dans le domaine des droits politiques, c'est-à-dire l'information en relation avec les élections et les votations, fait presque systématiquement l'objet d'un traitement spécial et séparé de celui des autres activités d'information des autorités. Les monographies qui traitent de l'information en général excluent cette forme d'information de leur objet d'étude[96]. Inversement, les ouvrages qui traitent de l'information dans le domaine des droits politiques prennent généralement soin d'en séparer l'information en dehors de ce domaine[97]. D'autre part, pour ce qui est de cette dernière, c'est-à-dire de l'information en dehors des droits politiques, on distingue et on oppose souvent deux autres formes ou catégories d'information : l'information sur l'activité étatique ou administrative en général, d'un côté, et l'information comme moyen d'accomplir une tâche étatique, l'information *incitatrice* (« verhaltenslenkende Information »), de l'autre[98]. Certains auteurs proposent une distinction quelque peu différente, mais finalement assez proche, en se fondant sur les diverses fonctions étatiques, pour opposer, d'un côté, l'information qui relève de la fonction gouvernementale, c'est-à-dire l'information générale en tant que tâche du gouvernement (« Information als Regierungsaufgabe »), d'un côté, à l'information qui relève de la fonction administrative (« Information als Verwaltungsaufgabe »), de l'autre ; cette dernière se décompose elle-même en plusieurs catégories, notamment l'information sur l'activité administrative, l'information dans le domaine de l'activité étatique économique et

96 Voir par exemple BARTHE (1993), 12, note 50.

97 Voir HANGARTNER (1994), 247, qui relève que l'information en dehors des campagnes de vote n'a guère été étudiée.

98 Pour cette distinction, cf. BARTHE (1993), 15 ; SUTTER-SOMM (1991), 125 ss ; MÜLLER/MÜLLER-GRAF (1995), 363/364.

l'information incitatrice[99]. Quoi qu'il en soit de la classification, c'est essentiellement cette dernière forme de l'information incitatrice qui suscite l'intérêt de la doctrine. Elle se caractérise par le fait qu'elle vise à influencer le public, en l'incitant à adopter, à abandonner ou à modifier un comportement déterminé, dans le but d'aboutir à un certain résultat dans un domaine politique donné[100]. Elle n'a pas pour but d'informer le public sur l'activité de l'Etat ou de l'administration, mais constitue en elle-même un moyen d'action de l'administration[101]. Elle est directement finalisée et remplace ou complète en quelque sorte un autre moyen d'action, tel un ordre ou une interdiction[102]. Au contraire, l'information générale sur l'activité de l'Etat a pour objet d'informer le public, de manière aussi objective que possible, sur les activités des autorités, leurs objectifs, les mesures prises ou à prendre, les fondements des décisions, etc. Elle ne vise pas à influencer les comportements dans un sens déterminé, mais a pour but plus général d'assurer la transparence des activités de l'Etat, afin d'établir ou de rétablir le consensus et la confiance à leur égard[103]. Certains auteurs relèvent parfois que, alors que l'information générale se sert essentiellement des moyens de communication traditionnels, tels que communiqués ou conférences de presse, l'information incitatrice tend à utiliser les moyens les plus modernes et diversifiés : spots publicitaires, expositions, cadeaux, etc.[104]. A côté de cette double distinction, sur laquelle on reviendra plus loin, d'autres distinctions sont parfois proposées en ce qui concerne l'objet de l'information. Ainsi, il arrive qu'on sépare l'information en général de l'information dans des circonstances exceptionnelles, de crise ou d'émergence par exemple[105].

---

99 Ainsi, NÜTZI (1995), 29 ss et 32 ss. Voir aussi, pour une autre distinction, KNAPP (1991), 76 ss, qui oppose l'information sur « l'exécution de règles », c'est-à-dire l'information que l'autorité donne au public « sur ses activités, sur la situation du droit et sur la mise en œuvre de la législation », à l'information sur la « promotion de règles ou de comportements », qui comprend « [l]es campagnes dites de sensibilisation, [l]es campagnes d'information sur des intentions des autorités, [l]es campagnes en vue de modifier le comportement des individus et [l]es campagnes de pure propagande ». Ailleurs (56/57), cet auteur distingue six objets possibles de l'information : l'information sur les activités de l'autorité en cause, l'information des citoyens sur les possibilités que leur offre le service public, la campagne dite de sensibilisation de l'opinion, l'information sur les intentions de réglementation et d'intervention de l'autorité, les campagnes tendant à modifier le comportement des citoyens et la pure propagande.

100 Voir NÜTZI (1995), 35 ss.

101 Voir NÜTZI (1995), 36.

102 Cf. BARTHE (1993), 15 ; MÜLLER/MÜLLER-GRAF (1995), 363/364.

103 Cf. BARTHE (1993), 15 ; MÜLLER/MÜLLER-GRAF (1995), 363.

104 Cf. not. NÜTZI (1995), 38.

105 Voir à ce sujet le rapport de la Commission de gestion du Conseil national (cité note 39), FF 1997 III 1401 ss.

17. Les distinctions quant au contenu de l'information: information, publicité et propagande, etc. – On trouve aussi toutes sortes de distinctions et nuances s'agissant du contenu proprement dit de l'information. Ainsi, on distingue les informations sur des faits, les recommandations et les informations sur une situation juridique[106]. Ailleurs, on oppose l'information, qui porte sur des faits, à l'opinion, qui relève de l'appréciation personnelle[107]; ailleurs encore, on sépare les faits des opinions[108], distinction à laquelle l'ordre juridique attache parfois certaines conséquences[109]. Enfin, on distingue également l'information, ou l'information objective, d'un côté, et la propagande[110] ou la publicité[111], de l'autre. Comme le relèvent certains auteurs, ces distinctions sont toutefois difficilement praticables, et elles sont impropres à déterminer, en elles-mêmes, le caractère licite ou illicite de l'information[112]. On ne les reprendra pas ici: on utilisera le terme d'information de manière générique, dans un sens large et très général, neutre, c'est-à-dire indépendamment de toute connotation quant à son contenu.

3. Les distinctions selon le processus d'information

18. Information active et information sur demande. – Une autre série de distinctions a trait au processus d'information. De manière générale, une initiative est nécessaire pour mettre en œuvre le processus d'information[113]. Selon que cette initiative vient de l'émetteur ou du destinataire, on distingue l'information *active* – appelée aussi *d'office* ou, plus rarement, *spontanée*[114] – de l'information *sur demande*, dite aussi *passive*[115]. La première est celle qui intervient d'office, que l'autorité fournit spontanément, de sa propre initiative, indépendamment d'une requête. L'information sur demande n'intervient, comme son nom l'indique, qu'à la suite d'une requête. Elle

106 «Sachinformation, Empfehlung, Rechtsinformation»: cf. BARTHE (1993), 18, avec d'autres références.

107 Voir ATF 113 Ia 309 (319), *VSJ*. Voir à ce propos NÜTZI (1995), 10/11, avec d'autres références.

108 Cf. NÜTZI (1995), 11.

109 Voir à ce sujet NÜTZI (1995), 11.

110 Cf. BARTHE (1993), 13; sur la notion de propagande, cf. aussi RAMSEYER (1992), 5 ss. Sur la distinction, NÜTZI (1995), 12.

111 Sur cette distinction, avec des références, NÜTZI (1995), 12 ss.

112 Voir not. NÜTZI (1995), 15; cf. aussi DECURTINS (1992), 331 ss.

113 DRUEY (1995), 117.

114 DRUEY (1995), 118.

115 BARRELET (1998), 264, n° 934 ss, et 265, n° 937. Pour cette distinction, cf. en outre NÜTZI (1995), 41/42; BARTHE (1993), 16; VORBRODT STELZER (1995), 50; COTTIER (1982), 187; HÄNER (1990), 9/10.

suppose néanmoins que la personne requérante soit informée de l'existence d'une information à requérir[116]. Il faut noter que certains auteurs ajoutent à cette distinction entre information active et information passive un troisième élément, comme catégorie intermédiaire, en quelque sorte, les obligations de publication[117], voire un quatrième, celui de la publicité des séances des autorités. Ainsi, selon DANIEL KETTIGER, par exemple, le principe de publicité se compose de ces quatre éléments que sont l'information active (d'office), l'information passive (sur demande), les obligations de publication (des lois, notamment) et l'accès du public aux séances et aux documents de travail des autorités[118].

19. Droit d'informer, obligation d'informer et droit à l'information. – La distinction entre information active et information sur demande, fondée sur l'initiative de la mise en œuvre du processus de communication, est parfois liée à une autre distinction, basée elle sur le caractère obligatoire ou facultatif de la communication. Ainsi, pour certains auteurs, à l'information passive, sur demande, correspond généralement, pour les particuliers, un droit subjectif à l'information, garanti par la constitution ou la loi et déductible en justice[119]. A vrai dire, toutefois, les deux distinctions ne se recouvrent pas, du moins pas entièrement. Sur la base du caractère obligatoire ou non de l'information, on peut en effet distinguer, du point de vue de l'autorité, l'information *obligatoire*, qu'elle est tenue de fournir pour répondre à un devoir d'information que lui impose l'ordre juridique, de l'information *spontanée* ou *libre*, que l'autorité donne sans y être juridiquement tenue. L'information obligatoire peut se situer aussi bien dans le cadre de l'information active, lorsque l'autorité est tenue de fournir une information d'office, que dans celui de l'information sur demande, lorsque l'autorité doit donner suite à une requête d'information[120]. La situation se complique si l'on y ajoute le point de vue du partenaire de l'autorité qui informe, le destinataire de l'information. On peut alors construire deux types de relations différents: un *droit à l'information*, c'est-à-dire le droit de celui qui requiert l'information de l'obtenir, droit auquel correspond logiquement une obligation d'informer de celui qui possède l'information, mais aussi un *droit d'informer*, comme la faculté de

116 Cf. DRUEY (1995), 117/118; cf. aussi BARTHE (1993), 16.

117 Des «gesetzlich vorgeschriebene Veröffentlichungspflichten»: HÄNER (1990), 9/10, qui donne l'exemple de l'obligation de publier les projets législatifs dans la Feuille fédérale, de l'art. 14 II let. c LPubl, ainsi que 318 ss. De même, KETTIGER (1996), 51/52. Voir aussi NÜTZI (1995), 42, qui place, lui, les registres publics «auf der Schwelle» entre l'information active et l'information sur demande.

118 KETTIGER (1996), 51/52.

119 Voir VORBRODT-STELZER (1995), 50; cf. aussi KETTIGER (1996), 52.

120 Cf. BARTHE (1993), 23.

celui qui possède l'information de la communiquer librement, c'est-à-dire sans entrave, à un partenaire – sans que ce dernier n'ait un droit à cette information. Si on ajoute à celui de l'information (positive) l'aspect de la non-information, de l'absence d'information, on peut compléter encore le tableau, par deux nouveaux droits : le *droit au secret*, en tant que prérogative de celui qui possède l'information de ne pas la divulguer, et le *droit à ne pas être informé*, en tant que droit du destinataire de ne pas être envahi d'informations[121].

4. Les distinctions selon les destinataires et les canaux de l'information

20. Information interne et information externe, information individuelle et information collective. – Sur la base du cercle des destinataires potentiels de l'information des autorités, on distingue souvent, de manière assez générale, l'information *interne* de l'information *externe*[122]. La première vise l'information à l'intérieur même de l'administration[123], alors que la seconde touche l'information, par l'administration, du public en général[124]. A vrai dire, dans sa généralité, cette distinction n'a sans doute pas une très grande utilité. En effet, l'information interne couvre différents cas de figure qui relèvent de problématiques diverses : de la collecte d'information d'une autorité administrative aux flux d'information entre les différents pouvoirs d'une même collectivité, notamment aux droits d'information du Parlement à l'égard de l'exécutif, en passant par les échanges d'information entre autorités administratives dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler l'entraide administrative. Même l'information externe, du reste, doit sans doute elle aussi être différenciée en fonction des différents « publics » potentiels auxquels elle s'adresse : personnes parties à une procédure, personnes intéressées, médias ou public en général, etc.

Toujours en ce qui concerne le cercle des destinataires, il arrive que l'on distingue aussi l'information individuelle, qui s'adresse à une personne déterminée, de l'information collective, ou de masse, destinée à un groupe de personnes ou au public en général[125].

---

121 Sur ces « quatre » types de relations, cf. DRUEY (1995), 113 ss, spéc. 115 ss pour le droit à l'information, 124 ss pour le droit au secret, 131 ss pour le droit d'informer et 135 ss pour le droit à ne pas être informé.

122 Cf. BARTHE (1993), 16, avec d'autres références, ainsi que NÜTZI (1995), 41. Tous deux excluent l'information interne de leur analyse.

123 Le « Sich-Informieren der Verwaltung », selon BARTHE (1993), 16.

124 BARTHE (1993), 16.

125 Cf. BARTHE (1993), 18 ; NÜTZI (1995), 42/43. Voir aussi ATF 123 I 112 (115 ss), *Himmelberger*, cité ci-dessous, n° 79.

21. Les canaux de l'information: information directe et information indirecte. – Suivant les canaux qu'emprunte le flux d'information, on distingue parfois l'information *directe* de l'information *indirecte* ou *médiatisée*[126]. L'information est dite directe lorsque l'autorité s'adresse elle-même, sans intermédiaire, aux destinataires du message[127]. On parle d'information indirecte ou médiatisée lorsque l'autorité fait appel à une instance intermédiaire, les médias ou une autre organisation privée, comme un parti politique ou une agence de communication, pour transmettre un message au public[128]. A vrai dire, là encore, la distinction n'est pas absolument claire. D'un côté, l'information directe passe elle aussi, généralement, par un média, en ce sens qu'elle est diffusée au travers de la presse, de la radio ou de la télévision, par exemple[129]. De l'autre côté, il existe aussi une tendance à déléguer à des organisations privées spécialisées – des agences de communication, par exemple – certaines tâches d'information. Dans ce cas, doit-on parler d'information indirecte ou directe[130]? Aussi rencontre-t-on dans la doctrine des conceptions légèrement différentes. Certains auteurs semblent opposer plutôt l'information par le canal traditionnel des médias à l'information qui s'adresse directement au public, sans l'intermédiaire des journalistes, et dont la conception et la réalisation sont souvent confiées à des bureaux spécialisés[131]. D'autres distinguent l'information directe, qui ne passe pas par les médias, de l'information par les médias, laquelle se décompose elle-même en deux formes: l'information par l'intermédiaire des journalistes, qui sont libres de la fournir ou non, et l'information fournie directement par l'autorité à travers les médias[132]. Juridiquement, le critère paraît devoir être celui de la maîtrise du contenu et de la qualité de l'information: lorsque l'autorité en demeure maître, elle peut éviter les risques de mésinformation due à l'intervention d'un intermédiaire[133]. Cela peut avoir des incidences en matière de responsabilité[134].

---

126 Voir not. BARTHE (1993), 16; NÜTZI (1995), 45 ss; KNAPP (1991), 57 ss; SUTTER-SOMM (1991), 122 ss; BARRELET (1996), 303 ss.

127 Cf. BARTHE (1993), 16. Sur cette distinction, cf. aussi KNAPP (1991), 57 ss; SUTTER-SOMM (1991), 122 ss; BARRELET (1996), 303 ss.

128 Cf. BARTHE (1993), 16/17.

129 Cf. BARTHE (1993), 17. Voir aussi les exemples concrets fournis par SUTTER-SOMM (1991), 124.

130 Cf. BARTHE (1993), 17, qui semble admettre une information directe.

131 Cf. BARRELET (1996) 303/304, qui utilise, pour la seconde forme, le terme de «relations publiques». Dans le même sens, SUTTER-SOMM (1991), 122.

132 Cf. KNAPP (1991), 57 ss.

133 Cf. BARTHE (1993), 16; NÜTZI (1995), 46; SUTTER-SOMM (1991), 124.

134 Voir NÜTZI (1995), 46/47.

II. L'information active : le *droit* d'informer des autorités

A. Remarques préliminaires

22. La problématique. – Le premier volet de ce rapport entend traiter de l'information active, spontanée, des autorités. La question qui se pose, dans ce contexte, est essentiellement celle de savoir si et dans quelle mesure, ou encore à quelles conditions, les autorités ont un droit d'informer, de défendre leurs idées ou leurs projets, de chercher à sensibiliser ou à influencer l'opinion publique, que ce soit pour en obtenir la confiance ou pour induire certains comportements. Posée ainsi, de manière tout à fait générale, la question peut sembler dépourvue de sens, absurde même. Comme indiqué, la réponse paraît dépendre essentiellement, nécessairement même, du domaine sur lequel portent les activités d'information considérées. C'est du moins ainsi, de manière sectorielle, que la problématique est traditionnellement abordée. La question a longuement et abondamment été étudiée s'agissant de l'information dans le domaine des droits politiques, considéré comme un secteur particulier, à part. Elle y est d'ailleurs à nouveau discutée, en ce sens que la conception dominante tend à être remise en cause dans la doctrine récente. En dehors du domaine des droits politiques, où la question fait l'objet d'un intérêt plus récent, la doctrine distingue généralement, on l'a dit, l'information incitatrice, d'un côté, et l'information générale sur l'activité étatique, de l'autre. Et c'est surtout sur la première de ces formes que s'est porté l'intérêt de la science juridique. Or, la question qu'on voudrait examiner ici est justement celle de savoir s'il n'existe pas une possible convergence, une possible synthèse entre ces différents « domaines ». A cet effet, on brossera rapidement l'état de la question dans chacun de ces compartiments, avant de chercher à mettre en évidence les éventuels points de convergence.

B. L'information dans le domaine des droits politiques

1. Un cas particulier ?

23. Un rôle de premier plan. – La problématique de l'information des autorités joue un rôle important dans le domaine des droits politiques, spécialement dans le contexte des votations et des élections. Elle a suscité, depuis assez longtemps, une abondante jurisprudence, ainsi qu'un intérêt

prononcé de la doctrine – elle aussi très fournie[135]. Cela s'explique pour diverses raisons. D'une part, les autorités interviennent non seulement, dans ce contexte, en tant qu'organisatrices des scrutins et, en conséquence, en tant que garantes de leur exécution correcte, mais elles fournissent aussi aux citoyennes et aux citoyens diverses informations, que ce soit sur le déroulement du scrutin ou sur son objet[136]. Elles ont en outre un intérêt assez évident à ce que leurs projets et leur point de vue reçoivent le soutien du corps électoral, d'où la tentation naturelle de les expliquer et de les défendre[137].

D'autre part, ce rôle de premier plan de l'information en relation avec l'exercice des droits politiques s'explique aussi, et peut-être surtout, pour des raisons purement contingentes, de procédure. Alors que les activités d'information des autorités en général, en tant qu'activités étatiques informelles, ne sont dans la règle pas contestables comme telles, l'information dans le contexte des élections et des votations « bénéficie », elle, au moins pour ce qui est des droits politiques cantonaux, d'une voie de droit particulière, qui permet d'en contester la régularité, le recours pour violation des droits politiques[138], dont une des particularités est précisément de permettre la contestation des « actes préparatoires », même dépourvus de caractère décisionnel[139].

24. Un cas particulier ? – Si elle occupe une place de choix, la question de l'information des autorités dans le domaine des droits politiques semble former aussi, dans la conception traditionnelle, un cas particulier et spécifique, un cas à part en quelque sorte, et cela à plusieurs égards. Tout d'abord, elle est presque systématiquement abordée et traitée pour elle-même, séparément, c'est-à-dire sans lien avec la question de l'information des autorités en général[140], si ce n'est, précisément, celui du cas

---

135 Voir not., pour la littérature spécifique, antérieure à 1980 : STAUFFACHER (1967), BÜHLER (1971) et STRASSER (1971) ; de 1980 à 1990 : BUSER (1980), E. GRISEL (1981), WEDER (1981), AUER (1985), SCHOCH/WIEDERMANN (1986), WIDMER (1989) ; depuis 1990 : HILLER (1990), WYMANN (1991), DECURTINS (1992), RAMSEYER (1992), HANGARTNER, (1994) et (1996), TSCHANNEN (1995), spéc. p. 99 ss, ARTA (1996), CALDERN (1996), G. MÜLLER, (1996), HAEFLIGER (1996), STEINMANN (1996). D'un point de vue politologique, cf. aussi GOETSCHEL (1994), MÖCKLI (1994) et (1989), HERTIG (1982).

136 Cf. STEINMANN (1996), 259 ; BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 322/323.

137 AUER (1985), 186. Comme le relève STEINMANN (1996), 259, on peut, suivant les points de vue, appeler cela de l'information, de l'orientation, de la publicité, de la propagande ou encore de la manipulation ; comme lui, on utilisera ici le terme d'information dans un sens neutre.

138 Art. 85 lit. a OJ, pour les droits politiques cantonaux, 77 LDP, pour les droits politiques en matière fédérale. Sur ces voies de droit, not. en ce qui concerne la procédure et la qualité pour agir, cf. STEINMANN (1996), 257 ss.

139 Cf. STEINMANN (1996), 258.

140 Voir HANGARTNER (1994), 247, qui relève que la politique d'information de l'Etat en dehors des votations « ist denn auch staatsrechtlich wenig bearbeitet ».

particulier. Ainsi, par exemple, comme le relève CAROLINE BARTHE[141], le Tribunal fédéral, tout en reconnaissant l'existence d'un devoir d'informer des autorités, voire même d'un véritable droit d'accès des particuliers aux informations en relation avec l'exercice des droits politiques[142], considère ce devoir ou ce droit comme un «Sonderfall», dont on ne saurait déduire un droit général à l'information[143]. A vrai dire, selon un arrêt plus récent, le «cas particulier» semble aussi fonctionner parfois «à l'envers», en ce sens que le Tribunal fédéral, considérant que «[l]e dialogue entre le gouvernement et l'opinion publique [...] est [...] un élément indispensable de la démocratie», reconnaît «au gouvernement le droit – et même le devoir – d'intervenir dans le débat politique *en dehors* des périodes précédant les votations»[144] (les italiques sont ajoutées); sous-entendu, donc: pas *durant* ces périodes. Paradoxalement, la qualité de cas particulier de l'information dans le domaine des droits politiques sert donc aussi bien à nier l'existence d'un droit général à l'information, dans la première hypothèse, qu'à reconnaître un droit ou même un devoir général d'information pour nier le droit des autorités d'intervenir dans le domaine des droits politiques, dans la seconde.

25. Entre droit et devoir d'informer. – Sur le fond, la question de l'information dans le domaine des droits politiques est analysée sous l'angle du droit et de la liberté de vote. Elle oscille de ce fait entre deux pôles: l'obligation d'informer des autorités et le droit à l'information des particuliers, d'un côté, le devoir d'abstention et de retenue des autorités, ou le droit au respect de la libre formation de la volonté des citoyennes et des citoyens, de l'autre. D'un côté, en effet, la doctrine voit dans le droit de vote la garantie d'un droit à une information active et complète sur tous les projets politiques qui relèvent des droits populaires, en particulier les objets soumis au référendum[145]. Dans le même temps, cependant, le respect de la liberté de vote oblige les autorités à s'abstenir d'intervenir dans les campagnes d'élections et de votation. Entre ces deux pôles, la situation

141 BARTHE (1993), 48.

142 ATF 107 Ia 305 (307), *Fuchs*: «Hier ist es selbstverständlich, dass die Öffentlichkeit durch rechtzeitige Publikation von Vorlagen der Behörden umfassend informiert wird. Eine Verletzung dieser Informationspflicht könnte durch staatsrechtliche Beschwerde im Sinne von Art. 85 lit. a OG (Stimmrechtsbeschwerde) gerügt werden».

143 ATF 107 Ia 305 (311), *Fuchs*.

144 ATF 121 I 252 (256), *Alliance de gauche*.

145 Cf. spéc. TSCHANNEN (1995), 424 ss (425).

juridique de l'information des autorités au regard des droits politiques n'est pas très claire[146].

Elle l'est d'autant moins que la pratique et la conception dominantes sont mises en cause, depuis quelques années: une partie de la doctrine réclame une plus grande tolérance à l'égard de l'intervention et de l'information des autorités dans les campagnes précédant les votations. Sans vouloir entrer ici dans le détail, on exposera, de manière résumée, les principes posés par la conception dominante, ainsi que les propositions d'ouverture de la doctrine récente.

2. La conception dominante

26. Le droit de vote comme source de l'obligation d'informer: l'évolution de la conception dominante. – La question de l'information officielle en rapport avec l'exercice des droits politiques témoigne d'une évolution assez notable. Pendant longtemps, on a considéré en effet que les autorités n'avaient pas à se mêler des campagnes relatives aux votations et aux élections: une fois élaborés les projets soumis au vote, elles devaient se retirer du débat, lequel était et devait être abandonné à la seule société civile[147]. Cette conception a ensuite été relativisée et l'on a toléré, progressivement, que les autorités expliquent et commentent ces textes, et même, exceptionnellement, qu'elles interviennent dans la campagne lorsque des motifs pertinents l'exigent[148]. Aujourd'hui, il est admis que les autorités non seulement peuvent, mais doivent informer les citoyennes et les citoyens dans le cadre de l'exercice des droits politiques. Cette obligation d'informer est généralement rattachée au droit de vote, droit constitutionnel non écrit de la Constitution fédérale[149]. Sans information, l'exercice du droit de vote ne serait tout simplement pas possible; l'information des autorités est donc une condition préalable de la formation de la volonté des citoyennes et des citoyens[150]. Ainsi, il existe non seulement un droit à une formation de la volonté libre de toute intervention étatique, mais aussi, de l'autre côté, un droit à une information de la part de l'Etat,

146 Voir G. MÜLLER (1996), 256. Voir aussi STEINMANN (1996), 267, pour lequel l'intervention des autorités se situe dans un «Spannungsfeld von Befürwortung und Ablehnung». Pour BOLZ (1995b), 126, il «règne, dans la vie politique quotidienne, une insécurité considérable sur la question de savoir ce qui est licite et ce qui ne l'est pas».

147 Sur cette évolution, cf. AUER (1985), 187 ss; G. MÜLLER (1996), 255/256; HANGARTNER (1994), 246.

148 Cf. G. MÜLLER (1996), 255/256.

149 Cf. G. MÜLLER (1996), 257. Voir par ex. l'arrêt du Tribunal fédéral du 15 octobre 1997, ZBl 1998, 415 (419), concernent l'obligation d'informer de la possibilité d'une élection tacite.

150 Cf. G. MÜLLER (1996), 257; GRISEL (1997), 99.

voire un droit à ce que l'Etat intervienne pour corriger et rectifier les fausses informations susceptibles d'entraver la formation correcte de la volonté populaire[151]. L'intervention des autorités n'est donc pas seulement admise, elle est constitutionnellement requise[152]. Plusieurs dispositions légales concrétisent d'ailleurs ces principes. Au niveau fédéral, les citoyennes et les citoyens doivent connaître suffisamment tôt la date et l'objet des votations, pouvoir consulter les listes des candidats à une élection, être informés du lancement et de l'aboutissement, ou encore du nom des auteurs d'une initiative populaire, etc.[153]. Au niveau cantonal, également, certaines dispositions constitutionnelles prescrivent explicitement l'obligation d'informer des autorités dans le domaine des droits politiques, voire instituent un droit d'accès à l'information pour les citoyennes et les citoyens[154]. Dans le même ordre d'idées, plusieurs dispositions ou tout simplement la pratique assurent une publicité suffisante aux travaux législatifs afin de permettre la participation politique. Ainsi, par exemple, les résultats des procédures de consultation relatives aux projets législatifs sont rendus publics, soit par la publication intégrale des prises de position des divers milieux consultés, soit au moins par la diffusion d'un résumé[155].

27. La liberté de vote comme limite à l'information. – S'il constitue la source d'une obligation d'informer, le droit de vote en fournit en même temps les limites, au travers de l'exigence de la liberté de vote. Droit constitutionnel non écrit du droit fédéral[156], et garantie minimale subsidiaire[157], la liberté de vote permet, selon la formule quelque peu stéréotypée[158],

151 Cf. G. Müller (1996), 257.

152 Cf. Bolz (1995b), 125 ss (128); G. Müller (1996), 257; Decurtins (1992), 279 ss; Ramseyer (1992), 29 ss (31); Steinmann (1996), 259 ss; Tschannen (1995), 425 ss.

153 Voir les art. 10 I, 11 III, 26 et 68 ss LDP. Cf. not. Tschannen (1995), 425; Schweizer (1995), 82; Grisel (1997), 99 ss.

154 Voir not. les art. 34 III de la Constitution de Bâle-Campagne et 72 II de la Constitution du canton d'Argovie, cités par Schweizer (1995a), 83. Pour d'autres exemples, cf. n° 105 ci-dessous.

155 Voir l'art. 39 III de la Constitution du canton de Soleure, cité par Schweizer (1995a), 83, note 46. Pour les procédures de consultation fédérales, cf. l'art. 9 de l'*ordonnance* du 17 juin 1991 *sur la procédure de consultation*, qui prévoit la publication, par le département compétent, des résultats de la consultation, ainsi que la possibilité de consulter, auprès de ce département, les avis exprimés.

156 Voir ATF 124 I 55 (57), *Evangelische Volkspartei*. L'art. 34 de l'*arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale*, du 18 décembre 1998, accepté par le peuple et les cantons le 18 avril 1999, garantit explicitement les droits politiques, garantie qui «protège la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté».

157 Voir Steinmann (1996), 256.

158 Selon Steinmann (1996), 256.

mais constante du Tribunal fédéral[159], à tout électeur d'« exiger que le résultat d'une votation ou d'une élection ne soit reconnu que s'il est l'expression fidèle et sûre d'une volonté librement exprimée par le corps électoral. La validité du scrutin suppose en outre la libre formation de cette volonté ; cela implique que chaque électeur puisse se déterminer dans le cadre d'un processus d'élaboration de l'opinion publique comportant une discussion et une confrontation des points de vue les plus libres et les plus ouvertes possibles. Le résultat peut donc être faussé par une influence inadmissible exercée sur l'opinion publique (ATF 119 Ia 271, p. 272 consid. 3a ; 118 Ia 259 p. 262 consid. 3 ; 117 Ia 452 p. 455/456) »[160]. Le Tribunal fédéral en a tiré toutes sortes de règles applicables à l'exercice des droits politiques, tels que le droit à la composition correcte du corps électoral, l'exigence de l'unité de la matière, celle de la formulation correcte des questions soumises au vote, le droit au déroulement régulier des votations et élections, etc.[161]. Et c'est aussi à cette liberté que se rattache l'exigence d'une information correcte et « retenue » des autorités, mais aussi des particuliers, dans le contexte des campagnes de votation et d'élection[162]. Dans une jurisprudence abondante, le Tribunal fédéral a ainsi posé les jalons et tracé les limites de ce qui est admissible et de ce qui ne l'est pas. En substance[163], cette jurisprudence se fonde sur le principe que la collectivité doit faire preuve d'une grande retenue, tant quant au principe d'une intervention qu'aux moyens utilisés. La libre formation de l'opinion exclut toute influence de l'autorité qui serait propre à fausser la formation de l'opinion des citoyennes et des citoyens dans les campagnes de votation et d'élection. Le principe est donc que les autorités doivent s'abstenir d'intervenir, et une éventuelle intervention doit demeurer l'exception et se justifier par des motifs pertinents. D'autre part, lorsqu'une telle intervention est admise, la retenue porte sur ses modalités : l'information doit être objective, ouverte et correcte, et l'investissement consenti proportionné. Plus concrètement, et pour reprendre la formule d'un arrêt récent, la pratique peut se résumer comme suit : en « matière de

159 Il faut noter cependant que la jurisprudence rattache tantôt ce contenu à la liberté de vote, tantôt au droit de vote, en tant que droits constitutionnels non écrits : comparer par exemple ATF 124 I 55 (57), *Evangelische Volkspartei*, dans le premier sens, à ATF 121 I 138 (141), *Willi Rohner*, et 121 I 252 (255), *Alliance de gauche*, dans le second (en fait, ce dernier arrêt se réfère au droit de vote garanti « conformément à l'art. 5 Cst. » : cf. STEINMANN [1996], 256, note 8, qui relève qu'il s'agit d'une erreur). Sur la problématique, cf. HANGARTNER (1994), 244 ; POLEDNA/WIDMER (1987), 281 ss.

160 ATF 121 I 252 (255), *Alliance de gauche*. Cf. aussi ATF 121 I 138 (141), *Willi Rohner*, avec des références à la jurisprudence antérieure, ATF 124 I 55 (57), *Evangelische Volkspartei*, 119 Ia 271 (272/273), *Gemeinde Wallisellen*.

161 ATF 121 I 138 (141), *Willi Rohner*, avec d'autres références. Cf. STEINMANN (1996), 256.

162 ATF 121 I 138 (141), *Willi Rohner*. STEINMANN (1996), 256.

163 Pour ce « résumé » des principes de la jurisprudence, cf. STEINMANN (1996), 259/260.

votations, il est admis que l'autorité compétente recommande au peuple d'accepter le projet qu'elle lui soumet et qu'elle lui adresse un message explicatif, tandis qu'une intervention plus importante dans le débat ne se justifie qu'exceptionnellement et doit répondre à des motifs pertinents. L'autorité doit se borner à une information objective – mais elle n'est pas tenue à la neutralité (ATF 117 Ia 41 p. 46) – et s'abstenir de toute assertion fallacieuse sur le but et la portée du projet. Elle attente au droit de vote si elle s'écarte de ses devoirs de retenue et d'objectivité, si elle intervient en violation de prescriptions destinées à garantir la volonté des électeurs ou si elle influence l'opinion par d'autres procédés condamnables (mêmes arrêts). En particulier, son intervention est contraire au droit de vote lorsqu'elle s'accomplit de façon occulte ou que les fonds dépensés pour elle sont disproportionnés ou engagés irrégulièrement (ATF 114 Ia 427 p. 444 consid. b et c) »[164]. A vrai dire, cependant, la pratique est assez différenciée. Elle se fonde sur toute une série de nuances et de distinctions, qui seront rappelées ci-après.

28. La distinction entre les élections et les votations. – Une première distinction consiste à séparer les élections des votations[165]. S'agissant des premières, toute intervention des autorités dans la campagne est en principe exclue[166]. Les pouvoirs publics n'ont pas à conseiller et à influencer le corps électoral, ils doivent s'abstenir, *a priori*, de toute participation à la campagne[167], que ce soit sous forme d'information ou sous une autre forme qui favoriserait indirectement des intérêts partisans[168]. Une intervention sous forme d'information peut tout au plus entrer en considération lorsqu'elle s'avère indispensable pour garantir la liberté de la formation de la volonté populaire, par exemple lorsqu'il s'agit de rectifier des informations évidemment fausses au sujet d'une ou de personnes candidates à l'élection, lorsque l'autorité est seule ou pratiquement seule à même d'apporter une rectification[169].

---

164 ATF 121 I 252 (255/256), *Alliance de gauche*.

165 Cf. ATF 119 Ia 271 (273), *Gemeinde Wallisellen*, 118 Ia 259 (262), *Evangelisch-reformierte Landeskirche*.

166 ATF 118 Ia 259 (262), *Evangelisch-reformierte Landeskirche*.

167 Cf. ATF 124 I 55 (57), *Evangelische Volkspartei*, 118 Ia 259 (262), *Evangelisch-reformierte Landeskirche*, ainsi que HANGARTNER (1994), 246, et (1996), 274; STEINMANN (1996), 265.

168 Voir ATF 124 I 55 (58 ss), *Evangelische Volkspartei*, à propos du financement indirect des partis politiques, par le biais de la prise en charge des frais d'impression et de distribution des bulletins et listes électorales. Cf. aussi ATF 113 Ia 291 (296 ss), *Dora Geissberger*. De telles interventions indirectes sont admises, à la condition toutefois qu'elles soient neutres, du point de vue de l'égalité des chances, c'est-à-dire qu'elles ne favorisent ou ne défavorisent pas certains groupes ou certaines personnes candidates. Cf. STEINMANN (1996), 267.

169 Cf. ATF 118 Ia 259 (262), *Evangelisch-reformierte Landeskirche*. Cf. aussi HANGARTNER (1994), 246.

29. Les diverses formes d'information : recommandationsde vote, « explications officielles » et autres interventions (rectifications). – Pour ce qui est des votations, la pratique et la conception dominantes distinguent diverses formes d'intervention et d'information des autorités. En premier lieu, il n'est pas contesté[170] que les autorités ont le droit de faire des recommandations de vote, c'est-à-dire de proposer aux citoyennes et aux citoyens d'accepter ou de rejeter les objets soumis à leur verdict[171]. Au niveau fédéral, cette possibilité est du reste expressément prévue par la loi, pour les initiatives populaires[172].

En plus des recommandations de vote, les autorités, le parlement ou le gouvernement, ont également le droit d'assortir les questions soumises au vote d'explications officielles[173]. Au niveau fédéral, l'article 11 II de la loi sur les droits politiques fait même de ce droit une obligation : « Le texte soumis au vote est accompagné de brèves explications du Conseil fédéral, qui doivent rester objectives et exposer également l'avis d'importantes minorités. Il doit contenir le libellé exact de la question qui figure sur le bulletin de vote. Dans le cas d'une initiative populaire ou d'un référendum, le comité fait part de ses arguments au Conseil fédéral, lequel les reprend dans ses explications. Le Conseil fédéral peut modifier ou refuser de reprendre des commentaires portant atteinte à l'honneur, manifestement contraires à la vérité ou trop longs »[174]. La plupart des cantons connaissent des dispositions du même genre[175]. On admet cependant généralement, aujourd'hui, que les autorités ont ce droit même en l'absence de base légale[176]. Quoi qu'il en soit, ces explications doivent fournir une information

170 Cf. STEINMANN (1996), 260, qui relève que cela ne l'a apparemment jamais été.

171 Cf. ATF 117 Ia 41 (46), *Heinz Aebi* ; HANGARTNER (1994), 246, STEINMANN (1996), 260 ; KÖLZ (1998), 405.

172 Art. 26 III, 27 II et III (comp. toutefois art. 25) LREC ; cf. STEINMANN (1996), 260. On peut même la tirer de l'art. 121 VI de la Constitution. Pour ce qui est des textes présentés par l'Assemblée fédérale elle-même et soumis au référendum, c'est le Conseil fédéral qui prend position, par le biais d'un discours télévisé d'un de ses membres, en faveur du texte parlementaire : cf. GRISEL (1997), 102, qui rappelle aussi que le Conseil fédéral peut s'abstenir : il a ainsi refusé de soutenir la révision de la loi sur le travail lors du scrutin du 1er décembre 1996.

173 Voir ATF 119 Ia 271 (272/273), *Gemeinde Wallisellen*, avec d'autres références. Cf. HANGARTNER (1994), 246.

174 Voir aussi l'art. 3 II ODP, qui précise la procédure d'élaboration de ces explications. Considérées comme un acte de gouvernement, celles-ci ne sont pas susceptibles de recours (cf. not. HILLER [1990], 48 ; GRISEL [1997], 100 ss ; STEINMANN [1996], 259). L'absence de recours est cependant critiquée (cf. J. P. MÜLLER [1991], 397/398 ; TSCHANNEN [1995], 101/102).

175 Cf. STEINMANN (1996), 256 et 260 ; WIDMER (1989), 257.

176 Cf., sur la question, GRISEL (1997), 110/111 ; ce droit est souvent rattaché aux compétences gouvernementales : ainsi, HANGARTNER (1994), 246, et (1996), 276.

objective[177]. On ne peut cependant s'attendre à ce qu'elles renseignent sur toutes les conséquences possibles d'un projet[178].

Au-delà des recommandations de vote et des explications, la conception dominante est plus restrictive s'agissant des autres interventions des autorités dans les campagnes : elles ne sont admises qu'à titre exceptionnel, lorsqu'existent des motifs pertinents d'intervenir, comme la nécessité de rectifier des informations évidemment fausses et trompeuses[179].

30. Le contenu et les modalités de l'information : objectivité, retenue, ouverture et proportionnalité. – Dans tous les cas, l'intervention et l'information des autorités est soumise à certaines conditions quant à son contenu. Lorsqu'une intervention des autorités est admise, celles-ci doivent informer de manière objective, loyale et ouverte[180]. Elles ne doivent pas se servir de moyens contraires au droit ou condamnables pour d'autres raisons. Sont en particulier considérées comme inadmissibles les interventions occultes. Enfin, les moyens utilisés, notamment l'investissement financier, doivent respecter le principe de la proportionnalité[181]. Les autorités ne sont en revanche pas tenues d'observer une stricte neutralité[182] – sauf en matière d'élection[183]. Pour le reste, la doctrine est divisée quant aux moyens dont les autorités peuvent se servir dans le cadre de leur intervention, du moment que celle-ci est licite : certains estiment que la participation des autorités à la campagne peut revêtir n'importe quelle forme[184], c'est-à-dire procéder aussi bien par voie d'affiches, de communiqués ou de campagnes de presse ; d'autres au contraire considèrent que les autorités ne sauraient utiliser des moyens qui relèvent de la propagande[185]. De plus, on admet en général que l'intervention doit procéder des plus hautes autorités politiques de la collectivité considérées, ou du moins s'effectuer sous leur responsabilité, et non être le fait des instances subordonnées[186].

---

177 Cf. ATF 119 Ia 271 (273), *Gemeinde Wallisellen* ; KÖLZ (1998), 405/406.

178 Sur le contenu de ces explications, ATF 119 Ia 271 (276), *Gemeinde Wallisellen* ; STEINMANN (1996), 260/261, HANGARTNER (1994), 246.

179 ATF 119 Ia 271 (276), *Gemeinde Wallisellen* ; arrêt du Tribunal fédéral du 3 juin 1997, ZBl 1998, 85 (86). Cf. HANGARTNER (1994), 246, STEINMANN (1996), 261 ss.

180 Not. ATF 121 I 252 (255/256), *Alliance de gauche*, cité au n° 27 ci-dessus, dans le texte, ainsi que ATF 119 Ia 271 (273 ss), *Gemeinde Wallisellen*. Cf. aussi, STEINMANN (1996), 261 ss.

181 Sur tous ces points, et pour des exemples, cf. STEINMANN (1996), 261 ss.

182 ATF 121 I 252 (255/256), *Alliance de gauche*, cité au n° 27 ci-dessus, dans le texte. Cf. STEINMANN (1996), 260, à propos des explications officielles ; HAEFLIGER (1996), 223, BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 323. Sur la question, et pour des références à la doctrine, cf. G. MÜLLER (1996), 259.

183 ATF 124 I 55 (57/58), *Evangelische Volkspartei*.

184 Cf. E. GRISEL (1997), 114.

185 Cf. BARRELET (1998), 42, n° 146.

186 Voir HANGARTNER (1994), 246.

31. Les auteurs de l'information : les autorités et les particuliers, l'autorité elle-même et ses membres. – La conception dominante opère d'autres distinctions s'agissant précisément de l'origine des interventions dans les campagnes de votations. En premier lieu, elle prend soin de distinguer clairement l'intervention des autorités elles-mêmes de celle des particuliers. Les particuliers ont, en vertu de la liberté d'opinion et d'expression (ou de la presse), le droit d'intervenir librement dans les campagnes de votation et les campagnes électorales, et cela même s'il en résulte inévitablement le risque d'informations unilatérales ou fausses[187]. Même si la science politique montre que de telles influences peuvent conduire à fausser les scrutins, le droit constitutionnel doit accepter de telles conséquences : il part de la prémisse de la liberté du jeu des forces sociales, et le remède doit venir de la société civile elle-même (partis politiques, associations, etc.)[188]. Du reste, l'expérience montre aussi qu'il est possible de faire confiance aux citoyennes et aux citoyens pour trier le bon grain de l'ivraie et se faire une idée en connaissance de cause[189]. Ce n'est donc que très exceptionnellement, lorsqu'elle fausse de manière particulièrement grave et évidente son résultat, que l'intervention privée peut conduire à l'annulation d'un scrutin[190]. Tel est par exemple le cas lorsque la publication d'informations évidemment contraires à la réalité et trompeuses intervient à un moment si tardif de la campagne qu'il n'est plus possible pour les citoyennes et les citoyens de se faire une image fiable de l'objet du scrutin sur la base d'autres sources d'information[191].

Un autre problème, dans ce contexte, réside dans les interventions à titre individuel des membres d'une autorité dans les campagnes de votation. En principe, dans la conception dominante, les déclarations et informations privées des membres d'une autorité et des fonctionnaires sont assimilées aux interventions des particuliers[192]. Sous réserve des limites inhérentes au principe de la collégialité ou à une obligation de fidélité ou de diligence, ces déclarations bénéficient donc de la liberté d'expression. Il faut toutefois, pour cela, que leur caractère privé soit reconnaissable comme tel, ce qui

187 Sur la question, cf. ATF 119 Ia 271 (274/275), *Gemeinde Wallisellen*, 117 Ia 41 (46 ss), *Heinz Aebi*, HANGARTNER (1994), 247, et KLEY-STRULLER (1996), 286 ss.

188 Cf. ATF 119 Ia 271 (274), *Gemeinde Wallisellen*; HANGARTNER (1994), 247.

189 ATF 119 Ia 271 (274), *Gemeinde Wallisellen*. Cf. HANGARTNER (1994), 247, KLEY-STRULLER (1996), 286, avec références.

190 ATF 117 Ia 41 (47/48), *Heinz Aebi*; HANGARTNER (1994), 247, GRISEL (1997), 116/117. Sur cette sorte d'effet horizontal direct du droit fondamental de la liberté de vote, KLEY-STRULLER (1996), 286 ss, spéc. 288 ss.

191 ATF 119 Ia 271 (274), *Gemeinde Wallisellen*. Cf. HANGARTNER (1994), 247.

192 Sur la question, ATF 119 Ia 271 (275), *Gemeinde Wallisellen*, et l'arrêt du Tribunal fédéral du 3 juin 1997, ZBl 1998, 85 (88). HANGARTNER (1994), 247, GRISEL (1997), 113/114.

n'exclut pas que l'intervention soit accompagnée de la désignation de la qualité officielle de la personne considérée. L'intervention n'est en revanche pas admise lorsque la personne concernée lui donne l'aura d'une déclaration officielle[193].

32. L'intervention d'une autorité dans les campagnes référendaires d'une autre autorité. – Est également discutée la question des interventions d'une autorité relevant d'une collectivité publique déterminée dans les campagnes de votations d'autres collectivités publiques, de même rang ou de rang différent. Les cas de figure sont nombreux : il peut s'agir, par exemple de l'intervention d'une autorité fédérale dans les campagnes cantonales ou communales, d'une autorité cantonale dans les votations fédérales, dans celles d'autres cantons ou encore dans les votations communales, d'une autorité communale dans les votations d'une autre commune, du canton ou encore dans les votations fédérales ; enfin, des interventions d'une organisation étatique décentralisée ou para-étatique dans les votations de la collectivité dont elle relève ou d'une autre collectivité[194]. Sans vouloir décrire ici toutes les nuances et subtilités de la jurisprudence et de la pratique, on peut résumer comme suit les principales règles posées par la conception dominante. En principe, chaque collectivité doit respecter la sphère de compétences des autres collectivités. Ce principe implique qu'une collectivité n'a pas à se mêler des affaires internes d'une autre collectivité, à moins que l'ordre juridique ne prévoie explicitement ou implicitement une telle ingérence[195]. Il en résulte que l'intervention d'une collectivité dans les campagnes d'une autre collectivité n'est en principe pas admise, ou qu'elle ne l'est que dans des circonstances particulières. Sont notamment considérées comme inadmissibles les interventions des cantons dans les votations fédérales[196], même si la doctrine récente relève parfois qu'elles ne sont pas rares en pratique et suggère même une

193 La distinction, difficile en pratique, est critiquée dans la doctrine : voir à ce sujet n° 35 ci-dessous (note 226).

194 Sur la question, et ses diverses hypothèses, cf. en particulier HANGARTNER (1996), 270 ss (avec d'autres références). Cf. aussi GRISEL (1997), 114 ss, qui paraît plus restrictif ; AUER (1985), 191 ss.

195 Cf. HANGARTNER (1994), 247, qui considère, par exemple, comme de telles autorisations les règles sur les procédures de consultation, les droits de proposition et d'initiative des cantons à l'égard de la Confédération ou des communes à l'égard des cantons, ainsi que l'exigence de la (double) majorité des cantons pour les révisions de la Constitution fédérale.

196 Cf. AUER (1985), 193 ss, et WIDMER (1989), 191 ss, cités par HANGARTNER (1996), 272, note 17.

relativisation de cette interdiction[197]; le sont aussi les interventions des cantons et des communes dans les votations d'autres cantons ou communes[198]; sont enfin inadmissibles les interventions d'une collectivité dans les scrutins de collectivités inférieures, comme les interventions de la Confédération dans les votations cantonales et les interventions cantonales dans celles des communes[199]. La jurisprudence a toutefois fait une exception à cette règle dans le cas de l'intervention du canton de Berne dans le scrutin relatif à l'avenir du district de Laufon, intervention jugée admissible en principe, du moment que le vote portait directement sur l'existence du territoire et de la population du canton, et représentait ainsi une question touchant particulièrement ce dernier[200]. La pratique est un peu plus tolérante en ce qui concerne les interventions des communes dans les votations cantonales, voire fédérales. Le Tribunal fédéral, généralement suivi par la doctrine, considère en effet que les autorités communales peuvent intervenir dans la campagne, pour informer objectivement la population, dans la mesure où la commune en question a un intérêt immédiat et particulier au sort du scrutin[201]. La question des moyens que la commune peut mettre en œuvre suscite toutefois quelques discussions dans la doctrine[202]. Enfin, est également discutée la question de l'intervention des organismes para-étatiques[203].

33. Une nouvelle distinction : l'intervention avant et durant la campagne ? – Assez récemment, le Tribunal fédéral a enfin circonscrit la portée de sa jurisprudence et des règles ainsi posées en matière d'information dans le contexte de l'exercice des droits politiques, en proposant une dernière

197 Cf. HANGARTNER (1994), 247, et surtout, pour des exemples, HANGARTNER (1996), 272, qui semble favorable à une ouverture : « Man muss sich daher fragen, ob die Kantone nicht generell das Recht haben, Parolen zu eidgenössischen Abstimmungsvorlagen auszugeben und ihre Stellungnahme zuhanden der eidgenössischen Stimmbürger zu erläutern. Eine besondere Betroffenheit wie bei Einmischung der Gemeinden in kantonale oder eidgenössische Abstimmungen ist dabei nicht erforderlich ».

198 Cf. AUER (1985), 194, RAMSEYER (1992), 85 s, et WIDMER (1989), 182 s, cités par HANGARTNER (1996), 273, note 32, lequel semble là aussi favorable à une certaine relativisation.

199 Cf. HANGARTNER (1994), 247, avec références, ainsi que HANGARTNER (1996), 272 et 273.

200 ATF 114 Ia 427 (434), *Heinz Aebi*. Cf. HANGARTNER (1994), 247, et (1996), 273.

201 ATF 119 Ia 271 (278 ss), *Gemeinde Wallisellen*, avec de nombreuses références à la doctrine. Cf. HANGARTNER (1994), 248, et, surtout, (1996), 273/274; HANGARTNER plaide pour une généralisation de cette plus grande tolérance, fondée sur le critère d'un intérêt particulier et spécifique, aux autres hypothèses d'intervention d'une collectivité dans les votations relevant d'autres collectivités.

202 Voir HANGARTNER (1994), 248.

203 Voir not., à ce propos, ATF 118 Ia 259 (264 ss), *Evangelisch-reformierte Landeskirche*, ainsi que HANGARTNER (1996), 275/276, tous deux avec d'autres références, pour les Eglises; pour les entreprises publiques, KLEY-STRULLER (1996), 290/291, ainsi que G. MÜLLER (1987), 425 ss.

nuance ou distinction, relative au moment de l'intervention des autorités. Dans son arrêt du 22 mars 1995, il constate en effet que la jurisprudence antérieure, qui pose les jalons de ce qui est admissible et de ce qui ne l'est pas en la matière, se référait toujours ««à la campagne précédant la votation» ([ATF 116 Ia 466 p. 468 consid. 4; en allemand: «in den Abstimmungskampf» ou «im Vorfeld der Urnengänge» [arrêts précités])» et qu'elle portait ainsi «sur des votations dont l'objet était exactement connu lors de l'intervention de l'autorité dans le débat politique; en outre, dans presque tous les cas, la date de la votation était aussi déjà fixée lors de cette intervention»[204]. Aussi, en se fondant sur la doctrine récente[205], le Tribunal fédéral reconnaît au gouvernement le droit – et même le devoir – d'intervenir dans le débat politique en dehors des périodes précédant les votations; en conséquence, c'est «seulement à l'approche d'une décision populaire que l'autorité politique est en principe tenue de s'abstenir de toute influence sur le corps électoral, afin que celui-ci puisse se déterminer de façon indépendante»[206].

34. Le problème des sanctions. – Si la pratique du Tribunal fédéral en matière d'information des autorités dans le contexte des élections et des votations est plutôt restrictive, la doctrine constate cependant qu'il est assez rare qu'elle conduise à l'annulation d'un scrutin[207]. En ce qui concerne la sanction d'une éventuelle irrégularité, le Tribunal fédéral considère en effet qu'une votation ou une élection ne doit être annulée – ou suspendue – que lorsqu'il est vraisemblable que l'irrégularité constatée a influencé ou aurait pu, avec une certaine vraisemblance, influencer le résultat de manière essentielle[208]. Autrement dit, on peut renoncer à l'annulation lorsque la probabilité d'un autre résultat des urnes est à ce point faible qu'elle ne peut sérieusement être prise en considération[209]. Pour certains, cette absence de sanction pour les interventions inadmissibles «ne contribue guère à préciser la distinction entre ce qui est licite et ce qui ne l'est pas»[210].

---

204 ATF 121 I 252 (256), *Alliance de gauche*.

205 C'est-à-dire sur DECURTINS (1992), 135 ss, et RAMSEYER (1992), p. 8/9: cf. ATF 121 I 252 (256 et 257), *Alliance de gauche*, où le Tribunal fédéral se demande ensuite à quel moment commence la campagne, question qu'il laisse en l'occurrence ouverte, du moment qu'il «ne fait aucun doute que cette campagne n'est pas encore commencée» (258).

206 ATF 121 I 252 (256/257), *Alliance de gauche*.

207 Voir not. AUBERT (1995), 1004, n° 1218; J. P. MÜLLER (1991), 393.

208 ATF 119 Ia 271 (273/274), *Gemeinde Wallisellen*; HANGARTNER (1994), 244. Cela vaut aussi pour les élections: ATF 118 Ia 259 (263), *Evangelisch-reformierte Landeskirche*. Sur les conséquences des irrégularités, en général, ARTA (1996), 280 ss.

209 Voir à ce sujet ATF 119 Ia 271 (273/274), *Gemeinde Wallisellen*; ARTA (1996), 280 ss, spéc. 282.

210 BOLZ (1995b), 126/127. Voir aussi G. MÜLLER (1996), 265, qui considère la pratique actuelle insatisfaisante. J. P. MÜLLER (1991), 393, réclame également une pratique plus sévère.

D'autres approuvent la jurisprudence, notamment sous l'angle de la proportionnalité[211].

3. La mise en cause de la conception dominante

35. Vers une plus large tolérance ? – Comme indiqué, plusieurs voix se sont élevées, ces dernières années, pour plaider en faveur d'un assouplissement, dans le sens d'une plus grande tolérance à l'égard des interventions des autorités, spécialement de l'information, dans les campagnes de votations[212]. Sur le plan théorique, cette nouvelle tendance est motivée notamment par le fait que l'idée selon laquelle la volonté démocratique se forme et doit se former à l'abri de toute influence de l'Etat représente une fiction[213]. «Il en va de même de l'image traditionnelle d'une volonté démocratique qui se forme de bas en haut (du peuple aux autorités)»[214]. Il faut donc prendre congé de cette idée[215], et partir au contraire d'une «conception plus actuelle de la démocratie, qui suppose un échange réciproque constant et multiple dans le processus de communication démocratique»[216], échange qu'il n'y a pas de raison d'interrompre pendant les campagnes de votation[217]. Une information active de la population fait donc partie, dans une démocratie, des tâches du gouvernement[218]. Les autorités doivent pouvoir, comme tous les intéressés, participer au débat et apporter à la discussion tous les arguments qui relèvent de la recherche des décisions politiques les plus «justes», et cela non seulement par une information objective, mais aussi au moyen de jugements de valeur[219]. Seules sont inadmissibles les interventions qui faussent le débat en raison de la supériorité de l'autorité par rapport aux autres participants à la campagne[220], en raison de ce qu'on pourrait appeler l'asymétrie de l'information. Sur un plan plus concret et pratique, l'exigence d'assouplissement est motivée

---

211 Cf. HANGARTNER (1994), 245, qui estime que la proportionnalité non seulement permet, mais exige cette solution, lorsque l'irrégularité n'est ou n'a pas été pas propre à influencer le résultat de manière essentielle.

212 Voir en particulier DECURTINS (1992), 259 ss, et RAMSEYER (1992), 139 ss, ainsi que les auteurs cités plus bas, dans le texte.

213 Cf. BOLZ (1995b), 128.

214 Cf. BOLZ (1995b), 128. Cf. aussi G. MÜLLER (1996), 264.

215 G. MÜLLER (1996), 259 et 264.

216 Cf. BOLZ (1995b), 128, avec référence à DECURTINS (1992), spéc. 270 ss et 287 ss.

217 Cf. G. MÜLLER (1996), 264.

218 Sur ce point, voir HANGARTNER (1994), 246, G. MÜLLER (1996), 257 ss. On peut lire dans ce sens l'ATF 121 I 252 (256), *Alliance de gauche*, cité plus haut, dans le texte, mais cette tâche s'arrête, pour le TF, durant les campagnes de vote.

219 Cf. G. MÜLLER (1996), 260.

220 Cf. G. MÜLLER (1996), 260.

aussi par le souci de contrebalancer les prises de position souvent unilatérales des influents lobbies et autres groupes de pression de la société civile[221], et d'assurer ainsi une certaine égalité des armes entre pouvoirs publics et groupes de pression. A cela s'ajoute la personnalisation croissante de la politique: en dépit du principe de la collégialité et du soutien du parlement, les résultats des scrutins populaires sont de plus en plus considérés comme des défaites, ou des victoires, personnelles des membres du gouvernement[222]. Aussi est-il naturel que ceux-ci cherchent à faire accepter «leur» projet au moyen d'une politique d'information et d'investissement personnel dans la campagne[223]. La thèse est étayée encore par la complexité croissante[224] des questions soumises au vote, et le développement des moyens et techniques d'information, qui tendent à surcharger les citoyennes et les citoyens: l'intervention de l'autorité serait dès lors seule à permettre un jugement rationnel et équilibré[225]. Enfin, la doctrine récente remarque qu'une conception plus large aurait pour avantage de supprimer la distinction, critiquable, entre l'autorité elle-même et ses membres[226].

36. Admissibilité de principe de l'intervention des autorités ? – La doctrine récente considère donc que, dans son principe – et c'est là que se situe la différence par rapport à la conception dominante –, l'intervention des autorités doit être admise. C'est dans les moyens d'intervention qu'il s'agit de fixer les limites[227]. Autrement dit, comme le relève GEROLD STEINMANN[228], la tendance récente déplace l'accent de la question de principe, c'est-à-dire la question de savoir si les autorités peuvent ou non intervenir, vers celle des modalités de l'intervention, la question de savoir comment et par quels moyens les autorités interviennent. Et, à cet égard, sont considérés comme inadmissibles tous les moyens qui conduisent à une falsification du processus de formation de la volonté politique, qui empêchent une discussion ouverte entre partenaires égaux[229]. Sont en particulier inadmissibles les informations non objectives, trompeuses ou même fausses, de même que les interventions occultes[230]. En termes positifs, cela signifie que

221 Voir HANGARTNER (1994), 246, G. MÜLLER (1996), 256.
222 Cf. G. MÜLLER (1996), 257.
223 Cf. G. MÜLLER (1996), 257.
224 Cf. STEINMANN (1996), 268. Cf. aussi G. MÜLLER (1996), 260.
225 Cf. G. MÜLLER (1996), 260.
226 Cf. G. MÜLLER (1996), 261. Voir aussi, sur cette distinction, la critique de STEINMANN (1996), not. 268, et celle de BOLZ (1995b), 126, selon lequel la distinction «méconnaît la réalité des faits».
227 Cf. G. MÜLLER (1996), 261.
228 STEINMANN (1996), 268.
229 Cf. G. MÜLLER (1996), 261/262.
230 Cf. G. MÜLLER (1996), 262.

l'information des autorités doit être objective, transparente et loyale[231] et que l'intervention doit respecter le principe de la proportionnalité, notamment en ce qui concerne les moyens mis en œuvre[232]. Ce dernier critère, qui se réfère aussi bien à la forme de l'intervention, c'est-à-dire aux moyens de communications utilisés, qu'à l'investissement financier consenti par l'autorité, est cependant d'application délicate[233]. Aussi, compte tenu de la supériorité financière de l'Etat sur la plupart des particuliers et autres organisations participant à la campagne, certains auteurs considèrent qu'il appartient au législateur lui-même de le concrétiser[234]. Ils exigent en conséquence une base légale pour toute intervention qui dépasse le cadre des simples explications de vote et des interventions purement rectificatives[235]. La qualité et le niveau de cette base légale sont cependant discutés[236].

4. Une frontière floue

37. Un régime juridique incertain. – Ainsi, entre la conception dominante, celle du Tribunal fédéral, qui se fonde sur le principe de l'abstention de l'autorité, et la conception plus libérale défendue par une partie de la doctrine récente, le statut de l'information officielle en relation avec l'exercice des droits politiques n'est pas très clair. La thèse libérale semble rallier des suffrages[237], même si certains demeurent sceptiques, voire critiques[238]. Le Tribunal fédéral lui-même ne semble pas rester insensible à l'argumentation nouvelle. Du moins lui a-t-il, dans un arrêt, accordé un

---

231 Cf. BOLZ (1995b), 129, avec d'autres références.

232 Cf. BOLZ (1995b), 129; G. MÜLLER (1996), 262.

233 Cf. G. MÜLLER (1996), 262 ss.

234 Cf. G. MÜLLER (1996), 263.

235 Cf. G. MÜLLER (1996), 263/264; sur l'état de la question, cf. aussi DECURTINS (1992), 292 ss, 298 ss, qui exige également une base légale explicite pour les interventions qualifiées, c'est-à-dire celles qui impliquent un investissement financier important et utilisent des moyens quasi-publicitaires.

236 Voir not., à cet égard, HANGARTNER (1996), 276/277, qui estime qu'une loi sur les engagements financiers dans les campagnes serait inappropriée, parce que trop générale, alors que la question doit être tranchée de cas en cas. Cet auteur rappelle aussi que, selon la pratique et la doctrine, une autorisation de crédit, cas échéant avec référendum financier, est suffisante et peut remplacer l'exigence d'une loi formelle. Cf. aussi TSCHANNEN (1995), 107/108.

237 Ainsi, G. MÜLLER (1996), 260 ss, qui avoue avoir changé d'avis sur la question, notamment depuis la parution de sa contribution sur les entreprises publiques (spéc. 261, note 20), en 1987. Voir aussi STEINMANN (1996), 268/269.

238 Ainsi HANGARTNER (1994), 246/247. Cf. surtout BARRELET (1996), 311, pour lequel on risque de «mettre le cap sur un doux totalitarisme».

obiter dictum, la qualifiant de «bedenkenswert»[239]. A vrai dire, il est cependant difficile d'interpréter la jurisprudence, notamment de savoir dans quelle mesure le Tribunal fédéral entend tirer des conséquences de cette thèse libérale. La jurisprudence récente relative à une nouvelle distinction fondée sur le moment de l'intervention (cf. n° 33 ci-dessus), en particulier, soulève diverses questions. D'un côté, en effet, le Tribunal fédéral semble avoir fait un pas en direction de la doctrine libérale, en réduisant la portée de sa jurisprudence restrictive dans le temps, pour la limiter à la campagne proprement dite, ce qui a pour effet de conférer à l'autorité une liberté plus grande en dehors de cette période, notamment avant la campagne. D'un autre côté, on peut cependant aussi interpréter cet arrêt comme une manière, pour le Tribunal fédéral, de «cimenter», au moins pour la campagne proprement dite, sa conception restrictive[240]. Quoi qu'il en soit, cette jurisprudence ouvre une série de nouvelles difficultés. Tout d'abord, concrètement, elle pose la question du critère de distinction entre la phase précédant la campagne et la campagne elle-même, question que le Tribunal fédéral a en l'occurrence laissée ouverte[241]. Or, compte tenu des caractéristiques des campagnes de marketing politique modernes, notamment du fait que celles-ci commencent généralement très tôt avant une décision politique, il paraît difficile de distinguer clairement ces deux phases[242].

38. Le flou de la frontière entre l'information dans le domaine des droits politiques et l'information en dehors de ce domaine ? – Cette jurisprudence soulève cependant une autre question, plus fondamentale: en déplaçant la frontière temporelle de ce qui relève de la protection de la liberté de vote, ou de ce qui constitue une atteinte à cette liberté, elle rend incertaine et floue la distinction entre l'information dans le domaine des droits politiques, d'une part, et l'information en dehors de ce domaine, c'est-à-dire l'information générale sur l'activité de l'Etat, l'information comme tâche gouvernementale, de l'autre. En effet, tout en admettant que, en l'espèce, l'information des autorités ne portait pas atteinte au droit ou à la liberté de vote, parce que, antérieure au début de la campagne, elle n'exerçait aucune influence directe sur la future décision populaire[243], c'est néanmoins sous l'angle du recours

239 ATF 119 Ia 271 (280), *Gemeinde Wallisellen*, commenté par HANGARTNER (1994), 246. Cf. aussi STEINMANN (1996), 268.

240 C'est dans ce sens, apparemment, que STEINMANN (1996), 268 (note 159), interprète l'arrêt *Alliance de gauche*.

241 ATF 121 I 252 (256 ss), *Alliance de gauche*, avec des références à la doctrine pour la fixation de ce moment.

242 Cf. TSCHANNEN (1995), 106/107, ainsi que 286 ss.

243 ATF 121 I 252 (258), *Alliance de gauche*. Voir GRISEL (1997), 111, note 89, qui estime cette jurisprudence contestable, dans la mesure où, si elle ne viole certes pas directement le droit de vote, elle lèse néanmoins la liberté d'opinion et entrave ainsi la liberté de vote.

pour violation des droits politiques, et non sous l'angle du recours pour violation des droits constitutionnels de l'art. 84 OJ, que le Tribunal fédéral s'est saisi de l'affaire et l'a examinée[244]. Or, jusque-là, il était généralement admis que le recours pour violation des droits politiques ne protégeait l'exercice des libertés idéales qu'en rapport direct avec l'exercice des droits politiques[245]. On peut donc se demander si la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral ne reflète pas le caractère au fond assez artificiel de la distinction entre l'information dans le domaine des droits politiques, d'un côté, et de l'information en dehors de ce domaine, de l'autre, distinction qui n'est peut-être due qu'à des contingences procédurales, à savoir l'existence, dans le domaine des droits politiques, d'une procédure permettant de contester des actes matériels ou informels, c'est-à-dire dépourvus de caractère décisionnel.

C. L'information en dehors des droits politiques

1. Le régime juridique de l'information incitatrice

39. L'incidence juridique de l'information incitatrice. – En dehors du domaine des droits politiques, c'est essentiellement, comme indiqué, l'information incitatrice, visant à influencer ou modifier les comportements des particuliers, qui a attiré et focalisé l'attention de la doctrine. Cet intérêt particulier s'explique principalement pour deux raisons. D'abord, on a constaté que, même si elles ne sont pas juridiquement obligatoires pour leurs destinataires, les recommandations, mises en garde et autres formes d'information incitatrice sont néanmoins susceptibles de produire divers effets juridiques. Comme le souligne CHARLES-ALBERT MORAND, «*prima facie*, ces actes ne sont pas obligatoires. Ils ne sont pourtant pas sans effets de droit. Ils peuvent légitimer un comportement, éroder une réglementation obligatoire en entrant en contradiction avec elle, légitimer l'action de celui qui suit fidèlement le comportement qu'on lui suggère d'adopter. Ils peuvent aussi produire des effets indirects par le truchement de normes qui attachent de l'importance au respect du comportement recommandé, qu'il s'agisse des règles de la bonne foi ou de celles qui, dans le cadre de la responsabilité, déduisent des conséquences de l'adoption d'un comporte-

244 ATF 121 I 252 (254 ss), *Alliance de gauche*.

245 ATF 101 Ia 252 (254 ss), *Ernst*, où le Tribunal fédéral examine l'intervention de l'autorité sous l'angle de la liberté d'opinion, et non sous l'angle des droits politiques, en raison de l'absence d'un lien suffisamment étroit avec une votation qui devait avoir lieu quelques mois plus tard. Cf. aussi KÄLIN (1994), 100 ss.

ment imprudent »[246]. Ainsi, en matière de responsabilité, il n'est pas certain qu'un particulier ne puisse pas se voir opposer le non-respect d'une telle recommandation dans le cadre d'une obligation de diligence (pour un médecin, par exemple) ou encore d'une obligation de réduction du dommage (pour un assuré, par exemple)[247]. D'autre part, l'information incitatrice peut aussi, en fonction de son intensité, et en dépit de son caractère non obligatoire, constituer une atteinte, au moins de fait, aux droits fondamentaux des particuliers[248]. Elle peut affecter les droits fondamentaux de ses destinataires directs, notamment lorsqu'elle présente un caractère contraignant au point de les priver pratiquement de toute liberté de choix. Mais elle est susceptible de porter une atteinte de fait aux droits de tiers, lorsque le respect scrupuleux de telles recommandations par le public en général induit un comportement de masse qui a pour effet indirect de nuire aux intérêts, notamment économiques, des producteurs de certains biens et services, par exemple[249].

A cette première constatation s'ajoute le fait que, en tant qu'acte matériel ou activité informelle, l'information des autorités n'entre pas dans le cadre des instruments traditionnels de l'administration. Elle se situe et se développe en dehors des garanties habituelles de procédure et de protection juridique que ces instruments offrent aux particuliers[250]. Ainsi, malgré son incidence potentielle sur la situation juridique et les droits fondamentaux des particuliers, l'information incitatrice reste en dehors du droit, en quelque sorte. La doctrine a donc cherché à replacer cette forme d'information dans la dogmatique du droit administratif, ou à « déplacer les frontières du droit » pour en élargir « l'empire »[251] en quelque sorte, dans le but notamment d'accroître la protection juridictionnelle des particuliers. Elle a en outre cherché à dégager et à développer les principes du traitement juridique applicable à l'information incitatrice, régime qu'on ne fera ici que résumer brièvement[252].

40. Admissibilité et conditions de validité de l'information incitatrice. – D'une manière générale, la doctrine considère aujourd'hui que l'information incitatrice est admissible en principe, en tant qu'elle représente un moyen d'action étatique plus libéral que les injonctions ou les interdictions.

---

246 MORAND (1998), 173.

247 Cf. MÜLLER/MÜLLER-GRAF (1995), 373 ss.

248 Sur la question, cf. NÜTZI (1995), 117 ss et 131 ss; BARTHE (1993), 109 ss.

249 Cf. MÜLLER/MÜLLER-GRAF (1995), 379 ss; NÜTZI (1995), 117 ss et 131 ss; BARTHE (1993), 109 ss.

250 Cf. MÜLLER/MÜLLER-GRAF (1995), 358, 360 et 371 ss; BARTHE (1993), 111 ss.

251 Cf. MORAND (1998), 175 et 176.

252 Pour des raisons de place, mais aussi parce que c'est précisément le thème du rapport du professeur TSCHANNEN.

Certains auteurs considèrent qu'une telle information peut même s'imposer, en lieu et place d'une mesure plus liberticide, telle un ordre ou une interdiction, en vertu du principe de la proportionnalité[253]. Le recours à l'information incitatrice est toutefois subordonné à certaines conditions. En premier lieu, les recommandations, mises en garde, appels et autres formes d'incitation ne doivent pas porter sur un objet contraire à la loi[254]. Elles doivent en outre respecter les règles de compétences, c'est-à-dire émaner de l'autorité matériellement et fonctionnellement compétente[255]. Elles doivent s'inscrire dans le cadre de l'accomplissement d'une tâche de cette autorité. Pour le reste, la doctrine admet l'application des principes généraux de l'activité étatique et administrative, à savoir l'exigence d'une base légale, celle de l'intérêt public et celle de la proportionnalité, ainsi que le respect de l'égalité de traitement et du principe de la bonne foi[256]. Il faut noter à cet égard que si, à l'origine, l'application de ces principes généraux était liée à – et même motivée par – la constatation que l'information incitatrice pouvait porter atteinte aux droits fondamentaux[257], tel ne semble plus être la tendance aujourd'hui : comme toute activité étatique, même informelle, l'information incitatrice est soumise aux principes généraux du droit public, indépendamment de ce qu'elle touche ou non les droits fondamentaux[258]. A vrai dire, la situation ne semble à ce sujet pas encore très claire. Ainsi, s'agissant de l'exigence de la base légale, la doctrine n'est pas uniforme[259]. S'il est généralement admis qu'une base légale expresse est nécessaire lorsqu'il y a atteinte aux droits fondamentaux, certains paraissent se contenter pour le reste d'une simple norme attributive de compétence, qui comprendrait en quelque sorte le droit d'informer, alors que d'autres paraissent exiger plus généralement une base légale autorisant explicitement l'information[260]. Quoi qu'il en soit, on admet généralement que le

---

253 Cf. MÜLLER/MÜLLER-GRAF (1995), 377.

254 Cf. MÜLLER/MÜLLER-GRAF (1995), 376.

255 Cf. MÜLLER/MÜLLER-GRAF (1995), 377 ; NÜTZI (1995), 189 ss ; BARTHE (1993), 123 ss ; RICHLI (1991), 156/157 ; BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 325.

256 Cf. BARTHE (1993), 140 ss ; MÜLLER/MÜLLER-GRAF (1995), 377 ss ; RICHLI (1991), 156/157 ; BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 325.

257 Dans ce sens, RICHLI (1991), 161 ; BARTHE (1993), 133.

258 Dans ce sens, quoi que pas très clairement, MÜLLER/MÜLLER-GRAF (1995), 377 ss. Dans ce sens apparemment aussi, de par la systématique, SCHWEIZER/BURKERT (1996), 10 ss, n° 25 ss (et 15 ss, n° 40 ss), même si ces auteurs se réfèrent plutôt au traitement des informations par l'administration.

259 Voir un exposé des opinions chez BARTHE (1993), 131 ss, et NÜTZI (1995), 154 ss. Voir aussi MORAND (1998), 184 ss, qui considère que les « exigences de base légale formelle et matérielle qui sont au cœur de l'Etat de droit démocratique ne peuvent être transposées sans autre à l'action incitatrice de l'Etat ».

260 Sur la question, cf. MÜLLER/MÜLLER-GRAF (1995), 377/378 ; BARTHE (1993), 131 ss ; NÜTZI (1995), 154 ss et 158 ss ; BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 322.

niveau et la densité de la base légale requise doivent être fonction de l'importance de l'information considérée, de son incidence et de son impact prévisibles, notamment sur les droits fondamentaux[261].

41. Le problème des lacunes dans la protection juridique. – Reste évidemment le problème de la sanction. L'activité d'information se caractérisant par l'absence de décision, d'acte formel, une information illicite, notamment parce qu'elle ne respecterait pas ces critères et conditions, ne peut aujourd'hui être contestée, en principe, que sous l'angle de la responsabilité de l'Etat[262]. Comme indiqué, la doctrine envisage diverses solutions en vue de remédier à cette lacune, solutions qui vont de l'assimilation des activités d'informations à une décision à l'exigence d'une ouverture, par voie législative – par exemple dans le cadre de la révision totale de l'organisation judiciaire –, de l'objet attaquable, pour l'étendre aux actes matériels qui, en raison de leur intensité, affectent les droits des particuliers[263].

2. L'information générale sur l'activité de l'Etat

42. L'obligation générale d'informer en tant que tâche gouvernementale : de la LOA à la LOGA. – L'information générale sur l'activité étatique n'a pas suscité, pour sa part, un très grand intérêt sur le plan juridique. Peut-être cela s'explique-t-il par le fait qu'elle pose, *a priori*, moins de problèmes, notamment de responsabilité ou d'atteintes potentielles aux droits fondamentaux. Sans doute aussi parce que cette information est réglée par la loi, qui en fait d'ailleurs non seulement un droit, mais une obligation des autorités. Au niveau fédéral[264], l'obligation générale d'informer a trouvé un premier ancrage à l'article 8 de la loi sur l'organisation et la gestion du Conseil fédéral et de l'administration fédérale, du 19 septembre 1978. Elle y était conçue en ces termes[265] : « Le Conseil fédéral veille à ce qu'un service d'information renseigne constamment le public sur ses intentions, sur les décisions et les mesures qu'il prend, ainsi que sur les travaux de

261 Voir BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 322; NÜTZI (1995), 158 ss; MÜLLER/MÜLLER-GRAF (1995), 377/378 et 396 ss; BARTHE (1993), 133/134.

262 Cf. BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 325. Voir aussi, à cet égard, SCHWEIZER/BURKERT (1996), 30, n° 76. Il faut réserver la dénonciation à l'autorité de surveillance: cf. BARTHE (1993), 147.

263 Voir les auteurs cités ci-dessus, n° 14, en particulier, sur l'état actuel de la discussion, RICHLI (1998), 1426 ss.

264 On trouve des règles analogues dans la plupart des constitutions cantonales récentes: pour des exemples, cf. NÜTZI (1995), 30/31; cf. aussi n° 105 ci-dessous.

265 Sur l'art. 8 LOA, cf. not. ATF 118 Ib 473 (478/479), *Laiteries Réunies*, ainsi que BARTHE (1993), 84 ss.

l'administration fédérale, lorsqu'il y a un intérêt général à donner de tels renseignements et que cette information ne peut pas porter atteinte à des intérêts publics ou privés importants et dignes d'être protégés». Issue de la révision totale de la loi de 1978, la nouvelle loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA), du 21 mars 1997[266] a repris cette obligation, en adaptant sa formulation au goût du jour. Sous le titre «Information», l'article 10 de la nouvelle loi dispose ainsi: «[1] Le Conseil fédéral assure l'information de l'Assemblée fédérale, des cantons et du public. [2] Il informe de manière cohérente, rapide et continue sur son appréciation de la situation, sa planification, ses décisions et les mesures qu'il prend. [3] Les dispositions particulières relatives à la sauvegarde d'intérêts prépondérants, publics ou privés, sont réservées». La nouvelle loi va même plus loin. Elle ajoute à cette obligation d'informer une disposition sur les «Relations publiques» (art. 11), qui stipule: «Le Conseil fédéral cultive ses relations avec le public et s'informe des opinions de la population ainsi que de ses préoccupations».

43. Une conception plus «offensive» de l'information générale? – Ces dispositions[267], qui n'ont guère été discutées au Parlement[268], marquent, par rapport au système antérieur, une certaine ouverture. L'obligation d'informer le public n'existe pas seulement – comme le disait l'article 8 LOA – «lorsqu'il y a un intérêt général»[269]. La nouvelle loi conçoit ainsi l'information générale sur l'activité de l'Etat de manière large et systématique. Elle doit permettre une information plus ouverte, dynamique et «offensive»[270]. Elle exige même plus, à savoir une communication, un dialogue permanent en quelque sorte, «un courant d'échanges réciproques

266 LOGA, RS 172.010 (RO 1997 2022). Cf. aussi l'*ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration*, du 25 novembre 1998 (OLOGA; RO 1999 1258), spéc. art. 23.

267 Sur les art. 10 et 11 LOGA, cf. not. les messages du Conseil fédéral, du 16 octobre 1996, FF 1996 V 1 ss, et du 20 octobre 1993, FF 1993 III 949, spéc. 1018/1019 et 1154 (le texte de ces deux dispositions est identique à celui des art. 11 et 12 de la loi du 6 octobre 1995 [FF 1995 IV 454] rejetée en référendum le 9 juin 1996; il reflète pour l'essentiel le texte du premier projet du Conseil fédéral). Cf. SCHWEIZER (1995a), 79; SCHWEIZER/BURKERT (1996), 26/27, n° 66; BARRELET (1998), 264/265, n° 934-938.

268 Le Conseil national avait certes, dans un premier temps, suivant sa commission, supprimé l'al. II de l'art. 10, mais parce qu'il considérait son contenu comme allant de soi. La commission voulait, pour les mêmes raisons, supprimer également l'art. 11, mais elle n'a pas été suivie. En deuxième lecture, suivant le Conseil des Etats, le Conseil national a rétabli l'al. II de l'art. 10. Il faut noter encore qu'une proposition d'al. IV, imposant le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des médias, n'a finalement pas été retenue. Cf. BO CE 1994 159, CN 1995 139-143, CE 1995 364, CN 1995, 1440/1441 et CE 1995 882.

269 SCHWEIZER (1995a), 79.

270 Cf. BO CN 1995 142 (Couchepin).

entre les autorités et la population »[271]. Les articles 10 et 11 LOGA ont donc une vision assez large du contenu de l'information : celle-ci peut porter non seulement sur l'activité du gouvernement, à savoir les décisions et les mesures qu'il prend, mais aussi sur ses projets, sa planification et son appréciation de la situation. Elles permettent même, explicitement, au gouvernement de cultiver ses relations avec le public.

Sous cette forme d'obligation générale, l'information du public constitue donc bien une tâche gouvernementale, ainsi qu'en atteste d'ailleurs la mise à jour de la Constitution fédérale, qui donne à cette tâche un ancrage constitutionnel. En effet, sous le titre « Politique gouvernementale », l'article 180 II de l'*arrêté fédéral* du 18 décembre 1998 *relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale* dispose que le Conseil fédéral « renseigne le public sur son activité en temps utile et de manière détaillée, dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose »[272]. Il faut noter cependant que les articles 10 et 11 LOGA ne couvrent pas seulement l'information gouvernementale, celle qui émane du Conseil fédéral lui-même. Ils s'appliquent aussi, sous l'angle matériel, à l'information donnée par les départements et les offices[273].

Quoi qu'il en soit, il faut préciser que l'obligation d'informer prévue par ces dispositions s'en tient, malgré ce que pourrait laisser croire l'idée d'une communication et d'un courant d'échange avec le public, à une information purement active : ainsi qu'on le verra encore, on admet généralement, en effet, que ces dispositions instituant l'obligation générale d'informer des autorités fédérales ne confèrent pas un droit subjectif aux particuliers[274].

44. Les bases légales spéciales. – A côté de ces règles générales, de nombreuses autres dispositions de la législation spéciale traitent de l'information des autorités[275]. Certaines accordent à l'autorité un (simple) droit d'informer, sans en faire une obligation. Ainsi, par exemple, la loi fédérale sur la protection des données dispose que le préposé fédéral à la protection des données peut, s'il en va de l'intérêt général, informer le

---

271 Message du 20 octobre 1993, FF 1993 III 949 (1019). Cf. SCHWEIZER (1995a), 79, qui estime que cette tâche paraît délicate pour des conseillers fédéraux débordés.

272 Cf. FF 1998 176. Cette disposition reprend sans modification l'article 168 II du projet du Conseil fédéral du 20 novembre 1996, cf. FF 1997 I 1, spéc. 637, lequel reprenait lui-même tel quel l'art. 154 II de l'avant-projet du 29 mai 1995. Pour le commentaire de cette disposition, cf. FF 1997 I 1, 418/419.

273 En ce sens, BO CN 1995 141 (Nebiker). Voir aussi les art. 34, 40 et 54 LOGA, qui ne font que régler l'organisation, les compétences et la coordination en matière d'information.

274 Voir n° 90 ci-dessous.

275 Cf. BARRELET (1998), 263, n° 932, qui considère que ces dispositions spécifiques peuvent être considérées comme des règles spéciales, qui l'emportent sur celles, générales, des articles 10 et 11 LOGA.

public de ses constatations et de ses recommandations[276]. Le plus souvent, cependant, ces dispositions spéciales instituent une obligation d'informer. Elles poursuivent à cet égard différents objectifs. Parfois, l'information semble viser un but de pure transparence. Tel est le cas de la loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, qui prévoit que la Commission de la concurrence et son secrétariat «informent le public de leurs activités»[277]. Ailleurs, l'obligation d'informer vise clairement à assurer la protection des particuliers, notamment pour leur permettre de prendre une décision en toute connaissance de cause ou, tout simplement, de connaître leurs droits. Ainsi, la nouvelle loi fédérale sur la procréation médicalement assistée entend garantir le consentement éclairé du donneur, en disposant que celui-ci «doit, avant le don, être informé par écrit sur la situation juridique, en particulier sur le droit de l'enfant de prendre connaissance du dossier du donneur»[278]. On trouve diverses obligations d'informer de ce type, par exemple, dans le domaine des assurances sociales[279]. Dans un ordre d'idée un peu différent, plusieurs lois envisagent l'information comme moyen de sensibiliser le public à certains dangers et poursuivent donc aussi un but de protection, mais en se référant à la fois à une information générale et à une information plus incitatrice. Ainsi, par exemple, la loi sur les denrées alimentaires et les objets usuels charge la Confédération de veiller «à ce que le public soit informé des événements particuliers notables touchant la protection de la santé» et précise que la Confédération «peut également informer le public des connaissances scientifiques d'intérêt général en matière de nutrition, utiles notamment à la prévention des maladies et à la protection de la santé»[280]. Elle prévoit aussi, sous le titre «Mise en garde publique», que les autorités informent le public et lui «recommandent le comportement à adopter» lorsqu'elles «constatent que

276 Art. 30 II LPD, du 19 juin 1992, RS 235.1.

277 Art. 49 I LCart, du 6 octobre 1995, RS 251. Voir le message, du 23 novembre 1994, FF 1995 I 472, 607, selon lequel cette obligation vise à assurer la «transparence de la politique suisse de la concurrence».

278 Art. 18 de la *loi fédérale sur la procréation médicalement assistée*, du 18 décembre 1998 (LPMA, FF 1998 4992). Voir à ce sujet le message du Conseil fédéral, FF 1996 III 197, 260.

279 Voir, par exemple, ATF 121 V 28 (30), *O.*, à propos de l'obligation d'informer de l'assureur accidents et de l'employeur en ce qui concerne l'assurance prolongée dans l'assurance-accidents sociale, ATF 124 V 215 (220 ss), *M.*, à propos de la portée de l'obligation des offices du travail d'informer l'assuré dans le cadre de l'assurance-chômage (art 19 IV OACI), ainsi que des rapports entre cette obligation et le principe de la bonne foi; ATF 124 II 114 (116 ss), *Sammelstiftung X.*, à propos de l'obligation des fondations collectives d'informer les caisses de pension affiliées.

280 Art. 12 I LDAl, du 9 octobre 1992 (RS 817.0). La même disposition précise, à son al. II, que la Confédération peut soutenir l'information et la recherche en matière de nutrition accomplies par d'autres institutions.

des denrées alimentaires, des additifs ou des objets usuels présentant un danger pour la santé ont été distribués à un nombre indéterminé de consommateurs »[281]. Enfin, il faut rappeler que c'est également sur cette loi que se fondent les nombreuses obligations d'information et de mise en garde que les autorités imposent aux producteurs de certains biens de consommation, afin de protéger le public consommateur[282]. Toujours dans le même ordre d'idées, de protection des particuliers, la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies)[283] dispose que l'Office fédéral de la santé publique publie des relevés périodiques des cas de maladies transmissibles, et « informe, s'il est nécessaire, les autorités, le corps médical et le public par d'autres communications ». Dans un autre registre, l'information a parfois aussi pour but de faciliter la réalisation d'un objectif d'intérêt général. Ainsi, par exemple, la loi fédérale sur la protection de l'environnement, qui contient diverses obligations d'informer, charge notamment les autorités de renseigner « le public de manière objective sur la protection de l'environnement et sur l'état des nuisances qui y portent atteinte », mais aussi de conseiller les autorités et les particuliers et de leur recommander « l'adoption de mesures visant à réduire les nuisances »[284]. L'arrêté pour une utilisation économe et rationnelle de l'énergie demande à l'Office fédéral de l'énergie de fournir « informations et conseils au public et aux autorités sur les possibilités d'utilisation économe et rationnelle de l'énergie ainsi que sur l'emploi des énergies renouvelables »[285]. Enfin, l'information sert quelquefois à faire accepter et, ainsi, à renforcer une obligation des particuliers, afin de faciliter l'exercice, par l'autorité, de sa tâche. Tel est par exemple le cas des campagnes d'information menées par l'Office fédéral de la statistique avant les recensements de la population : l'office « informe le public de la nécessité, de l'utilité et du déroulement du relevé, ainsi que des mesures prises en matière de protection des données »[286]. Ces quelques

281 Art. 43 I LDAl (RS 817.0).

282 Voir par exemple les art. 8 ss, spéc. 10 à 12, de l'*ordonnance sur le tabac et les produits du tabac*, du 1er mars 1995 (OTab, RS 817.06).

283 Art. 3, sous le titre « Information », de la loi du 18 décembre 1970, RS 818.101.

284 Art. 6 I à III LPE, du 7 octobre 1983, RS 814.10. Sur cette disposition, qui « mêle » information générale et information incitatrice, cf. BARTHE (1993), 95 ss et 153 ss. Pour les autres obligations d'information et de publicité instituées par cette loi, cf. n° 93 ci-dessous.

285 Art. 8 I de l'arrêté, du 14 décembre 1990, RS 730.0.

286 Art. 17 de l'*ordonnance sur le recensement fédéral de la population de l'an 2000*, du 13 janvier 1999 (RS 431.112.1 ; RO 1999 921). L'information sert sans doute à faire accepter, et donc à renforcer, l'obligation de renseigner imposée aux particuliers par la loi (cf. l'art. 6 de la nouvelle *loi sur le recensement fédéral de la population*, du 26 juin 1998, RS 431.112, RO 1999 917).

exemples[287] montrent que les objectifs poursuivis par le législateur en matière d'information sont assez diversifiés.

3. Relativité de la distinction entre l'information générale et l'information incitatrice ?

45. L'utilité de la distinction. – Comme indiqué, la doctrine distingue généralement, en dehors du domaine des droits politiques, l'information générale sur l'activité étatique, d'un côté, et l'information incitatrice, de l'autre. Le critère de différenciation réside dans l'objectif de l'information, c'est-à-dire dans la question de savoir si celle-ci a (simplement) pour but d'assurer la transparence de l'activité administrative et de favoriser ainsi le consensus, ou si elle vise au contraire à influencer de manière concrète le comportement de ses destinataires[288]. On peut cependant se demander si cette distinction entre l'information sur l'activité étatique en général et l'information incitatrice a et doit véritablement avoir une fonction normative. Il est permis d'en douter. Tout d'abord, il faut constater que la classification a surtout, pour les auteurs qui la pratiquent, une fonction didactique : le souci de délimiter le champ de l'analyse, en le focalisant sur l'un des deux aspects, celui qui apparaît le plus problématique du point de vue juridique – l'information incitatrice[289]. Du reste, la première catégorie, celle de l'information générale sur l'activité est étudiée, lorsqu'elle est l'est, non pas tant sous l'angle du droit des autorités d'informer et des conditions ou des modalités de cette activité, mais presque exclusivement sous l'angle des droits d'accès des particuliers à l'information[290]. Dans cette mesure, la distinction est sans doute utile et légitime.

46. Une distinction relative. – Elle ne saurait cependant être prise de manière (trop) absolue ou de manière (trop) normative. Certes, la conférence de presse qui suit traditionnellement les séances du Conseil fédéral, et qui sert à informer de manière générale des dossiers traités et des décisions prises par le gouvernement, n'a sans doute pas la même portée ni les mêmes effets juridiques, notamment en termes d'atteintes potentielles aux droits fondamentaux, que la campagne « Stop-Sida », les recommandations relatives à la consommation du « Vacherin Mont-d'Or »[291] ou encore une mise en garde des autorités au sujet de certaines sectes, par exemple. Mais faut-il pour autant faire de ces deux activités d'information des

287 Pour d'autres exemples, cf. not. NÜTZI (1995), 161 ss.
288 Cf. BARTHE (1993), 103/104.
289 Ainsi chez MÜLLER/MÜLLER-GRAF (1995), 364.
290 Ainsi chez BARTHE (1993), 25 à 100.
291 Pour ces deux exemples, cf. not. NÜTZI (1995), 50 ss.

catégories distinctes, obéissant à des règles ou à des principes différents ? Cela n'est pas sûr. D'une part, le critère de distinction ne paraît pas suffisamment fiable et précis pour permettre une différenciation claire et nette, en deux catégories normatives. On peut en effet aisément imaginer qu'il existe, entre les deux, des « formes mixtes »[292] : des cas par exemple où, sous le couvert d'une information générale et objective sur son activité, une autorité cherche néanmoins à faire accepter ses vues, à soutenir son projet. Voire même des cas où une information tout à fait générale et objective peut toucher des droits fondamentaux des particuliers : ainsi, lors d'une conférence de presse relative à une enquête administrative ou disciplinaire, par exemple. De même, pour prendre un autre exemple, lorsqu'un office fédéral édite une publication scientifique dans laquelle ses agents, mais aussi des tiers, expliquent ou commentent les diverses législations tombant dans la sphère d'activité de l'office, exposent, pour les défendre, les projets législatifs qui en émanent, y compris les textes soumis au vote populaire, il y a sans doute là un mélange d'information générale et d'information incitatrice. Une telle activité n'est-elle pas susceptible d'affecter les droits fondamentaux, notamment la liberté d'opinion des destinataires de la brochure, voire même leur liberté de vote. On peut même se demander si une telle activité ne constitue pas une intervention de l'Etat dans l'économie, susceptible de toucher la liberté économique[293]. La frontière entre l'information générale, objective et neutre, d'un côté, et l'information qui cherche à sensibiliser ou même influencer l'opinion, de l'autre, est trop floue pour justifier la « construction » de deux régimes juridiques différents. Comme le soulignent certains auteurs à propos de l'information dans le domaine des droits politiques, toute information est influence, et la distinction entre l'information (permise) et l'influence (illicite) relève d'une illusion[294]. Cette constatation vaut sans doute aussi pour l'information en dehors de la sphère des droits politiques. Ainsi, l'autorité qui cultive ses relations publiques, qui se met en quête de présenter ses services et ses prestations, cherchant à améliorer son image dans le public, doit-elle être classée dans la catégorie de l'information générale ou dans celle de l'information incitatrice[295] ? On le voit : il y a, dans les objectifs de

292 Cf. MÜLLER/MÜLLER-GRAF (1995), 364. Voir aussi NÜTZI (1995), 38/39, qui précise que l'information sur l'activité et l'information incitatrice ne se laissent pas toujours distinguer clairement.

293 Comparer à cet égard les précautions de l'ordonnance sur la publication électronique des textes juridiques, ci-dessus n° 10.

294 Cf. TSCHANNEN (1995), 425. Voir aussi ci-dessus, les auteurs cités n° 35.

295 Voir BARRELET (1996), 303 ss, qui ne fait pas de distinction entre les divers domaines ou les divers objets sur lesquels porte l'information.

l'information officielle, toute une palette de degrés différents, qui empêche une classification trop rigide en deux seules catégories.

D. Une possible synthèse ?

47. Vers une convergence du traitement juridique de l'information active ? – La juxtaposition de ces diverses « catégories » d'information établies par la pratique et la doctrine, ainsi que l'examen sommaire du régime juridique de l'information officielle dans chacune d'elles, permettent-ils de faire quelques constats, de dégager certaines convergences, voire une possible synthèse ? Telle est la question qu'on s'était posée au début de ce chapitre. Tout d'abord, on a pu constater que la distinction entre l'information dans le domaine des droits politiques, d'un côté, et l'information en dehors de ce domaine, notamment l'information générale en tant que tâche gouvernementale, de l'autre côté, tend à devenir floue, si tant est qu'elle ait jamais été claire. Elle s'avère artificielle, fondée qu'elle est, finalement, sur des motifs contingents, de procédure. Il n'en va pas autrement, d'autre part, de la distinction entre l'information générale des autorités sur leur activité et l'information dite incitatrice. Cette double constatation permet ainsi de se demander s'il ne conviendrait pas de chercher à voir les convergences possibles, afin de dégager un « régime commun », pour autant que cela soit possible, de l'information officielle active, du droit d'informer des autorités. On peut en effet se demander si, en particulier sous la pression en faveur d'une plus grande tolérance qui s'est manifestée dans la doctrine récente, le régime juridique de l'information dans le domaine des droits politiques ne tend pas, ou ne pourrait pas tendre à se rapprocher du régime « construit » par la doctrine à propos de l'information incitatrice, du moins en ce sens que toute intervention des pouvoirs publics ne serait plus illicite en soi, mais en principe licite. Quel pourrait alors être ce « régime commun » ?

48. Quel régime commun ? – Au-delà des distinctions traditionnelles, on pourrait ainsi considérer l'information des autorités, de quelque nature qu'elle soit, comme une activité administrative, soumise en tant que telle aux principes généraux du droit public, à savoir les principes de la légalité, de l'intérêt public, de la proportionnalité, de l'égalité de traitement et de la bonne foi. Ensuite, cette activité, même si elle se manifeste sous la forme d'actes matériels, sans caractère décisionnel, est susceptible d'affecter, dans certains cas, la situation juridique des particuliers et de porter atteinte à leurs droits fondamentaux, que ce soient ceux des destinataires directs de l'information ou ceux de tiers. Elle devrait donc, dans cette hypothèse et dans la mesure où une telle atteinte s'avérerait effective, être analysée et jaugée à l'aune des conditions habituelles de restrictions aux droits

fondamentaux, à savoir encore les exigences de la base légale, de l'intérêt public et de la proportionnalité. Ainsi, par exemple, le niveau et la densité de la base légale exigée pourraient et devraient être différenciés en fonction de l'existence ou non d'une telle atteinte aux droits fondamentaux. C'est du reste ainsi que la doctrine semble vouloir appliquer l'exigence de la base légale s'agissant de l'information incitatrice.

Pour ce qui est de l'information en relation avec l'exercice des droits politiques, une telle approche aurait pour conséquence que l'information des autorités ne devrait plus être considérée comme une atteinte en soi, mais (seulement) comme une atteinte potentielle à la liberté de vote. L'information en rapport avec les votations constituerait ainsi une activité étatique qui est « grundrechtsrelevant » : qui *peut*, suivant son caractère et son intensité, constituer une atteinte au droit fondamental de la liberté de vote, au même titre et de la même manière que l'information incitatrice peut, suivant son caractère et son intensité, porter atteinte aux droits fondamentaux de la liberté personnelle, de la liberté d'opinion ou à d'autres encore[296]. Cela aurait certes pour effet de rapprocher le droit et la liberté de vote du régime commun aux autres droits fondamentaux, celui du double examen de l'atteinte, d'abord, puis de la constitutionnalité de l'atteinte : en d'autres termes, il s'agirait d'examiner, dans un premier temps, pour la liberté de vote comme pour les autres droits fondamentaux, si l'intervention étatique constitue bien, de par son intensité, une atteinte, c'est-à-dire touche la sphère de protection du droit, avant d'en déterminer, si atteinte il y a, la constitutionnalité. Dans leur dimension subjective, le droit et la liberté de vote connaîtraient un régime de restrictions analogue à celui des autres droits fondamentaux. La place qui leur est faite dans la Constitution mise à jour paraît aller dans ce sens[297].

49. Conséquences concrètes. – Pratiquement, une telle conception aurait sans doute pour effet, sur le fond, de libéraliser quelque peu le régime de l'information des autorités en relation avec l'exercice des droits politiques, dans le sens de la doctrine récente. Toute intervention officielle ne serait plus considérée, en soi, comme une atteinte à la liberté de vote, mais pourrait l'être, en fonction de son caractère et de son intensité. Et les critères dégagés aussi bien par la conception dominante que par la doctrine récente continueraient à s'appliquer à la détermination de l'existence d'une telle atteinte. Ainsi, par exemple, plus l'intervention est proche, dans le temps,

---

296 Voir, pour l'information incitatrice, MÜLLER/MÜLLER-GRAF (1995), 380 ss, et NÜTZI (1995), 117 ss. Voir aussi, pour l'information dans le domaine des droits politiques, DECURTINS (1992), 269.

297 Voir l'art. 34 de l'*arrêté fédéral* du 18 décembre 1998 *relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale*, placé juste avant la disposition sur le régime des restrictions (art. 36).

d'une décision populaire, plus on doit admettre qu'elle est susceptible de constituer une atteinte à la liberté de vote. Inversement, lorsqu'elle en est éloignée, l'atteinte à la liberté de vote est moins évidente, mais il s'agirait d'examiner alors s'il n'y a pas atteinte à la liberté d'opinion.

Cela implique, d'autre part, pour ce qui est de l'information « en dehors du domaine des droits politiques », qu'il s'agirait de combler les lacunes de protection juridique qui résultent aujourd'hui du caractère non attaquable des actes matériels. A cet égard, les propositions de la doctrine récente mériteraient la considération du législateur[298].

50. Droit d'informer des autorités et droit à l'information des particuliers. – La reconnaissance d'un *droit* d'informer des autorités, d'une information active plus « offensive », pour reprendre l'expression utilisée dans le cadre de l'élaboration de la nouvelle loi sur l'organisation du gouvernement (cf. n° 43), comporte certains risques[299]. Aussi devrait-elle être accompagnée, compensée en quelque sorte[300], par la reconnaissance d'un droit à l'information des *particuliers*.

III. Le droit des particuliers à l'information : obligations d'informer, garanties de publicité et droits d'accès.

A. La problématique

51. Les données de la question. – Le second volet de ce rapport traitera du droit ou, plus généralement, de l'accès des particuliers à l'information détenue par les autorités. On a vu que les autorités ont, à certaines conditions, un droit d'informer, voire même, le plus souvent, une obligation de fournir des informations, de manière active, spontanée. La question qui sera examinée ici est celle de savoir si, et dans quelle mesure, les particuliers peuvent prétendre obtenir des informations, que ce soient celles que les autorités sont sensées fournir en vertu de leurs obligations d'informer ou d'autres. La problématique couvre différents aspects. En premier lieu, il s'agit de déterminer jusqu'où vont les obligations des autorités d'informer de manière active, c'est-à-dire quelle est leur portée. Confèrent-elles aux individus un droit à obtenir les informations considérées ? Plus générale-

298 Voir, pour ces propositions, RICHLI (1998), 1426 ss (avec un état de la discussion), cité n° 14 et 41 ci-dessus.

299 Voir not. BARRELET, cité note 238 ci-dessus. Cf. aussi J. P. MÜLLER (1995a), 17, également critique à l'égard d'une telle information active offensive. De même, HÄNER (1990), 261 ss.

300 Dans ce sens, HÄNER (1990), 263.

ment, y a-t-il, ou faut-il reconnaître, même en dehors de ces obligations d'informer, un droit d'accès aux informations de l'Etat, un droit à l'information ou à la publicité de l'activité administrative ? Un droit d'accès général ou, seulement, quelques droits d'accès spécifiques, sectoriels ? Telles sont notamment les questions qu'on aimerait examiner dans ce chapitre. La problématique n'est certes pas nouvelle, elle a même déjà fait couler beaucoup d'encre. Le droit positif lui-même apporte des réponses à ces différentes questions. Toutefois, ces réponses ne sont pas toujours très claires, elles ne sont pas dépourvues d'ambiguïtés, voire de contradictions. De plus, elles sont controversées. La conception dominante apparaît en effet de plus en plus critiquée et certains développements récents semblent même vouloir l'ébranler. Cela justifie qu'on refasse le point de la situation.

52. La démarche de l'analyse. – A cet effet, on partira de la conception (encore) dominante, selon laquelle il n'y a pas, en droit positif suisse, en tous cas au niveau fédéral, de droit subjectif général des particuliers à être informés de l'activité des autorités. Notamment, telle qu'elle est conçue par la jurisprudence, la liberté d'information n'implique pour les autorités aucune obligation générale d'informer ou de fournir au public des informations déterminées. En d'autres termes, l'activité des autorités n'est en principe pas publique, mais secrète, sous réserve d'exceptions. Selon la formule consacrée, c'est la règle du « secret sous réserve de publicité » (« Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt »), et non celle de la « publicité sous réserve de secret » (« Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt ») qui prévaut ou prévaudrait[301]. Un examen détaillé montre cependant que la règle est assortie de nombreuses exceptions, au point qu'on peut se demander si la formule consacrée de la non-publicité de l'administration est encore juste[302]. La question n'est pas sans importance,

301 Cette formule est apparemment due à BUSER (1967), 213 ss (du moins selon DRUEY [1995], 401, note 25). Elle a été depuis largement reprise : cf. not. ATF 107 Ia 304 (308), *Fuchs* ; pour la doctrine, cf. not. WEBER (1996), 31, n° 109 ss ; MAEDER (1983), 20 ss ; J. P. MÜLLER (1991), 147 ; KETTIGER (1996), 48. Pour d'autres références, cf. aussi SEILER (1995), 415/416, note 4. Voir en outre le message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, 419 : « L'activité du Conseil fédéral et de l'administration fédérale est actuellement placée à l'enseigne du maintien du secret, sous réserve de la publicité. Au sens d'une innovation, on pourrait envisager à l'article 168, 2e alinéa, le passage au principe de la publicité, sous réserve du maintien du secret ».

302 Cf. SEILER (1992), 427, qui estime qu'il est faux de prétendre que le principe général est celui du secret. Voir aussi SCHWEIZER/BURKERT (1996), 20, n° 49 : « Auch wenn sich noch kein unmittelbarer Informationsanspruch gegenüber der öffentlichen Verwaltung zu entwickeln vermochte, sind – wie im folgenden deutlich wird – die Informationszugangsrechte mittlerweile soweit ausgebreitet, dass von einer Umkehrung des Regel/Ausnahme-Verhältnisses ausgegangen werden muss : Bürgerinen und Bürger haben, auch wo explizite Informationsansprüche oder

dans la mesure où la réponse qu'on lui donne détermine la nécessité ou non d'un changement législatif pour introduire la publicité de l'administration[303]. On reviendra plus tard sur ce point. Dans un premier temps, on examinera ici la conception traditionnelle et dominante de la liberté d'information, ainsi que la conséquence qui en résulte, celle de l'absence d'un droit subjectif à l'information (lettre B). Les nombreuses exceptions à la règle du secret, c'est-à-dire les diverses dispositions qui instituent des garanties de publicité ou d'accès à certaines informations feront ensuite l'objet de quelques développements (lettre C). La remise en cause de la conception dominante et les tendances récentes en faveur d'une transparence accrue de l'activité des autorités seront examinées au chapitre suivant (IV).

B. La liberté d'information et la conception classique de l'absence de droit à l'information

1. Origine et sources de la liberté d'information

53. L'origine récente de la liberté d'information sur le plan international. – Si elle est aujourd'hui reconnue de manière générale comme un droit fondamental, en tant qu'élément de la liberté d'expression et condition essentielle d'un ordre démocratique et libéral, la liberté d'information n'a pas, contrairement à d'autres droits fondamentaux, une origine très ancienne. Sa reconnaissance remonte à la seconde moitié du vingtième siècle. Elle est liée aux expériences d'endoctrinement systématique vécues en Europe avant la guerre[304]. Elle avait aussi, au niveau international notamment, pour objectif de contrecarrer la tendance des Etats socialistes à réprimer les flux d'informations en provenance de l'ouest[305]. Ainsi, au plan universel, la liberté d'information apparaît tout d'abord explicitement, sous le couvert de la liberté d'expression, dans la Déclaration universelle des

---

verfassungsrechtliche Informationsansprüche in besonderen Lagen fehlen, einen Anspruch auf eine Ermessensentscheidung, die der Bedeutung des Kommunikationsverhältnisses zwischen Verwaltung und Bürgern im demokratischen Rechtsstaat unter den gesellschaftlichen Bedingungen der Informationsgesellschaft gerecht wird».

303 Cf. SEILER (1992), 427, qui, logiquement, considère qu'une intervention législative n'est pas nécessaire. Cf. aussi KETTIGER (1996), 48.

304 Cf. VORBRODT STELZER (1995), 8 ss, spéc. 9. Pour l'Allemagne, où l'art. 5 I GG est directement le fruit de l'expérience nationale-socialiste, KAHL (1996), 11.

305 Cf. VORBRODT STELZER (1995), 9.

droits de l'homme du 10 décembre 1948[306], et, dans la foulée, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques[307], du 16 décembre 1966. Entre-temps, elle avait été implicitement reconnue, toujours sous l'égide de la liberté d'expression, dans la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950[308]. Sur le plan national, la liberté d'information a trouvé un premier ancrage explicite à l'article 5 I de la Loi fondamentale de Bonn, en 1949, disposition qui garantit notamment la liberté d'opinion et de presse, en ces termes : « Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion par la parole, par l'écrit et par l'image, et de *s'informer sans entraves aux sources qui sont accessibles à tous. ...* »[309].

54. Les sources de la liberté d'information en Suisse : la jurisprudence du Tribunal fédéral. – En Suisse, où elle n'est pas garantie explicitement par la Constitution fédérale (du 29 mai 1874)[310], c'est dans la jurisprudence du Tribunal fédéral que la liberté d'information a trouvé sa reconnaissance officielle, là aussi dans la seconde moitié du vingtième siècle[311], plus précisément dans un arrêt du 8 mars 1978[312]. Conçue comme une « notion d'appoint »[313], un « élément »[314] de la liberté d'opinion et d'expression ou de la liberté de la presse, la liberté d'information est dès lors définie comme « le

306 A l'article 19 : « Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considération de frontières, les informations et les idées par quelque moyen que ce soit ». Cf. VORBRODT STELZER (1995), 9 ; BARRELET (1998), 95, n° 323 ss.

307 Article 19 II : « Toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix ». Cf. BARRELET (1998), 96, n° 327 s.

308 Article 10 I : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. ... ». Cf. BARRELET (1998), 98 ss, n° 334 ss.

309 « Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äussern und zu verbreiten und *sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. ...* » ; trad. selon H. OBERDORFF, *Les Constitutions de l'Europe des douze*, 2e éd., Paris, 1994.

310 BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 306. Pour le droit international et le droit cantonal, cf. n° 56 ci-dessous.

311 BARRELET (1998), 4, n° 6.

312 ATF 104 Ia 88 (93/94), *Bürgin*. C'est dans cet arrêt en effet que, après avoir résumé sa jurisprudence antérieure sur la question, le Tribunal fédéral la précise en ce sens, « dass die Informationsfreiheit als Bestandteil der Meinungsäusserungsfreiheit und der Pressefreiheit das Recht gewährleistet, Nachrichten und Meinungen (BGE 101 Ia 150) ohne Eingriffe der Behörden zu empfangen und sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten » (94).

313 BARRELET (1998), 4, n° 6.

314 J. P. MÜLLER (1986), n° 1.

droit de recevoir des nouvelles et des opinions sans intervention des autorités et de s'informer aux sources accessibles de manière générale »[315]. C'est du reste dans ce même arrêt de 1978, au moment où il la reconnaissait, que le Tribunal fédéral a limité sensiblement le contenu – ou le champ d'application – de la liberté d'information[316], pour fonder la conception restrictive aujourd'hui encore dominante. Depuis lors, la jurisprudence est constante: la liberté d'information se limite à garantir l'accès de tout un chacun aux seules sources d'information généralement disponibles ou accessibles; elle n'implique aucune obligation d'informer des pouvoirs publics[317]. C'est donc une conception restrictive de la liberté d'information qui, jusqu'ici, a prévalu, au moins dans la jurisprudence. On notera que cette conception est assez directement inspirée de la situation allemande[318]. En Allemagne, en effet, la liberté d'information garantie par l'article 5 I, 1ère phrase, de la Loi fondamentale a, selon la conception dominante, essentiellement une portée négative: elle se limite, explicitement, aux sources d'information qui sont généralement disponibles[319]. Or, selon la

---

315 ATF 104 Ia 88 (94), *Bürgin*, dans la traduction de BARRELET (1998), 4, n° 6. Cf. aussi ROSSINELLI (1987), 189; J. P. MÜLLER (1986), n° 1 ss. BARRELET (1998), 4, n° 6, relève que le Tribunal fédéral use parfois d'une formule un peu plus large à savoir « le droit de recevoir, de se procurer et de diffuser des informations ou des opinions sans entrave des autorités, ainsi que celui de se renseigner à des sources accessibles à chacun ».

316 On trouve à vrai dire des traces de cette conception restrictive dans d'autres arrêts, antérieurs à 1978. Ainsi, en 1954 déjà, le Tribunal fédéral, examinant le projet de révision de l'art. 55 de la Constitution, relevait « dass der Bundesrat die Informationsfreiheit auffasst als « das Recht auf freie Verbreitung von Nachrichten », das « die Freiheit von Beschaffung und Übermittlung von Nachrichten » in sich schliesse. Danach besteht die Informationsfreiheit also darin, dass der Staat die Presse in der Beschaffung des zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigten Materials nicht behindern darf. Dagegen schafft sie keine Verpflichtung des Staates zu einer aktiven Tätigkeit, die darauf gerichtet wäre, der Presse das gewünschte Informationsmaterial zu vermitteln. Eine Ausgestaltung der Pressefreiheit im Sinne einer Informationspflicht des Staates hat die Revision des Art. 55 BV nicht im Auge. Sie ist, wie die Botschaft in den Schlussfolgerungen (S. 257) ausdrücklich erklärt, lediglich darauf gerichtet, « den freien Bewegungsraum der Presse vor staatlichen Eingriffen, die öffentlichen Interessen vor einem Missbrauch der Pressefreiheit zu schützen ». Selbst im öffentlichen Recht hat sich somit bis heute der Gedanke nicht durchgesetzt, dass derjenige, der über Informationsmaterial von öffentlichem Interesse verfügt, verpflichtet sei, tätig zu werden, um es der Presse zu erschliessen. Eine Rechtspflicht hiezu besteht vielmehr auch im öffentlichen Recht nach wie vor nur, soweit die Gesetzgebung sie ausdrücklich vorschreibt »: ATF 80 II 26 (41 ss), *Seelig*.

317 Cf. VORBRODT STELZER (1995), 14/15, avec de nombreuses références (note 45).

318 Cf. à ce sujet FLEINER (1970), 381ss, spéc. 385/386 et 387, qui indirectement montre le lien entre l'arrêt *Seelig* et la conception de l'art. 5 GG. Voir aussi SEILER (1992), 432.

319 Critère « der allgemeinen Zugänglichkeit »; selon la jurisprudence allemande, des informations sont généralement accessibles, « in der Regel », lorsque « die Informationsquelle technisch geeignet ist und bestimmt ist, der Allgemeinheit, d.h. einem individuell nicht bestimmbaren Personenkreis, Informationen zu verschaffen »: cf. BVerGE 27, 71 (83); 33, 52 (65); 90, 27 (32); voir à ce sujet KAHL (1996), 10 ss, avec d'autres références, not. à la doctrine.

jurisprudence, tel n'est pas le cas des actes des autorités: «Das sind Behördenakten schon ihrer Natur nach grundsätzlich nicht, es sei denn, aus ihrer konkreten Zweckbestimmung ergibt sich im Einzelfall etwas anderes»[320]. L'article 5 I GG ne confère donc aucun droit subjectif général à l'information de la part des autorités, aucun droit d'accès aux documents de ces dernières[321].

55. Elément de la liberté de la presse et de la liberté d'expression ou droit indépendant? – S'il a reconnu la liberté d'information comme élément découlant d'autres droits constitutionnels, soit la liberté – non écrite – d'opinion et d'expression, d'une part, et la liberté de la presse, de l'autre[322], le Tribunal fédéral ne lui a toutefois pas attribué le rang de droit constitutionnel non écrit indépendant, refusant ainsi de garantir un droit à l'information[323]. Il a considéré en effet que l'une au moins des conditions posées à la reconnaissance d'un nouveau droit fondamental non écrit[324], à savoir que le droit à reconnaître corresponde à une réalité constitutionnelle déjà bien ancrée dans les cantons et concrétise ainsi un certain consensus, n'était alors pas réalisée[325]. Malgré les critiques[326], il a par la suite maintenu ce point de vue[327]. Certains auteurs[328] estiment toutefois qu'une évolution semble se dessiner dans les arrêts plus récents, dans la mesure où le Tribunal fédéral paraît faire de la liberté d'information un droit indépendant. A vrai dire, la

320 BVerGE, in NJW 1986, 1243, cité par KAHL (1996), 11, note 17, avec des références à la doctrine.

321 Cf. KAHL (1996), 11. Sur l'Allemagne, voir aussi plus bas, n° 101.

322 Tous les arrêts, sous réserve des plus récents, la rattachent à l'une ou à l'autre de ces libertés, voire aux deux: ATF 104 Ia 88 (94), *Bürgin*, 104 Ia 377 (378), *Verein Leserkampf*, 105 Ia 181 (182), *Grieder*, 107 Ia 234 (236), *Wyss*, 107 Ia 304 (305/306), *Fuchs*, 108 Ia 261 (263), *D.*, 108 Ia 275 (277), *Zbinden*, 111 II 48 (50), *Clavel*, 113 Ia 309 (317), *VSJ*, 120 Ia 190 (192), *E.Z et consorts*, 118 Ia 64 (82), *Minelli*.

323 ATF 104 Ia 88 (96/97), *Bürgin*, 107 Ia 304 (305/306), *Fuchs*, 113 Ia 309 (317), *VSJ*. Sur la question, cf. BARTHE (1993), 73 ss; ROSSINELLI (1987), 189 ss.

324 Sur ces conditions, cf. not. ATF 121 I 367 (370/371), *V.*

325 ATF 104 Ia 88 (96/97), *Bürgin*. Cf. ROSSINELLI (1987), 197 ss, 201 ss.

326 Pour un aperçu de ces critiques, cf. not. ROSSINELLI (1987), 190 ss, et J. P. MÜLLER (1983), 138 ss.

327 ATF 104 Ia 304 (306/307), *Fuchs*, 113 Ia 309 (317), *VSJ*. Cf. VORBRODT STELZER (1995), 32.

328 Cf. VORBRODT STELZER (1995), 32 et 87/88, ainsi que SCHWEIZER (1995a), 84. Ces auteurs se réfèrent à un arrêt de la 1ère Cour de droit public, l'ATF 120 Ib 64 (66), *X. g. Gemeinde Küttigen*, du 4 février 1994, dans lequel le Tribunal fédéral fait allusion à une atteinte «in die verfassungsrechtlich als Bestandteil der Informationsfreiheit geschützte Empfangsfreiheit». Comme le relèvent ces auteurs, c'est aussi ce qui résulte du *Répertoire des matières* des ATF, pour les volumes 111 à 120, où l'arrêt cité est classé sous la rubrique «[droit constitutionnel autonome] admis indirectement».

jurisprudence est assez flottante[329]. Comme le font certains auteurs, on peut se demander si les conditions de reconnaissance d'un droit constitutionnel indépendant ne doivent pas être considérées comme remplies aujourd'hui[330]. La plupart des constitutions cantonales révisées depuis le début des années 80 garantissent en effet explicitement, et de manière parfois (formellement) indépendante, la liberté d'information, même s'il est vrai qu'elles ne lui confèrent en général pas un contenu différent, plus large, que celui qui résulte de la jurisprudence fédérale[331]. Quelques-unes, récentes, sont cependant allées plus loin, en garantissant un droit à l'information[332]. On peut donc se demander si cela ne permettrait pas au Tribunal fédéral d'admettre l'existence d'une certaine réalité constitutionnelle cantonale et d'un certain consensus[333]. Quoi qu'il en soit, il n'est cependant pas certain que la simple reconnaissance de la liberté d'information en tant que droit (formellement) indépendant entraînerait nécessairement un élargissement de son contenu par rapport à la conception classique. Certains auteurs estiment certes, non sans raison, que la reconnaissance de la liberté d'information en tant que droit indépendant permettrait de donner à cette liberté un champ d'application propre, et aurait ainsi pour effet d'en étoffer en quelque sorte le contenu, en ouvrant la voie à la reconnaissance d'un droit à l'information, ou du moins de certains droits d'accès partiels, spécifiques, à l'information, dans des hypothèses déterminées[334]. Cette voie paraît toutefois assez peu probable. D'une part, le Tribunal fédéral a plutôt catégoriquement rejeté, jusqu'ici, une telle interprétation matérielle de la liberté d'information. Et on voit mal que la simple reconnaissance en tant que droit (formellement) indépendant y change quelque chose. Cela paraît d'autant plus difficile que,

---

329 Dans l'ATF 120 Ia 190 (192), *E.Z. et consorts*, du 18 juillet 1994, donc postérieur à l'arrêt mentionné par ces auteurs, la 2ème Cour de droit public s'en tient en effet à la conception classique en rattachant la liberté d'information à la liberté d'expression. Dans l'ATF 124 I 176 (181), *Ludwig A. Minelli*, du 15 mai 1998, la même 2ème Cour semble en revanche admettre à nouveau un droit indépendant, dans la mesure où elle parle «... der ebenfalls verfassungsrechtlich gewährleisteten Informationsfreiheit».

330 BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 352, estiment qu'elles le sont.

331 Pour ces constitutions cantonales récentes, cf. ci-dessous, n° 105 ss. Cf. VORBRODT STELZER (1995), 31.

332 Voir ci-dessous, n° 106.

333 Comparer ATF 121 I 367 (370/371), *V.*, à propos du droit à des conditions minimales d'existence, où la situation du droit constitutionnel cantonal était assez semblable à ce qu'elle est en matière d'information: trois constitutions garantissent un droit à l'information, les autres instituent des obligations d'informer (voir n° 105 ss ci-dessous).

334 Voir surtout J. P. MÜLLER (1983), 139 ss, (1986), n° 38 ss et 51 ss, ainsi que (1991), 154/155. Cf. aussi BARTHE (1993), 77 ss, qui estime que le Tribunal fédéral «wäre in der Lage, punktuelle Ausnahmen vom negatorischen Grundrechtsverständnis vorzusehen oder die Zuerkennung von Informationsansprüchen bei Vorliegen bestimmter persönlicher Voraussetzungen zu gewähren». De même, BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 352.

comme indiqué, les constitutions cantonales récentes n'ont pour la plupart pas conféré à la liberté d'information un contenu plus large que celui qui résulte de la jurisprudence. Mais, surtout, la procédure de la révision totale de la Constitution fédérale pourrait conforter le Tribunal fédéral dans sa conception restrictive. Même si la liberté d'information y a acquis une garantie explicite et indépendante – quoique liée à la liberté d'expression –, son contenu s'en tient là aussi à la conception dominante, restrictive[335]. Cette dernière pourrait même tirer argument de ce qu'un élargissement dans le sens de la reconnaissance d'un droit à l'information a été abandonné en cours de route[336].

56. Droit international et droit cantonal. – En plus de la garantie non écrite qui résulte de la jurisprudence fédérale, la liberté d'information est également protégée par diverses dispositions du droit international, en particulier par les articles 10 CEDH et 19 II du Pacte ONU II, ainsi que, comme indiqué, par plusieurs dispositions des constitutions cantonales récemment révisées. On verra cependant que, sous réserve de quelques exceptions, ces autres sources n'offrent pas à la liberté d'information une portée plus étendue que celle qui résulte aujourd'hui du droit constitutionnel fédéral non écrit.

2. Le contenu de la liberté d'information selon la jurisprudence du Tribunal fédéral

57. La limitation aux sources généralement accessibles et disponibles. – La liberté d'information garantit donc, selon la formule du Tribunal fédéral, « le droit de recevoir des nouvelles et des opinions sans contrôle des autorités et de se renseigner aux sources généralement accessibles ou disponibles (cf. ATF 105 Ia 181 consid. 2a p. 182 ; 104 Ia 88 ss) »[337]. Dans un sens négatif, elle garantit aussi le droit de ne pas recevoir d'informations[338]. Pour ce qui est de son contenu, ou, mieux, de son champ d'application, la

335 Voir l'art. 16 de l'*arrêté fédéral* du 18 décembre 1998 *relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale*, qui dispose en effet, à son al. I, que la « liberté d'opinion et la liberté d'information sont garanties », l'al. III précisant le contenu de la seconde : « Toute personne a le droit de recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser ». Cette disposition correspond au projet du Conseil fédéral (art. 14 du projet A, de mise à jour, FF 1997 I 1, spéc. 600 et, pour le commentaire, 159 ss) ; les Chambres ont uniquement séparé, en deux articles (16 et 17), les libertés d'opinion et d'information, d'un côté, et la liberté des médias, de l'autre, qui étaient toutes réunies à l'article 14 du projet gouvernemental.

336 Voir à ce sujet n° 110 ci-dessous.

337 ATF 120 Ia 190 (192), *E.Z.*

338 Cf. SCHWEIZER/BURKERT (1996), 21, n° 50, SCHWEIZER (1995a), 77, et J. P. MÜLLER (1986), n° 37, tous avec référence à ATF 98 Ia 413 ss.

liberté d'information se limite donc, comme indiqué, aux seules informations « généralement accessibles ou disponibles ». Elle ne s'applique – et ne peut dès lors être invoquée – que s'agissant de l'accès à de telles informations : là où il n'y a pas source généralement accessible, il n'y a pas d'atteinte à la liberté d'information[339]. Et, même dans l'hypothèse d'une telle atteinte, c'est-à-dire pour les informations généralement disponibles, la protection offerte par la liberté d'information n'est évidemment pas absolue : encore faut-il qu'aucun intérêt (public ou privé) prépondérant ne s'oppose à l'information[340]. Autrement dit, et plus précisément, comme tout droit fondamental, la liberté d'information peut être limitée, en ce sens que l'accès à des informations généralement accessibles ou disponibles peut être restreint, pour autant qu'une telle limitation respecte les conditions habituelles de restriction, à savoir qu'elle repose sur une base légale, poursuive un intérêt public prépondérant et soit proportionnée[341]. Comme c'est le cas pour les autres droits fondamentaux, il faut donc distinguer clairement le champ d'application de la liberté d'information, ou le domaine protégé par celle-ci, d'un côté, et sa portée, c'est-à-dire la question des atteintes admissibles, de l'autre. Or, cette distinction ne paraît pas toujours clairement établie si l'on examine la notion des « informations généralement accessibles ou disponibles ».

58. La notion de « sources généralement disponibles » : une approche purement casuistique ? – En effet, si la jurisprudence se réfère avec une constance remarquable à cette notion[342], la question de savoir ce qu'il faut entendre par là n'est toutefois guère élucidée[343]. Le Tribunal fédéral n'a en effet jamais donné de définition des « informations généralement accessibles ou disponibles »[344]. Il se contente le plus souvent d'affirmer que c'est l'ordre juridique en cause – fédéral ou cantonal – qui détermine ce qui est ou non une « information généralement accessible »[345]. Sur cette base, peut notamment se prévaloir de la liberté d'information toute personne « qui

339 Très clairement : ATF 108 Ia 275 (277), *Zbinden*. Voir aussi BARTHE (1993), 51.

340 Cf. SCHWEIZER (1995), 77.

341 Très clair : ATF 105 Ia 181 (183), *Grieder*. Cf. aussi ATF 113 Ia 309 (317/318), *VSJ*.

342 Cf. VORBRODT STELZER (1995), 85 ss, avec de nombreuses références.

343 Cf. EHRENZELLER (1993), 40. VORBRODT STELZER (1995), 15. Une énumération de sources accessibles et non accessibles se trouve chez BUSER (1967), 225 ss.

344 VORBRODT STELZER (1995), 85 ss, considère qu'il s'agit là d'une des principales lacunes de la jurisprudence.

345 Ainsi : ATF 105 Ia 181 (182), *Grieder* : « Ob Landratsverhandlungen als allgemein zugängliche Informationsquellen zu betrachten sind, ergibt sich aus dem kantonalen Recht ». De même, ATF 107 Ia 234 (236), *Wyss* : « Ob die Steuerregister als allgemein zugängliche Informationsquellen zu betrachten sind, ergibt sich aus dem kantonalen Recht ». Cf. aussi BARTHE (1993), 51 ; VORBRODT STELZER (1995), 15.

désire voir un film comme spectateur »[346], qui invoque le « droit de recevoir tous les programmes et toutes les nouvelles émissions par ondes dans l'espace et destinées au public ainsi que d'exploiter les installations nécessaires pour les capter »[347], qui se prévaut de la publicité des audiences des tribunaux[348] ou des séances d'un parlement[349], ou encore qui prétend consulter un registre déclaré public[350], mais non celle qui entend consulter un registre qui n'a pas été déclaré tel ou dont la consultation est subordonnée à l'existence d'un intérêt légitime – en l'occurrence le registre foncier[351] –. Or, une telle approche, purement casuistique et positiviste, en ce sens qu'elle se fonde exclusivement sur l'ordre juridique pour déterminer le champ d'application, le domaine de protection, d'un droit fondamental constitutionnellement garanti, est critiquable. Elle confond champ d'application, domaine de protection, d'un côté, et restrictions, de l'autre, ainsi que le montre la comparaison de certains arrêts. En effet, les règles qui excluent ou permettent d'exclure la publicité de certaines séances, notamment parlementaires, sont analysées tantôt comme base légale d'une restriction à la liberté d'information[352], tantôt comme règle délimitant le champ d'application de cette liberté et donc excluant purement et simplement sa protection[353]. Cette incohérence illustre le caractère tautologique de l'approche : il ne peut revenir à la loi – ou même à un acte de rang inférieur – de définir le champ d'application, le domaine de protection, d'un droit constitutionnel – donc de rang supérieur –, sous peine de permettre à celle-là de réduire celui-ci à néant[354].

59. Vers une définition constitutionnelle des informations qui ne sont pas « généralement disponibles » ? – A vrai dire, s'il n'a pas défini de manière autonome la notion d'informations généralement accessibles, en ne faisant que s'en tenir aux dispositions de l'ordre juridique, même réglementaires, le Tribunal fédéral a en revanche développé une approche conceptuelle autonome, dans divers arrêts qui ne concernaient toutefois pas directement la liberté de l'information. Il a en effet proposé une définition négative, en

346 ATF 120 Ia 190 (192), *E.Z.*

347 J. P. Müller (1986), n° 23 ss, avec références à un arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich, ZBl 1985, 74; cf. aussi ATF 120 Ib 64 (66), *X. g. Gemeinde Küttigen*, à propos de l'interdiction d'installer des antennes extérieures.

348 ATF 113 Ia 309 (318 ss), *VSJ*, pour les tribunaux argoviens.

349 ATF 105 Ia 181 (182/183), *Grieder*, pour les séances du parlement cantonal de Bâle-Campagne.

350 ATF 107 Ia 234 (236 ss), *Wyss*, pour le registre fiscal du canton d'Uri. Cf. aussi ATF 124 I 176 (180/181), *Ludwig A. Minelli*, pour celui du canton de Zurich.

351 ATF 111 II 48 (50/51), *Clavel*.

352 Ainsi : ATF 105 Ia 181 (183 ss), *Grieder*.

353 Ainsi : ATF 108 Ia 275 (278 ss), *Zbinden*.

354 Dans le même sens, Ehrenzeller (1993), 38/39.

définissant de manière générale ce qui ne représente *pas* des informations généralement disponibles. Et cette approche passe par les dispositions constitutionnelles qui protègent le secret, notamment celles relatives à la protection des données. Tel est le cas par exemple des informations qui relèvent de la sphère privée individuelle, qui tombent dans le champ de protection de la liberté personnelle et de l'article 8 CEDH[355]. Comme l'a précisé récemment le Tribunal fédéral, de telles données «sind alle der Öffentlichkeit nicht zugänglichen Angaben über eine Person zuzurechnen wie namentlich erkennungsdienstliche Daten (BGE 113 Ia 257 E. 4b S. 263), Informationen über medizinische Behandlungen einer Person (noch nicht publizierter Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte i.S. M.S. c. Schweden vom 27. August 1997, Ziff. 35) oder die Mitgliedschaft und Tätigkeit in einem Verein (BGE 122 I 360 E. 5a S. 262 f.), ferner Akten über Zivil-, Straf- oder Administrativverfahren (BGE 122 I 153 E. 6b/cc S. 163), aber auch private Korrespondenz (BGE 122 I 222 E. 6a S. 233)»[356]. On peut se demander s'il ne serait pas préférable de transposer cette approche dans le domaine de la liberté d'information, c'est-à-dire de définir de manière autonome, par rapport à la législation et à la réglementation de rang inférieur, le champ d'application de cette liberté.

3. Le caractère «secret» de l'administration: l'absence de droit à l'information

60. L'administration comme source non généralement accessible: l'absence de droit à l'information. – Quoi qu'il en soit, s'agissant de l'administration en général, le Tribunal fédéral considère qu'elle n'appartient en principe pas aux sources d'information généralement accessibles et que ses activités sont, dans la règle, secrètes[357]. Il refuse ainsi d'étendre de manière générale la protection de la liberté d'information aux informations et à l'activité des pouvoirs publics. Les individus ne peuvent se prévaloir d'un droit général à l'information de la part des autorités étatiques; il n'y a pas de droit subjectif général à l'information[358]. Dans un premier temps (en 1978), le Tribunal fédéral motivait ce refus par le fait que les droits

355 ATF 124 I 34 (36), *B.* Cf. aussi ATF 122 I 360 (362), *B. und Mitb.*; ainsi que ATF 122 I 182 (187 ss), *T.*, à propos du secret postal et téléphonique.

356 ATF 124 I 34 (36), cité note précédente.

357 ATF 104 Ia 88 (102), *Bürgin*: «Die Verwaltung gehört grundsätzlich nicht zu den allgemein zugänglichen Informationsquellen. Deren Tätigkeit und die Verhandlungen der exekutiven Behörden sind im allgemeinen und insbesondere im Kanton Graubünden nicht öffentlich». Cf. aussi 104 Ia 377 (378), *Verein Leserkampf I.*

358 ATF 104 Ia 88 (94/95), *Bürgin*, 104 Ia 377 (378), *Verein Leserkampf I*, 107 Ia 304 (306/307), *Fuchs*.

fondamentaux ont un caractère purement négatif, qu'ils imposent à l'Etat un devoir d'abstention, mais ne l'obligent pas à fournir des prestations positives[359] ; il ajoutait par ailleurs que l'article 10 CEDH ne conférait pas non plus un droit à une telle information de la part des autorités[360]. Par la suite, en raison des critiques de la doctrine[361], le Tribunal fédéral a cherché à étoffer son argumentation et il a nuancé quelque peu ses propos, tout en maintenant cependant que le droit suisse ignore un droit général du public et de la presse à être informés des activités de l'administration[362]. A l'appui de cette thèse, il invoquait divers arguments, à commencer par la différence entre les diverses fonctions étatiques. S'il admettait « le principe de la publicité pour la phase législative de l'activité étatique – principe découlant des droits politiques – il estimait en revanche que la démocratie n'exige pas la transparence pour la phase administrative, celle-ci étant soumise à d'autres contrôles que le contrôle populaire »[363]. Il fondait en outre sa conception sur les dispositions relatives au secret de fonction[364] et rappelait au demeurant que « l'administration traite en grande partie des données que les particuliers lui ont confiées avec l'espoir quelles resteront confidentielles »[365]. Il invoquait enfin des raisons pratiques, ainsi que des motifs liés au processus de prise de décision des autorités exécutives, considérant que « le travail des autorités exécutives serait rendu plus compliqué si leurs experts et leurs commissions, craignant la publicité, ne pouvaient plus s'exprimer librement »[366]. Tenant compte des critiques doctrinales, le Tribunal fédéral nuançait néanmoins quelque peu sa position, en admettant que des exceptions au principe du secret de l'administration sont tout à fait concevables, voire même souhaitables dans certaines hypothèses, par exemple dans le cadre de la préparation d'une initiative, et qu'il est toujours possible aux particuliers ou à la presse de faire une requête de consultation ; les autorités sont alors tenues d'examiner avec soin une telle requête et de

359 ATF 104 Ia 88 (94/95), *Bürgin*. Cf. BARRELET (1998), 26, n° 88, qui réfute cette argumentation en relevant que, en l'occurrence, « l'obligation d'agir peut être admise d'autant plus facilement que l'Etat n'a pas besoin d'accroître ses pouvoirs ni de prendre une loi pour s'exécuter. L'information est là : il en dispose. La justiciabilité, comme on dit, est assurée. Il n'y a guère de différence avec la situation telle qu'elle existe pour le domaine public. Là pourtant, le Tribunal fédéral admet que le respect des libertés individuelles implique, pour les autorités, le devoir d'autoriser un usage accru du domaine public ».

360 ATF 104 Ia 88 (91 ss), *Bürgin*. Sur l'art. 10 CEDH, cf. ci-dessous, n° 63, dans le texte.

361 Pour des références aux critiques de la doctrine, cf. ATF 107 Ia 304 (305 ss), *Fuchs*.

362 ATF 107 Ia 304 (306), *Fuchs*.

363 Citation selon BARRELET (1998), 26/27, n° 89. Voir ATF 107 Ia 304 (307/308), *Fuchs*.

364 ATF 107 Ia 304 (308/309), *Fuchs*.

365 Citation selon BARRELET (1998), 26/27, n° 89. Voir ATF 107 Ia 304 (309/310), *Fuchs*.

366 ATF 107 Ia 304 (310/311), *Fuchs*, citation selon BARRELET (1998), 26/27, n° 89.

procéder à une balance des intérêts avant de trancher[367]. Sur cette base, certains auteurs admettent un droit limité à l'information[368]. Il n'y a pas de droit général, subjectif, à être informé, à moins qu'une norme juridique ou un intérêt public particulier ne prévoie ou n'exige une telle information ; et encore faut-il, même dans cette hypothèse, qu'aucun intérêt (public ou privé) prépondérant ne s'oppose à l'information[369].

61. Les exceptions : égalité de traitement et interdiction de l'arbitraire. – S'il n'a pas reconnu un droit général à l'information, le Tribunal fédéral a cependant immédiatement précisé que, lorsqu'elle informe, spontanément ou en réponse à une requête, l'autorité doit respecter l'égalité de traitement et celui de l'interdiction de l'arbitraire[370]. Il a en outre admis d'autres droits d'accès limités, dans des hypothèses déterminées[371], qui seront examinés plus loin. Il résulte cependant de cette première réserve à l'absence de droit à l'information que, pour les sources d'information qui ont été déclarées généralement accessibles, « l'autorité ne saurait brusquement faire machine arrière, du moins sans respecter les principes régissant les restrictions des libertés individuelles ». Ainsi, la publicité des séances du Parlement, des audiences des tribunaux ou encore de certains documents et registres officiels, ne saurait être soudainement restreinte ou supprimée[372].

62. Titularité de la liberté d'information, égalité de traitement et droits d'accès privilégiés ? – Pour ce qui est de sa titularité, la liberté d'information appartient à toute personne physique soumise au droit de l'Etat considéré, aux personnes de nationalité étrangère comme aux ressortissants de l'Etat, de même qu'aux personnes morales[373]. Or, dans ce contexte, une partie de la doctrine récente s'interroge sur la compatibilité avec le principe d'égalité de traitement des différentes règles qui accordent à certaines catégories de personnes un accès privilégié ou des facilités d'accès à l'information[374]. Tel est le cas notamment pour la presse et les médias, qui, dans le cadre d'un système d'accréditation, bénéficient de certaines facilités (communication privilégiée, conférences de presse, mise à disposition de places et d'appareils de travail, gratuité de certains

367 ATF 107 Ia 304 (311), *Fuchs*.

368 Cf. BARTHE (1993), 60 ss et 63 ss (70).

369 Dans ce sens, SCHWEIZER (1995a), 77 ; cf. aussi SCHWEIZER/BURKERT (1996), 21, n° 51.

370 Cf. ATF 104 Ia 88 (100), *Bürgin*, 104 Ia 377 (378), *Verein Leserkampf*. Cf. J. P. MÜLLER (1991), 146, (1986), n° 30 ss, et, surtout, (1983), 137 ss, 138/139 ; BARRELET (1998), 28, n° 94 et 95 ; BARTHE (1993), 44 ss.

371 Cf. BARRELET (1998), 27, n° 91 ss.

372 Cf. BARRELET (1998), 27, n° 92.

373 Cf. VORBRODT STELZER (1995), 54/55, avec d'autres références à la doctrine.

374 Voir not. BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 56 ss, VORBRODT STELZER (1995), 56 ss, BARTHE (1993), 70 ss, avec d'autres références à la doctrine, not. à SCHWEIZER (1990), 187, et à HÄNER (1990), 322/323.

documents, etc.)[375]. Mais cela vaut aussi pour les milieux scientifiques, par exemple, dans la mesure où l'ordre juridique prévoit parfois un droit d'accès privilégié pour les besoins de la recherche[376]. Si de tels privilèges sont généralement justifiés, pour la presse, en particulier, par la liberté de la presse et la fonction spécifique reconnue à cette dernière[377], certains auteurs considèrent néanmoins qu'ils posent un problème sous l'angle de l'égalité de traitement[378]. Est critiqué tout particulièrement le fait que ces privilèges ne sont en général pas prévus et réglés par la loi, mais (seulement) par des réglementations de rang inférieur[379]. Pour certains, la reconnaissance d'un droit général à l'information permettrait d'éliminer cette inégalité de traitement[380].

4. Le droit international : l'absence de protection plus étendue ?

63. Les articles 10 CEDH et 19 II du Pacte ONU II. – Sous réserve de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire, la liberté d'information, telle qu'elle est garantie par le droit constitutionnel fédéral non écrit, ne confère donc pas de droit à une information des autorités. Il n'en va pas autrement, selon la conception dominante, des sources internationales qui protègent cette liberté, à savoir l'article 19 II du Pacte ONU II et l'article 10 CEDH, qui ne garantissent pas non plus un droit d'accès à l'information des autorités. Pour ce qui est du Pacte, on admet en effet généralement que la liberté d'information s'étend et s'arrête aux informations généralement disponibles ; elle n'oblige pas les Etats à fournir

375 Cf. VORBRODT STELZER (1995), 56, BARTHE (1993), 71. Sur le système d'accréditation des journalistes, voir not., pour le droit fédéral, l'*ordonnance* de la Chancellerie fédérale *sur l'accréditation des journalistes*, du 21 décembre 1990 (RS 170.61), ainsi que l'art. 31 I du *règlement du Tribunal fédéral*, du 14 décembre 1978, dans sa version du 14 janvier 1994 (RS 173.111.1) ; voir ci-dessous, n° 89. Sur le système, cf. BARRELET (1998), 19/20, n° 63, qui rappelle que certaines règles réservent l'accréditation des journalistes aux seuls nationaux ou aux seuls collaborateurs de la presse suisse, comme l'art. 31 I du règlement et l'art. 2 I de l'ordonnance précités (l'auteur considère cette dernière comme défendable dans la mesure où elle est motivée par le souci de protéger les locaux du Palais fédéral contre des journalistes inconnus et « dans la mesure où les journalistes étrangers disposent d'une accréditation qui leur assure les mêmes faclités dans l'accès à l'information »).

376 Cf., pour des exemples, VORBRODT STELZER (1995), 56, ainsi que n° 85 ci-dessous.

377 Voir not. BARTHE (1993), 72/73. On peut probablement interpréter dans ce sens également la conception de J. P. MÜLLER (1986), n° 47 ss, qui admet un droit du journaliste à l'information dans certaines circonstances particulières. Cf. aussi VORBRODT STELZER (1995), 56/57, avec d'autres références ; HÄNER (1990), 322/323.

378 Cf. not. BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 340, VORBRODT STELZER (1995), 57/58, HÄNER (1990), 322/323.

379 Voir BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 340, VORBRODT STELZER (1995), 58.

380 Dans ce sens, BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 340.

des informations[381]. La situation est la même pour ce qui est de l'article 10 CEDH, du moins selon la conception majoritaire[382]. Tant la Commission que la Cour européenne des droits de l'homme limitent la portée de la liberté d'information aux sources généralement disponibles[383]. Cette conception, là aussi restrictive, se fonde notamment sur le texte de l'article 10, qui omet la recherche d'informations, et les travaux préparatoires de la Convention, qui montrent que cette omission est volontaire: «elle devait couper court à la discussion de savoir si l'Etat est, oui ou non, tenu de livrer des informations à ceux qui les lui demandent»[384]. La Cour vient du reste de confirmer sa conception restrictive dans un arrêt récent, du 19 février 1998, en la cause *Anna Maria Guerra et autres c. Italie*.

64. L'arrêt CourEDH du 19 février 1998, Anna Maria Guerra et autres c. Italie[385]. – Dans cette affaire, 40 requérantes, résidant dans un rayon d'un kilomètre à peine d'une usine chimique classée à hauts risques, se plaignaient de l'absence de toute information, de la part des autorités italiennes, sur les mesures de sécurité adoptées, les plans d'urgence préparés et la procédure à suivre en cas d'accident, alors qu'une telle information est imposée par le droit national pertinent[386]. Elles faisaient valoir que ce défaut d'information méconnaissait leur droit à la liberté d'information garanti par l'article 10 CEDH, grief retenu par la Commission, laquelle avait saisi la Cour, estimant «que l'information du public représente désormais l'un des instruments essentiels de protection du bien-être et de la santé de la population dans les situations de danger pour

381 Cf. VORBRODT STELZER (1995), 17, avec référence MANFRED NOWAK, *CCPR-Kommentar*, Art. 19, n° 15 à 17.

382 La question est quelque peu discutée en doctrine (cf. BARTHE [1993], 49, avec d'autres références). Selon l'opinion dominante, on ne saurait tirer de cette disposition une obligation des autorités de fournir des informations déterminées: cf. not. EHRENZELLER (1993), 37, SEILER (1992), 432, BARTHE (1993), 49, ainsi que LAEUCHLI BOSSHARD (1990), 33 ss, VELU/ERCEG (1990), 606 ss, n° 746 ss (749), et PETTITI/DECAUX/IMBERT (1995), 368 ss (375). Plus nuancés: FROWEIN/PEUKERT (1996), 383 ss (391/392); cf. aussi J. P. MÜLLER (1991), 145.

383 Voir not. les arrêts *Leander*, du 23 mars 1987, Série A, n° 116, *Gaskin*, du 7 juillet 1989, Série A, n° 160, et *Groppera Radio AG*, du 28 mars 1990, Série A, n° 173. Pour ces références, et d'autres, ainsi que sur la jurisprudence de la Cour et de la Commission, cf. VORBRODT-STELZER (1995), 18 ss et 98 ss.

384 BARRELET (1998), 99, n° 335 et 336: l'auteur signale qu'une révision, entreprise en 1975, qui avait pour but d'introduire une obligation d'informer, n'a pas eu de suites. Sur les travaux préparatoires de l'art. 10 CEDH, cf. aussi ATF 104 Ia 88 (92/93), *Bürgin*.

385 RUDH 1998, 33 ss; Recueil des arrêts 1998-I, 210 ss.

386 En application de la directive 82/501/CEE du Conseil des Communautés européennes concernant les risques d'accidents majeurs liés à certaines activités industrielles dangereuses pour l'environnement et le bien-être des populations concernées (directive «Seveso»): sur ce droit, cf. l'arrêt de la Cour, § 25 ss.

l'environnement»[387]. Aussi, l'article 10 devait-il s'interpréter «comme attribuant un véritable droit à recevoir des informations, notamment de la part des administrations compétentes, dans le chef des personnes appartenant à des populations ayant été ou pouvant être affectées par une activité industrielle, ou d'une autre nature, dangereuse pour l'environnement»[388]. Dans son arrêt du 19 février 1998, la «Cour ne souscrit pas à cette thèse. L'existence d'un droit pour le public de recevoir des informations a été maintes fois reconnue par elle dans des affaires relatives à des restrictions à la liberté de la presse, comme corollaire de la fonction propre aux journalistes de diffuser des informations ou des idées sur des questions d'intérêt public»[389]. Néanmoins, la «Cour rappelle que la liberté de recevoir des informations, mentionnée au paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention, «interdit essentiellement à un gouvernement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir» (arrêt Leander c. Suède du 26 mars 1987, série A n° 116, p. 29, § 74). Ladite liberté ne saurait se comprendre comme imposant à un Etat, dans des circonstances telles que celles de l'espèce, des obligations positives de collecte et de diffusion, motu proprio, des informations»[390]. En conclusion, la Cour juge, par 18 voix contre 2, que «l'article 10 ne s'applique pas en l'espèce»[391]. Comme on le verra, les juges de Strasbourg ont néanmoins admis une obligation d'informer, mais sur la base d'une autre disposition de la Convention, l'article 8 (n° 78 ci-dessous). L'article 10 CEDH ne garantit donc pas de droit général d'accès aux activités et documents de l'administration. L'importance d'un tel droit d'accès à la transparence administrative n'a certes pas échappé aux organes du Conseil de l'Europe, notamment en raison de l'évolution qui a eu lieu dans certains des pays membres, mais c'est par le biais d'instruments moins contraignants que le Conseil de l'Europe a choisi de poursuivre l'objectif de la reconnaissance de ce droit[392].

387 Arrêt de la Cour, § 52.
388 Ibidem, § 52.
389 Ibidem, § 53.
390 Ibidem, § 53.
391 Ibidem, § 54.
392 Voir SCHWEIZER (1995a), 78.

5. Les critiques à la conception restrictive de la liberté d'information

65. La multiplication et la diversité des critiques. – Critiquée dès l'origine[393], la conception dominante, restrictive, de la liberté d'information, accumule depuis un certain nombre d'années les appréciations négatives: elle mérite d'être reconsidérée[394], ne convainc pas[395] ou encore elle est dépassée[396]. Même si certains reconnaissent que la négation d'un droit général d'accès aux documents et informations de l'administration présente quelques avantages, en ce qu'il permet notamment à l'exécutif de diriger lui-même l'activité d'information de l'administration, empêchant les particuliers d'intervenir dans des processus décisionnels en cours et limitant les risques de violation des intérêts au secret[397], ces «avantages» pèsent cependant moins lourd que les inconvénients, notamment pour les particuliers. L'inconvénient principal réside dans le fait que la définition de ce qui est généralement accessible est laissée au gouvernement et à l'administration. De ce fait, le cercle des informations définies comme étant confidentielles, c'est-à-dire non généralement accessibles, déborde largement ce qui est juridiquement et effectivement nécessaire au maintien légitime du secret. Enfin, cette pratique crée des conditions insatisfaisantes et insuffisantes pour le travail des médias, de la recherche et pour les tiers concernés par une procédure administrative[398]. Pour ce qui est des médias, spécialement, on fait valoir que la conception restrictive de la liberté d'information contredit dans une certaine mesure la thèse que le Tribunal fédéral lui-même a développée à propos de la liberté de la presse: à savoir que la presse a une fonction de surveillance, et en particulier la tâche «de demander des éclaircissements de l'administration et notamment sur l'emploi des deniers publics», ainsi que de révéler d'éventuelles irrégularités dans les affaires publiques[399]. Or, cette fonction de la presse suppose que l'on reconnaisse au journaliste un droit subjectif à l'information[400]. Plus généralement, les critiques adressées à la jurisprudence se fondent sur plusieurs arguments.

66. Information et secret de fonction. – Une première série de critiques a trait à l'interprétation des normes relatives au secret de fonction. Le

---

393 Pour les critiques, cf. J. P. MÜLLER (1983), 140 ss, ROSSINELLI (1987), 190 ss, ainsi que BARTHE (1993), 60 ss, tous trois avec d'autres références.

394 J. P. MÜLLER (1986), n° 38 ss.

395 J. P. MÜLLER (1991), 152.

396 Cf. BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 315 et 350 ss.

397 Cf. SCHWEIZER (1995a), 77/78.

398 Sur ces différents points, SCHWEIZER (1995a), 78.

399 J. P. MÜLLER (1986), n° 6, et (1991), 148.

400 Cf. J. P. MÜLLER (1986), n° 6, et (1991), 153/154.

Tribunal fédéral, on l'a vu, appuie sa conception du secret de l'administration sur les différentes dispositions garantissant le secret de fonction, en particulier sur les articles 320 du Code pénal et 27 du Statut des fonctionnaires fédéraux. Ces dispositions, qui interdisent « au fonctionnaire de divulguer les affaires de service qui doivent rester secrètes en vertu de leur nature ou d'instructions spéciales »[401] justifient à ses yeux le principe même du secret de l'administration[402]. Le Tribunal fédéral pouvait se fonder sur une partie de la doctrine, qui considérait que ces dispositions imposaient au fonctionnaire une obligation générale de discrétion, sur toutes les affaires du service[403]. Et il est vrai que, pendant très longtemps, ces diverses normes relativement ouvertes et indéterminées assurant le secret de fonction ont été interprétées, concrétisées et même renforcées, dans le sens d'une interprétation extensive de leur portée, par de simples ordonnances administratives, à usage et effet « interne », de classification des documents, avec différents degrés de confidentialité et différents mécanismes de contrôle[404]; et cela souvent indépendamment des besoins effectifs et légitimes de maintien du secret, notamment dans le temps[405]. Pourtant, comme le relève la doctrine récente, cette interprétation et cette pratique sont discutables. Tout d'abord, le texte même des dispositions sur le secret de fonction ne dicte pas une telle interprétation: au contraire, il laisse supposer que toutes les affaires du service ne sont pas secrètes; seules le sont celles dont la nature le commande ou qui ont été déclarées telles en vertu de dispositions spéciales; l'obligation de secret nécessite donc une raison particulière[406]. Il faut préciser que, depuis la fin des années 80, sous l'effet conjugué d'efforts internes à l'administration et de diverses « affaires », dont celle des fiches, une nouvelle orientation s'est fait jour. Ces prescriptions ont été entièrement revues sous l'angle de leur nécessité, et « juridicisées »: elles ont revêtu la forme de règles de droit, celle d'ordonnances – non plus administratives, mais – législatives. Ainsi, une forte production normative est venue mettre de l'ordre, au début des années 90, dans la jungle des circulaires, directives

401 Art. 27 I StF. Les lois cantonales contiennent toutes des dispositions semblables.

402 Cf. ATF 107 Ia 304 (308), *Fuchs*. Dans la littérature, il arrive aussi qu'on invoque à l'appui du secret de l'administration, à côté de ces normes, l'art. 13 de la loi sur l'organisation de l'administration (actuellement: l'art. 21 de la nouvelle LOGA), qui exclut la publicité des séances du Conseil fédéral: cf. par ex. MAEDER (1983), 225 ss; à ce sujet, SEILER (1992), 416.

403 Cf. BUSER (1967), 216, auquel se réfère explicitement l'ATF 107 Ia 304 (308/309), *Fuchs*. Voir aussi SIMON (1991), 51 ss. Sur la question, cf. SEILER (1992), 416, avec d'autres références.

404 SCHWEIZER (1995a), 80. Cf. aussi SEILER (1992), 417.

405 SCHWEIZER (1995a), 80.

406 Cf. SEILER (1992), 416 ss, qui montre en outre que les travaux préparatoires confirment clairement cette limitation de l'obligation de secret à certaines affaires seulement. A ce sujet, cf. aussi HÄNER (1990), 230 ss; BARTHE (1993), 52 ss, 56.

et autres règles destinées à garantir et renforcer le secret de l'activité et des documents de l'administration[407].

67. Le secret comme relent de l'absolutisme et le caractère artificiel de la distinction entre législation et administration. – Une deuxième série de critiques adressées à la conception dominante est plus profonde, à la fois dogmatique et historique. Dans la mesure où elle se fonde sur une distinction et une séparation nettes entre la fonction législative, qui serait dominée par la transparence et la publicité, d'une part, et la fonction exécutive, plongée dans le secret, d'autre part, la conception traditionnelle se situe à côté de la réalité actuelle[408]. L'idée même du secret comme arcanes du pouvoir est en fait une caractéristique de la monarchie absolue, dont elle tire d'ailleurs ses racines et à laquelle elle est congénitale[409]. Elle se fonde également sur la conception d'une administration et d'une bureaucratie politiquement neutres, dépourvues de marge de manœuvre et de pouvoir propre. Or, une telle image est aujourd'hui – à supposer qu'elle ait été correcte pour l'époque de l'Etat de police – fort éloignée de la réalité[410]. L'administration est créatrice, autant si ce n'est plus que la législation[411]. Elle est même le facteur central de la formation de la volonté politique de l'Etat[412].

68. La publicité comme caractéristique de la démocratie. – Enfin, une troisième série de critiques, la plus répandue, se fonde sur l'importance de l'information pour l'exercice des droits démocratiques, particulièrement dans un régime de démocratie directe tel que celui que connaît la Suisse[413]. L'Etat, en tant que démocratie et république, «res publica», chose publique[414], se caractérise, au contraire de la monarchie absolue, par le fait qu'il est public, qu'il appartient au peuple[415]. L'information, ou mieux son

---

407 Cf. SCHWEIZER (1995a), 80, qui donne plusieurs exemples et relève que cette réduction des normes de secret a cependant été accompagnée de mesures destinées à protéger à la fois les supports et les installations de traitement de telles informations, ainsi qu'à garantir la fiabilité des personnes travaillant dans ce domaine.

408 Cf. SEILER (1992), 418 ss; KETTIGER (1996), 50.

409 Cf. KAHL (1996), 13, pour l'Allemagne. Pour la Suisse, cf. SEILER (1992), 420 ss, qui montre l'influence du droit allemand du siècle dernier dans cette évolution. Pour l'évolution, cf. aussi HÄNER (1990), 203 ss.

410 Cf. KAHL (1996), 10 ss, avec d'autres références.

411 Cf. SEILER (1992), 418/419, qui estime que 95% au moins du contenu de la loi provient de l'administration; cf. aussi KETTIGER (1996), 50.

412 SEILER (1992), 419/420.

413 Cf. not. SEILER (1992), 423 ss; J. P. MÜLLER (1991), 145, (1986), n° 7 et 41, ainsi que (1983), 140.

414 Cf. SEILER (1992), 423.

415 Cf. SEILER (1992), 423; voir aussi, pour la conception des Pères fondateurs, aux Etats-Unis, SCOFFONI (1992), 12 ss. EHRENZELLER (1993), 45, note 35, s'élève contre cette conception.

partage, est donc un partage du pouvoir, elle permet un certain contrôle[416]. Aussi, comme le souligne DENIS BARRELET, des «droits démocratiques aussi développés que ceux des Suisses supposent, pour être véritablement opérants, une information englobant l'ensemble de l'appareil étatique. D'autant plus que le poids de l'Exécutif en matière d'édiction de règles juridiques ne cesse de s'accroître. Tout distinguo à l'intérieur de l'appareil étatique ne peut être qu'artificiel»[417]. Certes, ces auteurs admettent qu'il peut et même qu'il doit y avoir des exceptions au principe de la publicité[418], mais estiment que «ce n'est pas en soulignant les exceptions dont le droit à l'information devrait être assorti qu'on peut en contester la justification»[419]. Ainsi, comme le relève PIERRE MOOR, «il est vraisemblable que la règle du secret est surannée; il n'est même pas certain qu'elle soit véritablement bénéfique aux activités administratives qui, de plus en plus, exigent elles-mêmes d'être bien informées: or, être informé implique aussi d'informer. De plus, la masse de connaissances dont l'administration dispose est telle qu'il serait regrettable qu'elle ne puisse pas être exploitée, très particulièrement pour les besoins de la recherche – sous les mêmes réserves que pour le droit de consulter un dossier (...)»[420].

69. Quelle ouverture ? – Comme indiqué, si les critiques à la conception du secret de l'administration se multiplient, les solutions proposées pour assurer une plus grande transparence sont en revanche assez diversifiées, comme le relève PIERRE MOOR: «Erigera-t-on alors en droit constitutionnel le principe de la publicité («Öffentlichkeit»), soit en le rattachant à l'exercice des droits démocratiques ou à celui de la liberté d'information, soit en en faisant un droit autonome, ainsi que le proposent certains auteurs (voir *Häner*, passim, notamment p. 183 ss; *J. P. Müller*, Rz. 38 ss)? Ne serait-il pas plus clair que le législateur intervienne, dès lors qu'il s'agirait d'un renversement, non seulement dans le droit administratif actuel, mais aussi dans les mentalités administratives? Une législation serait d'autant plus nécessaire qu'il y a ici source de conflits avec la nécessité de la protection des données personnelles sensibles»[421]. Comme cet auteur, on laissera la question ouverte, pour l'instant. On y reviendra plus tard. Auparavant, il s'agit tout d'abord d'examiner quelles sont les exceptions que l'ordre juridique admet au principe du secret, c'est-à-dire quels sont les obligations d'informer, les garanties de publicité et les droits d'accès du public qu'il institue.

---

416 Cf. SEILER (1992), 424.

417 BARRELET (1998), 26/27, n° 89.

418 Cf. BARRELET (1998), 26/27, n° 89; SEILER (1992), 425 (ainsi que 437 ss).

419 BARRELET (1998), 26/27, n° 89.

420 MOOR (1991), 169, n° 2257.

421 MOOR (1991), 169, n° 2257.

C. Les exceptions au principe du secret: obligations d'informer, garanties de publicité et droits d'accès à l'information

1. Remarques préliminaires

70. Une image nuancée. – L'image de fermeture et de secret qui se dégage de l'examen de la conception dominante de la liberté d'information doit en effet être fortement nuancée. L'ordre juridique et la pratique, tant au niveau fédéral qu'à celui des cantons, offrent un tableau sensiblement plus différencié et ouvert de l'accès aux informations de l'administration[422]. Le principe du secret souffre de nombreuses exceptions. Depuis quelques décennies, les besoins d'information des médias à l'égard de l'exécutif se sont accrus et ont contraint les autorités à étendre l'information active du public. De plus, dans les années 70, les réformes de l'administration tendant à renforcer les structures de direction ont conduit à une centralisation et à une professionnalisation des activités d'information des pouvoirs publics et de leurs relations avec les médias[423]. L'information est ainsi devenue, on l'a vu, une tâche gouvernementale. Plusieurs dispositions imposent aux autorités une obligation d'informer activement, c'est-à-dire spontanément, ou de fournir, sur demande, des renseignements ou un droit d'accès à certains documents.

71. Classification et origine des diverses obligations d'informer et garanties d'accès à l'information. – Ces dispositions forment un ensemble assez hétéroclite, qu'on peut classer de différentes façons. On pourrait distinguer, tout d'abord, celles qui instituent une obligation d'informer de manière active, c'est-à-dire spontanée, de celle qui traitent de l'information sur demande. A ces deux formes d'information, il faut encore ajouter les obligations de publication et les garanties (constitutionnelles ou légales) de publicité. Une deuxième manière de classer ces dispositions consisterait à rechercher les règles d'ouverture qui confèrent aux particuliers, au public en général ou à certains publics spécifiques, un droit subjectif, déductible en justice, pour les opposer aux règles qui instituent une obligation d'informer à l'égard des autorités, sans qu'il en résulte, pour les individus, un droit justiciable. On a choisi ici une autre classification, basée sur l'origine et le fondement constitutionnel des diverses garanties d'accès à l'information. La possibilité d'accéder à l'information des autorités a en effet un double fondement, comme l'a reconnu par exemple le constituant bernois. Elle est à la fois condition inaliénable de l'épanouissement personnel des particuliers et de leur aptitude à la vie sociale, ainsi que, dans un Etat démocratique,

422 Cf. SCHWEIZER (1995a), 78.

423 Cf. SCHWEIZER (1995a), 79; cf. aussi SCHWEIZER/BURKERT (1996), 26, n° 65.

condition et élément de participation des citoyens et des groupes à la vie politique[424]. Autrement dit, certains droits d'accès ont une origine libérale, en ce sens qu'ils trouvent leur fondement dans les droits fondamentaux, d'autres une origine démocratique, en ce sens qu'ils relèvent de la participation des particuliers au processus de décision démocratique. On peut même voir dans certains cas une fonction de contrôle. On distinguera donc, ici, pour les besoins de l'exposé, les droits d'accès qui relèvent des droits fondamentaux (ch. 2 ci-après) de ceux qui s'inscrivent plutôt dans la perspective démocratique de l'organisation et des droits politiques (ch. 3). Les garanties de transparence en matière judiciaire, d'origine à la fois libérale et démocratique, seront traitées séparément (ch. 4). Enfin, on rassemblera les droits d'accès et les garanties de publicité qui relèvent du domaine de l'exécutif et de l'administration, que leur fondement ne permet de classer clairement ni dans l'une ni dans l'autre de ces deux catégories (ch. 5). Encore une fois, il faut remarquer que la classification n'a pas de valeur normative, et que l'appartenance d'une institution à l'une ou à l'autre des catégories peut prêter à discussion. Elle ne sert que les besoins de l'exposé.

2. Les droits d'accès découlant des droits fondamentaux

a. Le droit de consulter le dossier de l'article 4 de la Constitution fédérale

72. Sources et fondement du droit de consulter le dossier. – A côté du droit d'accès aux informations généralement disponibles tiré de la liberté d'information telle qu'elle est conçue dans la jurisprudence (n° 53 ss ci-dessus) et du droit d'accès tiré du principe de l'égalité de traitement (n° 61), la jurisprudence a depuis longtemps[425] reconnu l'existence d'un autre droit fondamental d'accès aux informations et documents de l'administration, à savoir le droit, pour toute personne partie à une procédure en cours, de consulter le dossier de cette procédure[426]. Ce droit est un corollaire du droit d'être entendu, lequel suppose, pour pouvoir s'exprimer, que les pièces d'une affaire ne restent pas secrètes dans le dossier de l'autorité. Le droit de

---

424 Voir à ce sujet J. P. MÜLLER (1995b), 41.

425 Voir par ex. ATF 53 I 107 (113), *Bovet*, cité par BARTHE (1993), 30 : « Il est clair que pour être efficacement protégé contre l'arbitraire possible des autorités, le citoyen ... doit pouvoir contrôler les bases de la décision prise contre lui ; ce contrôle, il ne peut l'exercer qu'en prenant connaissance de la procédure. Il a par conséquent le droit d'exiger que le dossier soit mis à sa disposition ».

426 Sur ce droit, en général, cf. MOOR (1991), 191 ss, n° 2276 ; G. MÜLLER (1995), n° 108 ss ; BARTHE (1993), 28 ss. Plus généralement, DUBACH (1990), not. 81 ss.

consulter le dossier a donc le même fondement que le droit d'être entendu, la même titularité, le même champ d'application, la même nature formelle et les mêmes sanctions[427]. Son fondement est « le respect de la dignité de la personne : une administration secrète, qui gérerait à l'abri de tout regard les droits et obligations de chacun, est une administration totalitaire. La participation des administrés aux procédures qui les concernent personnellement est la première garantie contre l'arbitraire de l'exercice du pouvoir ; elle est l'exact pendant, au niveau des décisions concrètes, de la participation démocratique aux procédures normatives ; elle constitue un moment « interactif » entre l'autorité et le particulier »[428]. Droit constitutionnel tiré de l'article 4 de la Constitution fédérale[429], garantie de procédure minimale et subsidiaire, le droit de consulter le dossier est concrétisé par diverses lois de procédure cantonales et fédérales, notamment par les articles 26 à 28 PA pour la procédure administrative fédérale[430]. Il l'est aussi, pour ce qui est de certaines procédures administratives fédérales[431], par diverses lois spéciales : ainsi, par exemple, en matière d'assurances sociales[432], en matière de subventions[433] ou encore pour la procédure devant l'autorité indépendante de plainte en matière de radio et télévision[434].

73. Titularité, champ d'application, objet et limites. – Le droit de consultation tiré de l'article 4 appartient en premier lieu à toute personne, de nationalité suisse ou étrangère, physique ou morale, qui est partie à une procédure, contentieuse ou gracieuse, qui mène à une décision, c'est-à-dire à un acte de puissance publique ayant pour objet de fixer un rapport juridique concret[435]. La qualité de partie suffit : il n'est donc pas nécessaire de faire preuve d'un autre intérêt[436]. Comme la qualité de partie est définie de façon assez large dans les procédures administratives, par référence à la notion d'intérêt digne de protection (art. 6 et 48 PA ; 103 let. a OJ), le droit de consulter le dossier a un champ d'application personnel relativement étendu[437]. S'agissant de l'objet sur lequel il porte, il faut noter tout d'abord que le droit d'être entendu suppose le droit d'être informé de l'existence et

427 Cf. Moor (1991), 191, n° 2276.

428 Moor (1991), 183/184, n° 2271.

429 Sur ce rattachement, cf. Moor (1991), 184, n° 2271.

430 Cf. pour des références, Moor (1991), 184, n° 2271.

431 Schweizer (1995a), 81.

432 Voir par ex. les art. 98 LAA (RS 832.20) et 122-123 OLAA (RS 832.202), pour la procédure en matière d'assurance-accidents obligatoire ; ATF 123 II 534 (538 ss), *ELVIA*.

433 Voir l'art. 19 al. 3 de la loi sur les subventions (RS 616.1) ; cf. Schweizer/Burkert (1996), 23, n° 58.

434 Cf. Schweizer/Burkert (1996), 23, n° 58 (note 71) ; Schweizer (1995a), 81.

435 Cf. Moor (1991), 187, n° 2272 ; Schweizer (1995a), 81.

436 Cf. Barthe (1993), 31.

437 Schweizer (1995a), 81. Sur ce point, voir toutefois Moor (1991), 186, n° 2272.

de l'objet d'une procédure[438]. Le droit de consulter le dossier lui-même signifie que la personne concernée peut prendre connaissance de ce dossier au siège de l'autorité, sans droit d'emporter de telles pièces chez soi ou d'en recevoir des copies[439], sous réserve de règles spéciales plus favorables[440]. Il porte non seulement sur les informations relatives à la personne requérante, mais aussi sur les personnes tierces impliquées dans la procédure considérée[441]. Il s'étend à toutes les pièces du dossier[442], du moins à « toutes les pièces qui concernent les faits pertinents et servent de moyens de preuve »[443], à l'exception toutefois des actes qualifiés de purement « internes », à savoir les informations qui servent à la préparation de la décision de l'autorité et des notices manuscrites des personnes qui participent à cette décision[444]. Difficile, cette distinction fondée sur la notion d'actes internes est critiquée, à juste titre, par une partie de la doctrine[445]. Les restrictions générales du droit de consulter le dossier, fondées sur l'existence d'intérêts publics ou privés prépondérants qui seraient lésés par la consultation, suffisent à limiter ce droit[446]. Le droit à la consultation du dossier peut en effet être restreint ou supprimé lorsqu'un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose à la consultation[447]. A vrai dire, c'est le régime habituel des restrictions aux droits fondamentaux qui s'applique, et la restriction doit encore reposer sur une base légale et être proportionnée[448]. Cela signifie notamment que l'autorité est tenue d'informer l'administré du secret qu'elle maintient sur certaines pièces, ainsi que de l'orienter sur les conclusions qu'elle s'autorise à en tirer[449].

74. L'extension du droit de consulter le dossier en dehors des procédures pendantes. – Limité à l'origine aux parties et au dossier d'une procédure en cours, le droit d'accès tiré de l'article 4 de la Constitution a par la suite été étendu par la jurisprudence. Dans un premier temps, le Tribunal fédéral a

---

438 Cf. Moor (1991), 188, n° 2273; Barthe (1993), 33.

439 Cf. Moor (1991), 191, n° 2276, avec des références à la jurisprudence relative à la garantie minimale et subsidiaire de l'art. 4 Cst.

440 Pour une telle règle spéciale, cf. n° 75 ci-dessous.

441 Schweizer (1995a), 81.

442 L'art. 26 PA, qui détermine les pièces consultables, est jugé trop étroit: cf. Barthe (1993), 29.

443 Cf. Moor (1991), 191, n° 2276, avec des références à la jurisprudence relative à la garantie minimale et subsidiaire de l'art. 4 Cst.

444 Voir ATF 115 V 297 (303 ss). Sur la notion d'actes « internes », cf. Barthe (1993), 33 ss (critique).

445 Cf. Moor (1991), 192, n° 2276; G. Müller (1995), n° 109, avec d'autres références.

446 Cf. Moor (1991), 192, n° 2276.

447 Cf. Moor (1991), 192/193, n° 2276; Schweizer (1995a), 81, avec références à la jurisprudence.

448 Cf. Barthe (1993), 36 ss.

449 Cf. Moor (1991), 192, n° 2276.

élargi le bénéfice de ce droit à des tiers, en rapport avec une procédure close ou une procédure non encore ouverte, pour autant qu'existe une certaine proximité avec une telle procédure[450]. Le Tribunal fédéral a notamment considéré que, souvent, seul le droit de consulter un dossier en mains de l'Etat permet de décider d'entreprendre une procédure[451]. La jurisprudence exige, à cet égard, que la personne qui entend se prévaloir d'un tel droit fasse la preuve d'un intérêt digne de protection[452]. Dans un deuxième temps, le Tribunal fédéral a ensuite étendu ce droit même en dehors de toute procédure, toujours à la condition cependant de l'existence d'un intérêt digne de protection. Comme le relève PIERRE MOOR, le droit de consulter le dossier « s'est [ainsi] séparé de son fondement premier, qui est de constituer l'un des droits d'une partie à une procédure, et constitue dès lors un droit en lui-même. [...] du point de vue constitutionnel, la seule référence possible n'est plus l'article 4 Cst. ; en vertu de la garantie de la liberté personnelle, il y a par exemple un intérêt digne de protection pour un justiciable à pouvoir consulter les données que l'administration a enregistrées sur lui-même, non seulement pour être informé sur ce qu'elle sait, mais aussi pour le faire corriger (...) »[453]. L'évolution ultérieure de la jurisprudence[454] a confirmé l'indépendance de ce nouveau droit par rapport à l'article 4 de la Constitution et son ancrage dans le giron de la liberté personnelle.

b. Le droit d'accès aux données personnelles

75. Sources et fondements de ce droit. – Un deuxième droit d'accès constitutionnellement garanti résulte donc de la liberté personnelle[455] et de l'article 8 CEDH[456]. Il s'agit du droit de toute personne, physique ou morale, suisse ou étrangère, « d'être renseignée sur les données enregistrées à son sujet par une autorité publique et sur l'usage qui en a été fait, ne serait-ce que pour être en mesure de les rectifier »[457]. Sous l'influence de la jurisprudence

---

450 « [S]ofern eine gewisse Nähe zu einem bereits abgeschlossenen, einzuleitenden oder laufenden Verfahren gewahrt ist » : cf. SCHWEIZER/BURKERT (1996), 14, n° 37, et 23, n° 58. Cf. aussi SCHWEIZER (1995a), 81, avec références à la jurisprudence.

451 Voir MOOR (1991), 193, n° 2276, avec références à la jurisprudence.

452 ATF 113 Ia 1 (4), *M.*, et 113 Ia 257 (261/262), *P.* Cf. BARTHE (1993), 31/32 ; MOOR (1991), 193, n° 2276.

453 Cf. MOOR (1991), 193, n° 2276, avec références aux arrêts cités note précédente.

454 Pour un résumé de la jurisprudence, cf. l'arrêt du Tribunal fédéral 11 juin 1996, ZBl 1997, 567 ss.

455 Sur ce droit, cf. not. SCHWEIZER (1995a), 81, avec références aux arrêts cités note 452, ainsi qu'à la doctrine, not. à JEAN-PHILIPPE WALTER, *La protection de la personnalité lors du traitement de données à des fins de statistique*, thèse Fribourg, 1987.

456 ATF 122 I 153 (163 ss), *M.*

457 BARRELET (1998), 29, n° 97.

constitutionnelle et d'une partie de la doctrine allemandes, certains auteurs y voient un droit fondamental à l'autodétermination informationnelle (« Grundrecht auf informationnelle Selbstbestimmung »[458]), ou « d'autodétermination concernant des informations personnelles »[459], qui garantirait à toute personne le droit de disposer et de décider elle-même des données qui la concernent, ainsi que, par voie de conséquence, le droit d'accéder aux données de ce genre qui sont détenues par une autorité ou même un autre particulier[460]. Le droit d'accès au dossier a été concrétisé, au regard de l'administration et des autorités fédérales, par les articles 8 à 10 de la *loi fédérale sur la protection des données*, du 19 juin 1992[461] ; il l'est aussi par diverses lois cantonales correspondantes pour ce qui est des administrations cantonales et communales[462]. Il a en outre été renforcé par ces dispositions, en ce sens que – contrairement au droit qui résultait de la liberté personnelle – le droit d'accès aux données personnelles conféré par l'article 8 LPD n'est pas lié à l'exigence d'un quelconque intérêt particulier, digne de protection[463]. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de clarifier les rapports entre le droit d'accès institué par la nouvelle loi sur la protection des données et son ordonnance d'exécution, d'un côté, et le droit de consulter le dossier d'une procédure en cours garanti, dans la foulée de l'art. 4 de la Constitution, par les dispositions spéciales, en l'occurrence dans le domaine des assurances sociales[464]. Comme ces deux droits peuvent parfois se superposer[465], une telle clarification était nécessaire. Elle touche aussi bien le principe et l'étendue du droit de consultation que ses modalités d'exercice, la procédure et les voies de droit. Les juges ont d'abord constaté qu'une question de protection des données peut se poser dans le cadre d'une procédure qui a pour objet principal d'autres prétentions, par exemple des prétentions à une prestation d'assurance ; cette question doit alors être tranchée dans le cadre de la procédure principale[466]. Mais une question de protection des données peut aussi être soulevée indépendamment de toute procédure ; la décision est alors régie, tant sur le plan matériel que sur le plan

---

458 Le Bundesverfassungsgericht a reconnu l'existence d'un tel droit dans son arrêt du 15 décembre 1983, relatif à la loi de la même année sur le recensement fédéral, BVerfGE 65, 1 (42 ss). Sur ce droit d'autodétermination, voir n° 115 et 116 ci-dessous. Pour la Suisse, SCHWEIZER (1995a), 82.

459 SCHWEIZER (1995b), n° 100.

460 Dans ce sens, SCHWEIZER (1995a), 82.

461 RS 235.1. La loi est entrée en vigueur le 1er juillet 1993, avec son ordonnance d'exécution, du 14 juin 1993 (RS 235.11).

462 Cf. SCHWEIZER (1995a), 82.

463 Voir ATF 123 II 534 (538), *ELVIA*.

464 ATF 123 II 534 (535 ss), *ELVIA*.

465 ATF 123 II 534 (539), *ELVIA*.

466 ATF 123 II 534 (536), *ELVIA*, avec d'autres références.

formel (en ce qui concerne les voies de droit notamment) par la loi sur la protection des données[467]. En d'autres termes, le droit des personnes assurées de consulter les données personnelles détenues par leur assureur social s'exerce, lorsqu'il est revendiqué en dehors et indépendamment d'une procédure de décision concrète touchant le rapport d'assurance (prétentions à des prestations, par exemple), selon les règles et la procédure prévues par la loi sur la protection des données. Ce qui signifie consultation écrite, avec envoi des actes ou de copies au requérant, et en principe gratuite[468]. L'arrêt ne résout cependant pas – il n'avait pas à le faire, étant donné les faits – toutes les questions qui peuvent se poser dans un tel contexte. Notamment, il ne précise pas si la loi sur la protection des données – et la procédure qu'elle institue – est aussi applicable, ou au contraire ne l'est pas du tout, dans l'hypothèse où le droit d'accès aux données personnelles est revendiqué dans le cadre d'une procédure de décision relevant du rapport d'assurance[469].

76. Objets, limites et exceptions. – S'agissant de son champ d'application et de son objet, le droit d'accès aux données personnelles qui résulte de la liberté individuelle et de la protection des données est à la fois plus étroit et plus large que le droit de consulter le dossier d'une procédure en cours tiré de l'article 4 de la Constitution[470]. Plus étroit, en ce sens qu'il ne porte pas sur l'ensemble des documents liés à une procédure déterminée, mais seulement sur les données touchant la personne considérée[471] ; il ne s'étend donc pas aux données concernant de tierces personnes[472]. Il est cependant plus large en ce sens qu'il peut être invoqué même en dehors de toute procédure et sans être subordonné à l'exigence d'un intérêt digne de protection (sous réserve de l'abus de droit)[473], mais aussi et surtout dans la mesure où il n'est pas circonscrit aux documents relatifs à une procédure déterminée, mais s'étend à tous les documents et supports comportant des données personnelles relatives à la personne considérée – même les fameux actes « internes » à l'administration[474] –. Comme le droit de consultation du dossier, le droit d'accès aux données personnelles est limité par des intérêts publics ou

467 ATF 123 II 534 (536), *ELVIA*, avec d'autres références.

468 Voir les art. 8 al. 5 LPD et 1 al. 2 de l'ordonnance d'exécution: ATF 123 II 534 (539 ss), *ELVIA*.

469 Voir à ce sujet le commentaire de l'arrêt de JACQUELINE CHOPARD, PJA 1998, 613 ss (614), qui estime que la LPD doit s'appliquer, ce qui signifie que la restriction d'accès concernant les actes « internes » ne saurait être admise.

470 ATF 123 II 534 (538), *ELVIA*.

471 ATF 123 II 534 (538), *ELVIA*.

472 SCHWEIZER (1995a), 82; CHOPARD (citée note 469), 615.

473 ATF 123 II 534 (538), *ELVIA*.

474 Voir CHOPARD (citée note 469), 615.

privés prépondérants, qui peuvent s'opposer en tout ou partie à la consultation[475], ou encore lorsqu'une loi formelle le prévoit[476]. Il faut noter à cet égard que certaines lois fédérales récentes ont en outre restreint la portée de ce droit, en excluant le droit à la consultation, pour le remplacer par un simple contrôle des fichiers de la part du Préposé à la protection des données et de la Commission fédérale de la protection des données, lesquels ne peuvent toutefois faire aucune communication à la personne concernée[477].

77. Un cas particulier: le droit de connaître son ascendance. – Toujours dans le contexte du droit d'accès aux données personnelles, on peut mentionner encore le droit de toute personne d'accéder aux informations relatives à son ascendance, qui fait l'objet d'une garantie spécifique, à l'article 24novies II, lettre g, de la Constitution fédérale[478]. Ce droit est maintenant concrétisé par la nouvelle loi sur la procréation médicalement assistée, du 18 décembre 1998[479]. Bien que ces dispositions s'inscrivent dans la perspective de la procréation assistée, on admet que le droit de connaître son ascendance appartient à toute personne, quelle que soit la manière dont elle a été engendrée[480].

c. *Autres droits d'accès et obligations d'informer découlant des droits fondamentaux*

78. Obligation d'informer et droit au respect de la vie privée et familiale. – Un droit d'accès aux informations détenues par les autorités ne résulte pas seulement du droit à la consultation du dossier tiré de l'article 4 de la Constitution et de la liberté personnelle, que ce soit sous l'angle de la protection des données ou celui du droit de connaître son ascendance. La jurisprudence récente tend en effet à tirer de nouvelles garanties de publicité ou de nouvelles obligations d'informer d'autres droits fondamentaux. Tel est le cas notamment du droit au respect de la vie privée et familiale, de

---

475 Not. ATF 122 I 153 (164 ss), *M.* Voir aussi SCHWEIZER (1995a), 82, avec d'autres références.

476 Voir l'art. 9 LPD.

477 Cf. SCHWEIZER (1995a), 82, qui mentionne l'art. 14 de *la loi fédérale sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération*, du 7 octobre 1994 (RS 172.213.71); voir aussi les art. 17 et 18 de la *loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure*, du 21 mars 1997 (LMSI; RS 120, RO 1998 1546), entrée en vigueur le 1er juillet 1998.

478 Sur ce droit, SCHWEIZER (1995b), n° 97 ss.

479 Voir l'art. 27 de la *loi fédérale sur la procréation médicalement assistée* (LPMA, FF 1998 4992), qui, sous le titre «Information», dispose que l'enfant âgé de 18 ans peut obtenir les données concernant l'identité du donneur et son aspect physique; en outre, s'il peut faire valoir un intérêt légitime, l'enfant a, quel que soit son âge, le droit d'obtenir toutes les données relatives au donneur (art. 27 I et II). Cf. le message du Conseil fédéral, FF 1996 III 197, 268/269.

480 Cf. SCHWEIZER (1995b), not. n° 102 et 104.

l'article 8 CEDH, que la Cour européenne des droits de l'homme a récemment considéré comme base d'une obligation des Etats d'informer dans certaines circonstances. Si elle n'admet pas d'obligation positive d'informer sur la base de l'article 10 CEDH (supra, n° 63), la Cour a en revanche admis que, dans certaines circonstances, une telle obligation pouvait résulter d'un autre droit fondamental, le droit au respect de la vie privée et familiale de l'article 8 CEDH. Dans son arrêt du 19 février 1998, en la cause *Anna Maria Guerra et autres c. Italie*, elle a en effet estimé que, compte tenu des faits de l'affaire (proximité du domicile des requérantes de l'usine en cause, accidents déjà survenus dans cette dernière), « [l]'incidence directe des émissions nocives sur le droit des requérantes au respect de leur vie privée et familiale permet de conclure à l'applicabilité de l'article 8 »[481]. Certes, les requérantes « se plaignent non d'un acte, mais de l'inaction de l'Etat. Toutefois, si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas d'astreindre l'Etat à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale »[482]. Or, la « Cour rappelle que des atteintes graves à l'environnement peuvent toucher le bien-être des personnes et les priver de la jouissance de leur domicile de manière à nuire à la vie privée et familiale (...) En l'espèce, les requérantes sont restées, jusqu'à l'arrêt de la production de fertilisants en 1994, dans l'attente d'informations essentielles qui leur auraient permis d'évaluer les risques pouvant résulter pour elles et leurs proches du fait de continuer de résider sur le territoire de Manfredonia, une commune aussi exposée au danger en cas d'accident dans l'enceinte de l'usine. La Cour constate donc que l'Etat défendeur a failli à son obligation de garantir le droit des requérantes au respect de leur vie privée et familiale, au mépris de l'article 8 de la Convention »[483]. Aussi juge-t-elle, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de cette disposition.

79. Proportionnalité des restrictions à la liberté personnelle et obligation d'informer. – Dans le même ordre d'idée, mais dans un tout autre domaine, le Tribunal fédéral vient lui aussi de reconnaître une nouvelle obligation d'informer, qu'il a tirée, toujours sous l'angle des droits fondamentaux, de l'application des principes généraux, en particulier du principe de proportionnalité des restrictions aux droits fondamentaux. Ainsi, dans son arrêt du 16 avril 1997 relatif à la nouvelle loi genevoise sur les prélèvements et les transplantations d'organes et de tissus, il a admis la constitutionnalité, au

481 Arrêt de la Cour, cité au n° 63 ci-dessus, § 57.

482 Ibidem, § 58.

483 Ibidem, § 60.

regard de la liberté personnelle, du système dit «du consentement présumé»[484]. Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité d'une telle restriction à la liberté personnelle, il a toutefois précisé – précision «capitale»[485], que «[l]'information du public constitue, dans ce domaine extrêmement sensible qui touche aux convictions profondes de chaque individu, un élément essentiel sans lequel le système du consentement présumé perd sa légitimité. [...]. En d'autres termes, on ne saurait inférer du silence de l'intéressé qu'il consent à un prélèvement d'organes, s'il n'a pas été suffisamment informé que son silence pouvait être interprété comme un consentement. [...]. Le passage du consentement explicite au consentement présumé n'est dès lors envisageable qu'à condition d'être accompagné de mesures d'information spécifiques et adéquates de la population. Ce devoir s'étend par ailleurs, dans les cas concrets, aux indications qui doivent être données aux proches, afin qu'ils puissent, eux aussi, décider librement de la portée de leur silence»[486]. En conséquence, le Tribunal fédéral impose aux autorités une double obligation d'informer, «le devoir d'information au sens large (politique d'information, ...), et le devoir d'informer au sens étroit (information des proches, ...)»[487].

3. Droits d'accès et garanties de publicité d'origine démocratique

a. Rappel: obligation d'informer et droit à l'information dans le domaine des droits politiques

80. Un droit à l'information ? – A côté de ces droits spécifiques d'origine libérale, c'est-à-dire découlant de certains droits fondamentaux, d'autres obligations d'informer et droits d'accès ou garanties de publicité ont une origine plutôt démocratique. Parmi ceux-ci, il faut mentionner, tout d'abord, les obligations d'informer et les droits à l'information qui relèvent des droits politiques ou, plus précisément, qui sont liés à l'exercice des droits populaires. Ainsi qu'on l'a vu, il est généralement admis que les autorités n'ont pas seulement, dans ce contexte, un devoir d'abstention ou de retenue, mais aussi une obligation d'informer, qui est du reste

484 ATF 123 I 112 (115 ss), *Himmelberger*. Voir déjà, pour la jurisprudence antérieure, concernant les traitements médicaux et dentaires, ATF 118 Ia 427 (441), *C., B. und Ehepaar R.*, et ATF 114 Ia 350 (358), *X.* (devoir d'informer d'un hôpital public).

485 ATF 123 I 112 (137), *Himmelberger*.

486 ATF 123 I 112 (138/139), *Himmelberger*.

487 ATF 123 I 112 (139 ss), *Himmelberger*.

concrétisée par diverses dispositions légales ou constitutionnelles[488]. On n'y reviendra donc plus ici, si ce n'est pour préciser qu'à cette obligation d'information active des autorités correspond, du moins dans certains cas, un droit à l'information des particuliers, un droit justiciable[489]. L'étendue et le champ d'application de ce droit ne sont cependant pas très clairs, en raison de la difficulté de déterminer ce qui est en rapport avec l'exercice des droits politiques et ce qui ne l'est pas[490].

b. La publicité des textes normatifs

81. La publicité des textes normatifs: un droit constitutionnel? – Un deuxième aspect[491] de la transparence de l'activité étatique est celui de la publicité des textes normatifs. Il n'est pas contesté[492] que cette dernière représente, dans un Etat démocratique fondé sur le droit, une condition essentielle et indispensable de leur applicabilité et de leur force obligatoire à l'égard des citoyennes et des citoyens[493]. La publicité du droit sert à en assurer la prévisibilité et permet aux particuliers d'y adapter leur comportement[494]. Comme le relève le Tribunal fédéral, cette exigence de publication résulte, pour le droit fédéral, de la loi, mais elle représente aussi un principe généralement valable, placé sous la protection de l'article 4 de la Constitution fédérale[495]. L'application d'un acte normatif avant sa publication est en effet jugée incompatible avec l'article 4 de la Constitution[496].

---

488 Voir sur ce point, ci-dessus, n° 26. Voir aussi, par ex., EHRENZELLER (1993), 39: «Das Demokratiegebot beinhaltet notwendigerweise die Pflicht des Staates, dem Bürger jene Informationen zur Verfügung zu stellen, die ihm eine eigene Urteilsbildung ermöglichen».

489 Voir l'ATF 107 Ia 305 (307 et 311), *Fuchs*, cité notes 142 et 143 ci-dessus.

490 Voir DRUEY (1995), 401, note 26: «Beispielsweise will das Bundesgericht einen Offenlegungsanspruch gegenüber der Verwaltung doch in Verbindung mit dem Recht des Stimmbürgers zur Gesetzesinitiative zuerkennen 107 Ia 304, 311. Warum dann nicht aus der Zuständigkeit als Stimmbürger schlechthin, womit wir beim Öffentlichkeitsprinzip wären?».

491 Qu'on pourrait à vrai dire rattacher aussi bien aux droits fondamentaux d'origine libérale qu'aux garanties démocratiques. Cf. not. OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, La primauté du droit international, *RDS* 1985 I, 383 ss, 410, qui paraît rattacher l'exigence de publication des actes normatifs aux art. 6 et 14 CEDH.

492 C'est même l'opinion unanime, selon BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 310.

493 G. MÜLLER (1995), n° 73. Cf. aussi ATF 120 Ia 1 (8), *Verband Studierender an der Universität Zürich*, où le Tribunal fédéral reprend la formule de G. MÜLLER (avec d'autres références). Voir aussi BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 310; MOOR (1994), 166 ss, n° 2521.

494 G. MÜLLER (1995), n° 73; MOOR (1994), 166/167, n° 2521.

495 «[E]in allgemein geltendes Prinzip»: ATF 120 Ia 1 (8), *Verband Studierender an der Universität Zürich*.

496 Cf. G. MÜLLER (1995), n° 73.

Aussi, certains voient dans ce « principe constitutionnel »[497] de la publication des actes normatifs un droit constitutionnel, déductible en justice[498]. Dans la jurisprudence, la référence à l'article 4 est cependant assez récente[499] et, surtout, le grief de l'absence de publication valable ne paraît pas constituer, à lui seul, un motif d'annulation d'un acte dans le cadre d'un contrôle abstrait[500].

82. La concrétisation de ce droit au niveau fédéral. – Quoi qu'il en soit, comme indiqué, la publication des actes législatifs est réglée, au niveau fédéral[501], par la *loi sur les publications officielles*[502]. Aux termes de cette dernière, et sous réserve de quelques exceptions, tous les textes normatifs du droit fédéral, y compris les traités internationaux, ainsi que les accords intercantonaux de nature législative sont publiés, chronologiquement, au *Recueil officiel des lois fédérales* (RO), dans les trois langues officielles[503]. La publication au Recueil officiel intervient en principe cinq jours au moins avant l'entrée en vigueur des textes considérés[504] et elle détermine l'effet juridique obligatoire de ces derniers: seuls lient les particuliers les actes normatifs qui ont été portés à leur connaissance conformément à la loi[505].

---

497 Voir déjà Jacques de Pury, *De la publication des lois*, thèse Neuchâtel, 1945, 109 ss, cité par G. Müller (1995), n° 73.

498 Cf. Breitenmoser/Uebersax (1997), 310.

499 Voir ATF 104 Ia 167 (169/170), *Fuluma AG*, où la référence à l'art. 4 n'apparaît que dans le « chapeau ». Voir aussi ATF 100 Ib 341 (343), *Käsereigenossenschaften*, 92 Ib 226 (231-233), *Schmid*.

500 Voir ATF 120 Ia 1 (8), *Verband Studierender an der Universität Zürich*, où le Tribunal fédéral considère que la sanction de l'absence de publication valable se résume à la non-application de l'acte considéré, grief qui doit être soulevé au moment de l'acte d'application. Comparer ATF 104 Ia 167 (169 ss), *Fuluma AG*, où, s'agissant d'un contrôle concret, le juge a refusé l'application d'un acte normatif non valablement publié.

501 Sur la situation dans les cantons, cf. Breitenmoser/Uebersax (1997), 312.

502 *Loi sur les recueils de lois et la Feuille fédérale*, du 21 mars 1986 (LPubl, RS 170.512). Voir aussi la (nouvelle) *ordonnance sur les publications officielles*, du 15 juin 1998, entrée en vigueur le 1er juillet 1998, en remplacement de l'ancienne, du même nom, du 15 avril 1987 (OPubl, RS 170.512.1; RO 1998 1526). Pour un aperçu du système, cf. Moor (1994), 166 ss, n° 2521; Breitenmoser/Uebersax (1997), 311/312; Tschannen (1997), 174 ss.

503 Voir les art. 1 à 3 LPubl et 1 ss OPubl. Les exceptions, à savoir la publication sous forme d'un simple renvoi à une autre source ou l'absence pure et simple de publication dans l'intérêt de la défense générale, sont prévues aux art. 4 et 5 de la loi. Pour la question des langues, art. 8 et 9 LPubl et, s'agissant du romanche, art. 14 al. 3 LPubl et 12 OPubl.

504 Art. 6 LPubl et 2 OPubl; l'art. 7 de la loi prévoit un mode de publication extraordinaire, par voie médiatique (radio et télévision) ou d'affichage public, etc., pour les cas où cela est indispensable, les cas d'urgence ou les autres situations extraordinaires (cf. aussi art. 5 et 6 OPubl). Pour des exemples, cf. Moor (1994), 168/169, n° 2521.

505 Sous réserve évidemment des actes qui font exception à l'exigence de publication pour des motifs de secret lié à la défense générale (cf. art. 10 LPubl). On rappellera que les textes législatifs publiés au Recueil officiel font en outre l'objet d'une publication dans le *Recueil systématique du droit fédéral* (RS), là aussi dans les trois langues officielles, où ils sont classés

Celle-ci prévoit en outre la publication, dans la *Feuille fédérale* (FF), de différents autres textes, notamment ceux qui ne contiennent pas de règles de droit et ceux qui se rapportent à des modifications envisagées de la législation fédérale: ainsi, les messages et les projets du Conseil fédéral relatifs à des modifications constitutionnelles ou législatives, les textes adoptés par l'Assemblée fédérale et sujets au référendum, les arrêtés d'approbation des traités internationaux, les arrêtés simples, les rapports du Conseil fédéral ou de commissions à l'Assemblée, entre autres documents[506]. On rappellera en outre que, dans la phase antérieure de leur élaboration, les projets de modification d'actes normatifs fédéraux sont rendus accessibles au public, ou du moins à certains milieux intéressés, dans le cadre de la procédure dite «de consultation», laquelle est régie par d'autres dispositions[507].

La loi accorde à toute personne un droit de consulter le Recueil officiel et le Recueil systématique dans les bureaux de la Chancellerie fédérale ou dans les offices désignés à cet effet par les cantons[508]. Au surplus, les recueils officiels et la Feuille fédérale, qui sont remis gratuitement à certains services officiels et à certaines catégories de personnes, peuvent être acquis, notamment par voie d'abonnement[509]. Certains textes publiés dans les recueils officiels ou dans la Feuille fédérale font également l'objet de tirés à part qui peuvent être obtenus contre paiement[510]. Depuis peu, ils sont également publiés sous forme électronique et peuvent donc être consultés en ligne ou sur supports informatiques[511].

On signalera encore que certaines décisions des autorités administratives fédérales, notamment des départements et des commissions fédérales de recours, ainsi que d'autres documents internes à l'administration, comme

---

par matières et mis à jour plusieurs fois par année, en principe quatre fois (art. 11 LPubl, ainsi que 7 et 8 OPubl). Ce recueil ne bénéficie cependant pas de l'effet négatif du Recueil officiel: le défaut de publication n'entraîne pas l'inapplicabilité de la norme en cause; cf. MOOR (1994), 167, n° 2521.

506 Voir les art. 14 LPubl et 10 OPubl.

507 Voir l'*ordonnance sur la procédure de consultation*, du 17 juin 1991 (RS 172.062).

508 Cf. art. 12 LPubl, ainsi que 13 OPubl.

509 Cf. art. 15 à 17 OPubl.

510 Art. 11 OPubl.

511 Voir l'art. 14 OPubl, ainsi que la (nouvelle) *ordonnance concernant la publication électronique de données juridiques*, citée n° 10 ci-dessus. Voir not. COTTIER (1998b), 145, sur la question de la gratuité. Plus généralement, cf. aussi FROSSARD (1998), 217 ss, ainsi que BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 312, note 58, avec d'autres références. Sur l'état de la situation et les projets en cours, cf. aussi BERNARD AYER, Publications électroniques de la Confédération, *Plädoyer* 1/1999, 57/58, ainsi que le *Rapport de gestion 1997* du Conseil fédéral, des 11 et 18 février 1998, FF 1998 1425, 1512-1514. Pour ce qui est des cantons, DANIEL KETTIGER, BELEX: Die Informatisierung der Bernischen Systematischen Gesetzessammlung, *LeGes* 1998/1, 109 ss, qui donne un aperçu de la situation dans les autres cantons (111/112).

des avis de droit, font aussi l'objet d'une publication officielle, non obligatoire et non systématique, celle-là, dans la *Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération* (JAAC), laquelle est également commercialisée, notamment sous forme d'abonnement[512]. Enfin, tous les documents utilisés par les différents services fédéraux sont soumis à la réglementation sur l'archivage et, dans ce contexte, rendus accessibles au public après l'écoulement d'un certain délai[513].

c. *La publicité en matière parlementaire*

83. Le principe : publicité des séances et publication des délibérations. – La publicité des séances et des débats des parlements est, en Suisse, une conquête de la Régénération, que la Diète avait adoptée dès 1834 pour ses propres délibérations et qu'elle a imposée sans peine au futur parlement fédéral en 1848[514]. Ainsi, pour ce qui est du droit fédéral, l'article 94 de la Constitution fédérale déclare publiques, en règle générale, les séances des deux Chambres[515] ; cela vaut aussi pour les séances de l'Assemblée fédérale en chambres réunies[516]. La référence à la «règle générale» permet les exceptions, le huis-clos, qui est régi par les règlements des deux conseils[517]. Ces mêmes textes règlent par ailleurs l'accès du public à la salle, ainsi que les facilités qui sont accordées à la presse et aux représentants des médias audiovisuels, telles que la remise de documentation et l'admission des prises de sons et de vues[518]. La situation est à peu près la même en droit

512 Voir BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 313. L'informatisation de la JAAC est actuellement à l'examen.

513 Voir n° 94 ci-dessous. Voir aussi n° 83 et 89 pour la publication des délibérations du Parlement ainsi que celles des jugements des Tribunaux fédéraux, qui font l'objet de réglementations spécifiques.

514 Cf. AUBERT (1986), n° 1. Sur l'origine de la publicité des séances et des débats parlementaires, cf. aussi HÄNER (1990), 215/216.

515 Voir l'art. 158 de l'*arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale*, du 18 décembre 1998, qui reprend cette disposition, en donnant toutefois à la *loi* la faculté de prévoir les exceptions.

516 Cf. BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 310. On peut le déduire, *a contrario*, de l'art. 11 al. 4 du *Règlement de l'Assemblée fédérale (chambres réunies)*, du 8 décembre 1976 (RS 171.12), ainsi que de l'art. 13 du même texte, qui renvoie aux dispositions du *Règlement du Conseil national* (RCN; RS 171.13), du 22 juin 1990 (not. ses art. 54 ss).

517 Sur le huis-clos, voir les art. 57 RCN et 47 du *Règlement du Conseil des Etats* (RCE; RS 171.14), du 24 septembre 1986, ainsi que l'art. 11 al. 4 du *Règlement de l'Assemblée fédérale (chambres réunies)*. Le huis-clos peut être proposé par le Conseil fédéral ou son représentant, ainsi que 30 membres, au Conseil national, ou 5 membres, aux Etats (ainsi que la commission chargée d'examiner les recours en grâce, s'agissant des Chambres réunies). Sur ce huis-clos, dont les conseils décident souverainement, cf. AUBERT (1986), n° 3 et 4.

518 Art. 54 à 56 RCN et 43 à 46 RCE.

cantonal. La très grande majorité des constitutions cantonales garantissent elles-mêmes le principe de la publicité des séances des législatifs, cantonal et, quelquefois même, communaux, en prévoyant simultanément, pour certaines, la publicité des audiences des tribunaux[519]. A noter que la Constitution soleuroise va plus loin, en garantissant non seulement la publicité des séances du Parlement, mais également – ce qui est unique en Suisse – celle des séances du Gouvernement cantonal[520]. Ailleurs, la question de la publicité des séances du Parlement est réglée par la loi[521], laquelle régit en outre les facilités accordées aux représentants des médias, ainsi que l'accès aux documents et autres actes du législatif et de ses commissions[522].

Non seulement les séances et les débats sont accessibles au public, mais les délibérations sont généralement publiées. En droit fédéral, elles sont consignées – aujourd'hui : enregistrées – et publiées, de manière complète depuis 1971, dans le *Bulletin sténographique*, devenu dès 1963 le *Bulletin*

---

519 Voir, par exemple, les art. 98 et 150 de la Constitution genevoise, du 24 mars 1847 (RS 131.234), 44 de la Constitution fribourgeoise, du 7 mai 1857 (RS 131.219), 36 de la Constitution neuchâteloise, du 31 novembre 1858 (RS 131.233), 34 de la Constitution zurichoise, du 18 avril 1869 (RS 131.211), 59 de la Constitution lucernoise, du 29 janvier 1875, dans sa version au 5 décembre 1976 (RS 131.213), 33 de la Constitution schaffhousoise, du 24 mars 1876 (RS 131.223), 39 de la Constitution vaudoise, du 1er mars 1885 (RS 131.231), 34 de la Constitution de Bâle-Ville, du 2 décembre 1889 (RS 131.222.1), 8 de la Constitution de Schwyz, du 23 octobre 1893 (RS 131.215), 43 II de la Constitution zougoise, du 31 janvier 1894 (RS 131.218), 48 de la Constitution valaisanne, du 8 mars 1907 (RS 131.232), 47 de la Constitution de Nidwald, du 10 octobre 1965 (RS 131.216.2), 56 de la Constitution d'Obwald, du 19 mai 1968 (RS 131.216.1), 67 de la Constitution jurassienne, du 20 mars 1977 (RS 131.235), 72 I de la Constitution argovienne, du 25 juin 1980 (RS 131.227), 55 I de la Constitution de Bâle-Campagne, du 17 mai 1984 (RS 131.222.2), 79 de la Constitution uranaise, du 28 octobre 1984 (RS 131.214), 35 de la Constitution thurgovienne, du 16 mars 1987 (RS 131.228), 85 II et III de la Constitution glaronnaise, du 1er mai 1988 (RS 131.217), 24 II de la Constitution d'Appenzell Rhodes-Intérieures dans sa version au 24 avril 1994 (RS 131.224.2), 67 III de la Constitution d'Appenzell Rhodes-Extérieures du 30 avril 1995 (RS 131.224.1) et 63 de la nouvelle Constitution tessinoise, du 14 décembre 1997 (pour le texte français, cf. le *message concernant la garantie de la constitution du canton du Tessin*, du 16 septembre 1998, FF 1998 4818, 4831 ss).

520 Art. 63 I : « Die Beratungen des Kantonsrates und des Regierungsrates sind öffentlich, soweit schützenswerte private oder öffentliche Interessen nicht entgegenstehen » ; l'alinéa II ajoute : « Das Gesetz regelt das Recht auf Einsichtnahme in amtliche Akten ». Sur cette particularité soleuroise, cf. HÄNER (1990), 257.

521 Ainsi, à Berne, le principe de la publicité des débats devant les tribunaux est posé par l'art. 97 de la Constitution du 6 juin 1993 (RS 131.212), alors que la question de la publicité des séances du législatif – cantonal et communal –, ainsi que d'autres autorités cantonales est réglée par la *loi* du 2 novembre 1993 *sur l'information du public* (RSB 107.1 ; sur cette loi, cf. infra, n° 107).

522 Voir, par exemple, pour Neuchâtel, l'art. 53 de la *loi d'organisation du Grand Conseil*, du 22 mars 1993 (RSN 151.10). Sur ces questions, cf. BARRELET (1998), 273/274, n° 968-970.

officiel de l'Assemblée fédérale[523]. En droit cantonal, la situation n'est guère différente. Dans la plupart des cantons, les lois d'organisation du Grand Conseil prévoient l'impression et la publication d'un mémorandum ou d'un bulletin officiel[524] des délibérations[525].

84. Un droit constitutionnel ? – La règle de la publicité des séances et des délibérations des parlements n'est pas conçue, dans les textes constitutionnels, comme un droit fondamental, que les particuliers pourraient invoquer directement en justice. Cela résulte déjà de sa place dans ces textes : elle figure en effet parmi les dispositions organiques et constitue donc du droit constitutionnel objectif, non un droit constitutionnel subjectif. Toutefois, les particuliers peuvent néanmoins s'en prévaloir par une voie détournée, par l'intermédiaire de la liberté d'information telle qu'elle est conçue par la jurisprudence : étant déclarées publiques par l'ordre juridique, les séances et délibérations du parlement appartiennent aux « sources généralement accessibles » protégées par cette liberté, sources auxquelles l'individu a un droit d'accès individuel déductible en justice[526]. Selon la jurisprudence, l'exclusion de la publicité, c'est-à-dire le huis-clos, doit dès lors pouvoir se fonder sur une base légale suffisante, répondre à un intérêt public prépondérant et respecter le principe de proportionnalité[527]. En revanche, tel n'est pas le cas, selon le Tribunal fédéral, s'agissant de l'exclusion de la publicité pour les séances des commissions parlementaires : un simple règlement suffit – une base légale (formelle) n'est pas nécessaire –, puisque l'ordre juridique ne fait alors que délimiter le champ d'application, la sphère de protection de la liberté d'information[528]. On retrouve donc le paradoxe – poussé jusqu'à la contradiction – relevé plus haut à propos de la liberté d'information telle qu'elle ressort de la jurisprudence. D'un côté, en effet, il suffirait que l'ordre juridique de la collectivité considérée – de quelque niveau qu'il soit, même réglementaire – exclue par principe la publicité pour que la liberté d'information ne puisse plus s'appliquer du tout, puisqu'on aurait alors affaire à des sources non généralement disponibles ; d'un autre côté, cependant, si l'ordre juridique prévoit en principe la

523 Voir actuellement les art. 41 et 42 de la loi sur les rapports entre les conseils, ainsi que 59 (et 62, pour la consultation de comptes rendus non publiés) RCN, 51 (52) RCE. Voir aussi AUBERT (1986), n° 5 et 6.

524 Voir, par exemple, pour Neuchâtel, l'art. 36 de la *loi d'organisation du Grand Conseil*, du 22 mars 1993 (RSN 151.10).

525 Voir toutefois BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 312, selon lesquels les délibérations des parlements cantonaux ne sont pas verbalisées et publiées systématiquement.

526 En ce sens ATF 105 Ia 181 (182/183), *Grieder*. Ce droit peut cependant subir une restriction de fait, en raison de la limitation du nombre de places disponibles dans la salle : voir le même arrêt (p. 183), ainsi que BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 310/311, note 42.

527 Ainsi : ATF 105 Ia 181 (182/183), *Grieder*.

528 ATF 108 Ia 275 (277 ss), *Zbinden*.

publicité, une base légale suffisante est alors nécessaire, de même qu'un intérêt public, pour la restreindre[529].

85. L'exception : l'absence de publicité des séances et des documents des commissions. – Comme on vient de le voir, la publicité des séances et des délibérations ne s'applique pas aux commissions, dont les débats ne sont ni publics[530], ni publiés. A vrai dire, au niveau fédéral, cette absence de publicité ne résulte pas de la Constitution, qui ignore les commissions[531], ni même de la loi – la LREC n'en dit mot ; elle est le fait des règlements des deux Chambres fédérales[532]. Elle est généralement motivée par le souci d'éviter que les commissaires ne soient privés, en s'exprimant devant des tiers, « de la liberté et de la mobilité d'esprit qui seules permettent à des camps opposés de trouver quelque terrain d'entente »[533]. Les règles applicables prévoient qu'il appartient à un des membres de la commission d'assurer l'information des médias, en veillant toutefois à ne pas trahir la manière de voter des différents membres de la commission[534]. De plus, l'accès aux documents et procès-verbaux des commissions est strictement limité ; en dehors des personnes ayant participé aux séances, des membres du Parlement et de quelques autres titulaires de fonctions déterminées, les procès-verbaux concernant les délibérations de projets législatifs ne sont en principe accessibles qu'« aux personnes qui en ont besoin pour des recherches scientifiques ou pour l'application du droit » et seulement « après le vote final, s'il y a lieu après l'expiration du délai référendaire ou une votation populaire »[535]. Au niveau cantonal, la question de la publicité

529 Voir ci-dessus, n° 58.

530 Ils sont même confidentiels, sauf pour certaines auditions de représentants d'intérêts et d'experts, que les commissions peuvent déclarer publiques : cf. art. 24 RCN et 16 RCE.

531 Voir toutefois l'art. 158 de l'*arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale*, du 18 décembre 1998, qui traite, lui, des commissions, sans évoquer la question de la publicité des séances.

532 Art. 24 RCN et 16 RCE. Comme indiqué, le Tribunal fédéral n'y trouve rien à redire : ATF 108 Ia 275 (277 ss), *Zbinden* ; voir aussi, pour la même affaire, ATF 108 IV 185, *Zbinden*.

533 AUBERT (1986), n° 7 ad art. 94, qui ajoute : « On change rarement d'avis sous l'œil de la caméra et l'irruption des journalistes dans ces réunions n'aurait probablement pas d'autre effet que de durcir les fronts, de prévenir les concessions et, en fin de compte, d'affaiblir les minorités. D'ailleurs, si les séances des commissions étaient publiques, les députés, qui jouissent de la liberté personnelle comme n'importe quel particulier, se rencontreraient avant, ailleurs, et sauraient s'assurer la tranquillité qu'il faut pour se concerter », et qui précise qu'une motion Gassmann, réclamant la publicité des séances de commissions, a été nettement rejetée par le Conseil des Etats, en 1981 (BO CE 1981, 376-379). Voir aussi les arrêts cités note précédente.

534 Art. 25 RCN et 17 RCE.

535 Voir les art. 19 ss, spéc. 20 RCE, ainsi que 26 ss, spéc. 27 RCN.

des séances des commissions est réglée par la loi[536]. Nulle part, semble-t-il, ces séances ne sont publiques. L'absence de publicité des séances de commissions est aujourd'hui critiquée par une partie de la doctrine[537]. Est critiqué, tout d'abord, le fait que la confidentialité n'est même pas prévue par la loi[538]. Surtout, les arguments invoqués pour la justifier, d'ordre psychologique, ne sont pas jugés prépondérants par rapport à l'intérêt du public, et en particulier des citoyennes et des citoyens, à être informés et à pouvoir suivre non seulement le rituel des délibérations en plenum, mais aussi, précisément, les étapes déterminantes du processus de décision, là où se prennent les décisions[539]. Aussi, une ouverture différenciée est-elle réclamée[540].

86. Autres exigences de publicité en matière parlementaire : la publicité du budget et des comptes, le contrôle de l'administration. – On rangera encore, dans cette rubrique de la publicité en matière parlementaire, une autre exigence de publicité, que certains auteurs considèrent comme un principe non écrit du droit constitutionnel suisse[541] : la garantie de la publicité du budget et des comptes des collectivités publiques. Il est vrai que cette garantie est explicitement ancrée dans diverses constitutions cantonales[542]. En conséquence, elle pourrait aussi être invoquée par les particuliers, par le biais de la liberté d'information, en tant que source généralement disponible.

4. La publicité en matière judiciaire : un droit fondamental (pour qui) ?

87. Sources, fondements et nature : droit constitutionnel du public en général ou droit des parties ? – « Die Justiz ist – wie die Gesetzgebung – grundsätzlich öffentlich »[543]. La publicité des séances des tribunaux, plus spécialement de l'audience et du prononcé du jugement, constitue, pour le Conseil fédéral, un « principe » qui « a pris beaucoup d'importance au cours

536 Voir, par exemple, pour Neuchâtel, l'art. 24 al. 4 de la *loi d'organisation du Grand Conseil*, du 22 mars 1993 (RSN 151.10), qui dispose que la « commission décide de l'information publique qu'elle entend donner aux travaux ».

537 Cf. TSCHANNEN (1995), 423/424. Voir aussi J. P. MÜLLER (1993), 162/163.

538 Cf. TSCHANNEN (1995), 423.

539 Cf. TSCHANNEN (1995), 424 ; J. P. MÜLLER (1993), 163.

540 Cf. TSCHANNEN (1995), 423/424.

541 Voir SCHWEIZER (1995a), 83 : « dieser ungeschriebene Verfassungsrechtsgrundsatz ».

542 Voir les art. 80 de la Constitution genevoise, du 24 mars 1847 (RS 131.234), 53 II de la Constitution fribourgeoise, du 7 mai 1857 (RS131.219), 48 de la Constitution vaudoise, du 1er mars 1885 (RS 131.231), 12 de la Constitution zougoise, du 31 janvier 1894 (RS 131.218), 89 II de la Constitution thurgovienne, du 16 mars 1987 (RS 131.228).

543 KÖLZ/HÄNER (1998), 48, n° 136.

des dernières années sous l'influence de la jurisprudence rendue en application de l'article 6, paragraphe 1, CEDH »[544]. Ainsi, il en résulte, pour certains, un droit fondamental des particuliers, et de la presse, à l'information, au moins dans les procès en matière pénale et civile au sens de la Convention[545]. Il n'en demeure pas moins que, au-delà de ces affirmations, la publicité en matière judiciaire soulève diverses questions à la fois d'ordre pratique et d'ordre dogmatique. Sur le plan pratique, la doctrine considère en général que la publicité des tribunaux est appliquée en Suisse de manière diverse. D'un côté, elle correspondrait à une longue tradition ; d'un autre côté, les tribunaux éprouveraient passablement de difficulté à appliquer et à respecter ce principe[546]. Sur le plan dogmatique, on distingue et sépare généralement, aujourd'hui, deux aspects de la publicité : l'ouverture au public en général (« Publikumsöffentlichkeit »), d'une part, qui vise à garantir à n'importe quel particulier l'accès aux salles d'audience et à assurer ainsi un certain contrôle de l'activité des tribunaux – fonction qui est notamment assumée par la presse, à titre « fiduciaire »[547] pour la collectivité –, et, d'autre part, la publicité pour les parties à la procédure (« Parteiöffentlichkeit »), qui découle, elle, du droit d'être entendu et de participer à la procédure[548]. Ces deux aspects se retrouvent du reste, de manière le plus souvent non différenciée, dans les fondements qui sont généralement imputés, tant dans la jurisprudence qu'en doctrine, à la publicité de la justice. Ainsi, selon la formule habituelle et constante du Tribunal fédéral, le principe de la publicité « bedeutet eine Absage an jede Form geheimer Kabinettsjustiz. Er soll durch die Kontrolle der Öffentlichkeit dem Angeschuldigten und allen übrigen am Prozess Beteiligten eine korrekte und gesetzmässige Behandlung gewährleisten. Der Öffentlichkeit soll darüber hinaus ermöglicht werden, Kenntnis davon zu erhalten, wie das Recht verwaltet und die Rechtspflege ausgeführt wird. Durch die Öffentlichkeit wird es der Allgemeinheit ermöglicht, die Prozesse unmittelbar zu

544 *Message relatif à une nouvelle constitution fédérale*, FF 1997 I 1, 186 (commentaire de l'art. 26 du projet).

545 THÜRER (1996), 420, qui voit dans l'art. 6 CEDH un « Grundrecht des Bürgers und insbesondere der Presse auf Information », avec référence à DENIS BARRELET, Le droit du journaliste à l'information, *RSJ* 1979, 69 ss.

546 Ainsi : BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 315, spéc. note 76, et 317, avec d'autres références.

547 THÜRER (1996), 419 : « als Treuhänder der Öffentlichkeit ». Voir aussi WYSS (1996), 2 et 7/8, avec référence à ATF 113 Ia 309 (313), *VSJ*.

548 Pour cette distinction, ATF 122 V 47 (51), *F.*, avec d'autres références, 113 Ia 412 (416), *X., Y. und Z.* ; KÖLZ/HÄNER (1998), 48 ss, n° 135 ss ; THÜRER (1996), 422 ; BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 315, avec d'autres références.

verfolgen »[549]; depuis quelques années, le Tribunal fédéral ajoute que le public peut « ... dadurch eine Kontrollfunktion wahrnehmen [...]. Es soll damit Transparenz geschaffen und das Vertrauen in die Gerichtsbarkeit gesichert werden »[550]. Le principe a ainsi une double composante, libérale et démocratique, une « rechtsstaatliche und demokratische Bedeutung », pour reprendre l'expression du Tribunal fédéral[551]. La Constitution fédérale en vigueur ne dit rien de la publicité en matière judiciaire[552]. La Constitution mise à jour la place, en revanche, au titre des droits fondamentaux, parmi les garanties de procédure judiciaire[553]. Comme le souligne le commentaire du Conseil fédéral, cette garantie figure aujourd'hui dans les seuls droits cantonaux (constitutions ou lois de procédure cantonales) ou dans les traités internationaux, en particulier les articles 6 par. I CEDH et 14 par. I du Pacte ONU II[554]. Il n'est cependant pas certain que ces deux catégories de normes aient la même nature, ni la même portée. La plupart des constitutions cantonales prévoient certes, explicitement, la publicité des audiences des tribunaux, en précisant parfois que celle-ci ne s'étend pas aux délibéra-

549 ATF 113 Ia 309 (318), *VSJ*. La formule est presque toujours identique : cf. ATF 117 Ia 387 (389), *W.*, 113 Ia 412 (416/417), *X., Y. und Z.*, 111 Ia 239 (245), *X.*, 108 Ia 90 (92), *H.*

550 ATF 119 Ia 99 (104), *H.*, 119 V 375 (380), *K.* En français, la formule est quelque peu différente, cf. ATF 121 I 306 (311), *L.* : « Le principe de la publicité des débats tend à garantir à l'accusé et aux autres participants au procès un traitement correct et conforme à la loi ; les débats sont publics d'une part à l'égard de la population et de la presse qui, sous réserve d'exceptions, peuvent suivre directement le procès et, d'autre part, à l'égard des parties, qui peuvent assister à l'ensemble des débats devant le tribunal ; ainsi est assurée la transparence de la justice qui constitue un principe fondamental d'un Etat de droit ; la publicité des débats n'est pas conçue seulement comme un droit des particuliers, mais aussi comme une condition de la confiance à l'égard de la justice ; dans une démocratie, le peuple dispose d'un certain droit de regard sur le fonctionnement des pouvoirs de l'Etat et la publicité des débats, en particulier par l'action de la presse, permet l'exercice de ce droit pour ce qui est de la manière dont la justice est rendue ». Voir aussi, pour la formule assez semblable de la CourEDH, Wyss (1996), 6, avec références. Voir encore ATF 124 I 322 (324), *A.*, où le Tribunal fédéral paraît reprendre la formule de la Cour européenne.

551 ATF 113 Ia 309 (318), *VSJ*, 113 Ia 412 (417), *X., Y. und Z.*, ainsi que les autres arrêts cités note précédente. Voir aussi Thürer (1996), 425, ainsi que Wyss (1996), 5 (les auteurs cités notes 35 et 36) et 7 ss ; Rhinow/Koller/Kiss (1996), 77.

552 Voir ATF 113 Ia 412 (415), *X., Y. und Z.*, où le Tribunal laisse ouverte la question de savoir si le principe de la publicité des débats devant les tribunaux peut être reconnu comme droit constitutionnel fédéral non écrit (ce qu'il estime néanmoins douteux : « fraglich »), du moment que le principe est garanti par l'article 6 par. 1 CEDH.

553 Voir l'art. 30 III de l'*arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale*, du 18 décembre 1998.

554 *Message relatif à une nouvelle constitution fédérale*, FF 1997 I 1, 184 (commentaire de l'art. 26 du projet).

tions[555]. Toutefois, il faut noter, à l'instar de ce qui a été dit pour la publicité des parlements, que ces dispositions constitutionnelles cantonales, qui figurent dans la partie organique des lois fondamentales – et non dans les catalogues des droits fondamentaux –[556], ne paraissent pas faire de la publicité un droit constitutionnel subjectif[557], du moins pas pour le public en général. C'est en tout cas le résultat de la conception du Tribunal fédéral : il faut là encore passer par l'intermédiaire de la liberté d'information telle qu'elle est conçue par la jurisprudence. Ainsi, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si des journalistes pouvaient invoquer le principe de la publicité des tribunaux de manière indépendante[558], considérant que la garantie de cette publicité faisait des tribunaux une « source généralement disponible », à laquelle les particuliers – et les journalistes – pouvaient s'abreuver en principe librement[559]. Le principe de la publicité des tribunaux n'aurait donc pas de portée indépendante pour le public en général ; il ne peut être invoqué qu'en relation avec la liberté d'information[560]. On retombe ainsi dans le paradoxe et l'ambiguïté relatifs à cette liberté, telle qu'elle est conçue dans la conception dominante. Autrement dit, le principe de la publicité des tribunaux, même dans son aspect « publicité pour le public en général » (« Publikumsöffentlichkeit »), ne constitue pas un droit subjectif indépendant pour le public en général. En revanche, il en constitue un pour les parties à une procédure judiciaire, qui

555 Voir, par exemple, les art. 134 de la Constitution genevoise, du 24 mars 1847 (RS 131.234), art. 60 de la Constitution neuchâteloise, du 31 novembre 1858 (RS 131.233), 78 de la Constitution lucernoise, du 29 janvier 1875 (RS 131.213), 33 de la Constitution schaffhousoise, du 24 mars 1876 (RS 131.223), 78 III de la Constitution saint-galloise, du 16 novembre 1890 (RS 131.225), 59 de la Constitution zougoise, du 31 janvier 1894, dans sa version au 2 décembre 1990 (RS 131.218), 47 de la Constitution de Nidwald, du 10 octobre 1965 (RS 131.216.2), 56 de la Constitution d'Obwald, du 19 mai 1968 (RS 131.216.1), 72 I de la Constitution argovienne, du 25 juin 1980 (RS 131.227), 43 I de la Constitution d'Appenzell Rhodes-Intérieures dans sa version au 27 avril 1986 (RS 131.224.2), 55 I de la Constitution de Bâle-Campagne, du 17 mai 1984 (RS 131.222.2), 79 de la Constitution uranaise, du 28 octobre 1984 (RS 131.214), 88 II de la Constitution soleuroise, du 8 juin 1986 (RS 131.221), 97 II de la Constitution bernoise, du 6 juin 1993 (RS 131.212), 67 III de la Constitution d'Appenzell Rhodes-Extérieures du 30 avril 1995 (RS 131.224.1) et 63 de la nouvelle Constitution tessinoise, du 14 décembre 1997 (FF 1998 4818, 4831 ss).

556 Dans le même sens, Wyss (1996), 3.

557 Voir toutefois aussi Kälin (1995), 139, selon lequel le principe de la publicité des tribunaux de l'art. 97 II de la nouvelle constitution bernoise relève des droits fondamentaux.

558 Cf. Wyss (1996), 5.

559 ATF 113 Ia 309 (319), *VSJ*.

560 ATF 113 Ia 309 (319), *VSJ* : « Der Rüge der Verletzung des Grundsatzes der Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen kommt daher im vorliegenden Fall keine selbständige Bedeutung zu ; sie ist vielmehr im Zusammenhang mit der Rüge der Verletzung der Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit und von Art. 10 EMRK und der daraus abgeleiteten Informationsfreiheit zu behandeln ».

peuvent l'invoquer directement, sur la base des articles 6 par. 1 CEDH et 14 par. I du Pacte ONU II, lesquels se réfèrent non seulement, selon le Tribunal fédéral, à la publicité pour les parties, mais aussi à la publicité en faveur du public en général[561]. Ces dispositions – reprises par l'article 30 III de la Constitution fédérale mise à jour – accordent en effet un droit subjectif à « toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire » Or, pour certains auteurs, par « toute personne », il faut entendre les parties au procès, mais aussi le public en général[562]. Telle n'est cependant pas, comme on vient de le voir, la conception du Tribunal fédéral. Lequel a du reste confirmé sa position, dans un arrêt du 17 novembre 1995, concernant l'audition dans une procédure pénale d'un agent infiltré : se fondant sur le texte de l'article 6 par. 1 CEDH, le Tribunal fédéral affirme que cette « formulation montre clairement qu'il s'agit d'un droit de l'accusé dont il peut se prévaloir, et non pas d'un droit du public ou de la presse ou encore d'une norme d'organisation relevant exclusivement de l'intérêt public »[563]. On peut donc dire, en Suisse, que la composante libérale de la publicité en matière judiciaire l'emporte (encore) largement sur sa composante démocratique. Comme le souligne MARTIN WYSS, le principe de la publicité tend à se développer vers un droit du public en général, et de la presse, sa représentante, d'accéder aux prétoires, mais cela de manière encore juridiquement incertaine[564]. La doctrine elle-même est hésitante sur la reconnaissance d'un droit du public en général et de la presse en particulier à l'accès aux tribunaux[565]. Cette constatation explique probablement les réticences que l'ordre juridique et la pratique manifestent à l'égard des retransmissions radiophoniques et télévisées des audiences judiciaires[566]. La situation est différente, par exemple, aux Etats-Unis, où la dimension démocratique de la liberté d'information est nettement plus marquée[567], alors

561 Voir ATF 113 Ia 412 (416), *X., Y. und Z.*

562 Ainsi : THÜRER (1996), 421 ; dans le même sens RHINOW/KOLLER/KISS (1996), 78.

563 ATF 121 I 306 (310/311), *L.* Cf. WYSS (1996), 9, note 76.

564 WYSS (1996), 8 : « Der Öffentlichkeitsgrundsatz entwickelt sich dadurch zu einem, wenngleich rechtlich noch unfertigen, Anspruch der Öffentlichkeit und der sie vertretenden Presse auf Zugang zum gerichtlichen Geschehen ».

565 Voir, sur la question et pour des références, WYSS (1996), 11 (spéc. les auteurs cités notes 107 et 108). WYSS relève que la question est également discutée sous l'angle de l'art. 19 du Pacte ONU II (ibidem, note 108).

566 Sur le débat relatif à ces retransmissions, en Suisse et, plus généralement, en Europe, cf. WYSS (1996), 1 ss, avec de nombreuses références ; à propos de l'art. 6 par. 1 CEDH, cf. aussi THÜRER (1996), 422, et, plus généralement, 426 ss. Voir en outre, sur la chronique judiciaire et l'accès de la presse aux diverses phases de la procédure en général, BARRELET (1998), 349 ss, n° 1207 ss (spéc. n° 1227, pour le droit cantonal).

567 Pour des références à la jurisprudence et à la doctrine américaines, WYSS (1996), 2, spéc. note 5.

qu'elle est assez semblable en Allemagne[568], pays qui, comme la Suisse, connaît une conception restrictive et purement négative de la liberté d'information.

88. Le droit des parties à la publicité: objet, champ d'application et portée. – Seules les personnes parties à une procédure judiciaire ont donc un droit subjectif indépendant à la publicité des audiences judiciaires. S'agissant de son objet, ce droit constitutionnel des parties à la publicité vise les débats et le prononcé du jugement, mais non la délibération et le vote[569]. Il se limite aux procédures judiciaires en matière pénale et civile au sens de la Convention[570]. Pour ce qui est de la publicité des débats, selon la pratique des organes de la Convention européenne des droits de l'homme, une audience publique devant l'une au moins des diverses instances judiciaires successives suffit en principe, pour autant que cette instance soit habilitée à revoir librement la cause, aussi bien en fait qu'en droit[571]. Le droit à la publicité peut en outre être restreint, pour protéger des intérêts privés ou publics[572], ainsi que lorsque le moyen de droit « est manifestement infondé ou irrecevable ou encore si le différend porte sur une matière hautement technique »[573]. S'agissant de la publicité du prononcé du jugement, et malgré le texte de l'article 6 par. 1 CEDH, il suffit, lorsque le jugement n'est pas lu publiquement, qu'il soit consultable auprès d'un greffe accessible au

568 Voir toutefois l'arrêt du Bundesverfassungsgericht du 14 juillet 1994, in EuGRZ 1994, 499 ss, relatif au procès dirigé contre Erich Honecker, où le Tribunal constitutionnel a considéré comme contraire à la Loi fondamentale l'interdiction générale de toute prise de vues en l'espèce; WYSS (1996), 2/3. Voir aussi, notamment pour une comparaison entre la situation en Allemagne et aux Etats-Unis, LORZ (1996), 59 ss.

569 *Message relatif à une nouvelle constitution fédérale*, FF 1997 I 1, 186 (commentaire de l'art. 26 du projet). Cf. aussi WYSS (1996), 5/6.

570 Sur la notion, cf. WYSS (1996), 5, et les auteurs cités note 39, ANDREAS KEISER, Öffentlichkeit im Verfahren vor dem Zürcher Verwaltungsgericht, *ZBl* 1994, 1 ss (19 ss), MARK E. VILLIGER, Probleme der Anwendung von Art. 6 Abs. 1 EMRK auf verwaltungs- und sozialgerichtliche Verfahren, *PJA* 1995, 163 ss, ainsi que ULRICH ZIMMERLI, EMRK und schweizerische Verwaltungsrechtspflege, in: D. Thürer (éd.), *Aktuelle Fragen zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Zurich, 1994, 41 ss.

571 Voir, pour la portée de ce droit et sa pratique en Suisse, notamment sur la question de la renonciation et celle de l'absence de droit des parties à la non-publicité, ATF 121 I 30 (35 ss), *Schweiz. Nationalbank*, 121 I 306 (311 ss), *L.*, et, surtout, 122 V 47 (52 ss), *F.*, où le Tribunal fédéral des assurances discute les nombreuses critiques de la doctrine. Cf. aussi WYSS (1996), 6/7; KÖLZ/HÄNER (1998), 49 ss, n° 138 ss.

572 Sur les restrictions admises par la CEDH, ATF 121 I 30 (35 ss), *Schweiz. Nationalbank*, 121 I 306 (311 ss), *L.*, 122 V 47 (51/52), *F.* Cf. aussi BARRELET (1998), 116, n° 399; WYSS (1996), 6. Voir par exemple l'art. 5 de la *loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions* (RS 312.5); sur ce point, WYSS (1996), 6/7.

573 ATF 124 V 90 (94), *R. R. contre Caisse cantonale genevoise de compensation*. Voir aussi ATF 124 I 322 (324), *A.* Voir KÖLZ/HÄNER (1998), 50, n° 141; WYSS (1996), 6/7.

public, qu'il soit publié dans une revue généralement accessible ou que les personnes intéressées puissent en obtenir copie, sur demande[574].

89. La concrétisation de la publicité en droit fédéral : publicité des séances et publication des jugements. – Au niveau fédéral[575], le principe de la publicité en matière judiciaire est concrétisé par diverses dispositions légales et réglementaires, sans que l'on puisse clairement distinguer ce qui relève de l'ouverture au public en général de ce qui se rattache à la publicité pour les parties. Pour ce qui est du Tribunal fédéral, la question de la publicité des audiences est régie par l'article 17 OJ, de conception très libérale[576], qui prévoit que non seulement les débats, mais aussi « les délibérations et les votations ont lieu en séance publique, exception faite des délibérations et votations des sections pénales, de la Chambre des poursuites et des faillites et, lorsqu'il s'agit d'affaires disciplinaires, des cours de droit public »[577]. Cette disposition permet en outre au tribunal d'ordonner « le huis clos total ou partiel dans l'intérêt de la sûreté de l'Etat, de l'ordre public ou des bonnes mœurs, ou lorsque l'intérêt d'une partie ou d'une personne en cause l'exige »[578]. Des dispositions spéciales règlent la question de la publicité des audiences des autres autorités juridictionnelles fédérales, notamment des commissions fédérales de recours[579], mais aussi de la justice militaire[580]. Pour le reste, l'article 31 du *règlement du Tribunal fédéral*[581], complété par des *directives concernant la chronique de l'activité judiciaire du Tribunal fédéral*[582], régit les relations avec la presse, ainsi que

574 Cf. ATF 122 V 47 (52), *F.*; KÖLZ/HÄNER (1998), 50, n° 143; BARRELET (1998), 116, n° 400; WYSS (1996), 7.

575 Pour un aperçu général de la situation en droit cantonal, cf. BARRELET (1998), 275/276, n° 975 ss. Pour d'autres références, cf. WYSS (1996), 3, note 17.

576 Voir WYSS (1996), 4, qui parle de « vergleichsweise ungewöhnlich liberale Regelung ».

577 Voir aussi l'al. II de cette disposition, qui prévoit une autre exception, pour le domaine fiscal. Voir également les art. 125 OJ et 14 du *règlement du Tribunal fédéral des assurances*, du 1er octobre 1969 (RS 173.111.2; art. révisé le 13 décembre 1991, RO 1992 448), qui excluent la présence du public en général pour les délibérations et votations dans certains litiges d'assurance sociale.

578 Al. III. Sur l'art. 17 OJ, cf. not. WYSS (1996), 4, avec d'autres références.

579 Voir aussi l'art. 23 de l'*ordonnance concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage*, du 3 février 1993 (RS 173.31), qui, afin d'assurer la conformité de la procédure au regard de l'art. 6 CEDH (la procédure devant ces commissions est régie, conformément à l'art. 71*a* II PA, selon la PA, laquelle ne prévoit pas la publicité), dispose que des débats publics sont ordonnés « s'il s'agit de prétentions de caractère civil ou d'accusations en matière pénale au sens de » l'art. 6 par. 1 CEDH (al. II), les parties pouvant renoncer à la publicité (al. III). Cf. WYSS (1996), 4; KÖLZ/HÄNER (1998), 49, n° 137.

580 Art. 48 de la *Procédure pénale militaire*, du 23 mars 1979 (RS 322.1). Cf. WYSS (1996), 4.

581 Du 14 décembre 1978 (RS 173.111.1), l'art. 31 ayant été modifié en date du 14 janvier 1994 (RO 1994 294).

582 Du 24 août 1994 (RS 173.111.18, RO 1994 2152). Voir aussi l'art. 23 du *règlement du Tribunal fédéral des assurances*.

les facilités accordées à cette dernière, sur la base d'un système d'accréditation[583]. En pratique, étant donné leur surcharge, les tribunaux – et notamment le Tribunal fédéral – tendent de plus en plus à rendre leurs jugements en procédure simplifiée et par voie de circulation, sous une forme qui n'est donc plus publique[584]. Cela rend d'autant plus importante la question de la publication des jugements. A ce propos, l'article 18 du règlement du Tribunal fédéral dispose que chaque section « détermine lesquelles de ses décisions seront publiées dans le Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral ; elle peut confier ce choix à une commission, à son président ou à l'un de ses membres »[585]. La décision est donc prise de cas en cas[586]. Il en va de même pour ce qui est des commissions fédérales de recours, qui publient certaines décisions dans la JAAC[587]. Moins de dix pour cent des jugements du Tribunal fédéral sont ainsi publiés au Recueil officiel[588]. Les autres peuvent être obtenus en copie, sur requête écrite, laquelle doit indiquer précisément l'arrêt recherché, contre émolument et à la condition de faire valoir un intérêt légitime[589]. Autrement dit, si on applique la conception du Tribunal fédéral relative à la liberté d'information, et notamment à la consultation des registres publics, les arrêts du Tribunal fédéral doivent être considérés comme des informations « non généralement accessibles », c'est-à-dire non protégées par ladite liberté[590].

583 Sur le système d'accréditation auprès du Tribunal fédéral, le contenu de ces directives, ainsi que la publicité et l'information en matière judiciaire et de police judiciaire en général, cf. BARRELET (1998), 274 ss, n° 971 (ainsi que, pour la chronique judiciaire, 349 ss, n° 1207 ss) ; voir aussi WYSS (1996), 4/5. Plus généralement, mais antérieur à la révision de l'art. 31 du règlement du Tribunal fédéral, ANDREAS MEILI, *Die Akkreditierung von Journalisten im öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone*, Berne, 1990.

584 Voir, pour le Tribunal fédéral, les art. 36*a* et 36*b* OJ, introduits en 1991. Cf. KÖLZ/HÄNER (1998), 48/49, n° 136 ; BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 316, avec d'autres références.

585 Voir aussi l'art. 22 du *règlement du Tribunal fédéral des assurances*.

586 KÖLZ/HÄNER (1998), 49, n° 136.

587 Cf. BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 316.

588 Cf. THOMAS PROBST, *Die Änderung der Rechtsprechung – Eine Rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderung in der Schweiz (civil law) und den Vereinigten Staaten (common law)*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1993, 599/600 ; BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 316. Les arrêts publiés au Recueil officiel depuis 1975 sont accessibles sur Internet.

589 Voir à ce sujet et pour plus de détail, BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 316 (not. note 84).

590 Pour une critique de la pratique du Tribunal fédéral en matière de publication de ses décisions, cf. PROBST (cité note 588), 598 ss (599-601).

5. Autres garanties de publicité et droits d'accès dans le domaine de l'exécutif et de l'administration

a. *L'absence de garantie d'accès générale*

90. L'obligation générale d'informer de la LOGA : un flux à sens unique. – Comme on l'a vu (n° 42), les articles 10 et 11 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration instituent pour le secteur de l'exécutif une obligation générale d'informer le public et même, pour le Conseil fédéral, de cultiver ses relations avec ce dernier. Si ces dispositions conçoivent l'information de manière large et systématique, et exigent, selon le message du Conseil fédéral, une communication et un dialogue permanents, « un courant d'échanges réciproques entre les autorités et la population »[591], l'information et la communication n'en demeurent pas moins purement actives. Elles font de l'information un « instrument de la politique des pouvoirs publics, et non pas une garantie d'accès »[592]. Il n'y a donc pas véritablement échange, le courant est à sens unique. Les autorités déterminent elles-mêmes l'information qu'elles entendent donner, son contenu et ses modalités, ainsi que le moment de l'information[593]. Sous réserve des droits d'accès spécifiques qui découlent des droits fondamentaux, l'autorité est maître de la publicité de ses actes, et sa décision n'est pas susceptible d'être contrôlée par une instance tierce, notamment judiciaire[594]. L'information est « le fait du prince »[595]. On admet généralement, en effet, que les dispositions instituant cette obligation générale d'informer des autorités fédérales ne confèrent pas aux particuliers un droit subjectif[596]. La loi précise du reste que les délibérations du Conseil fédéral ainsi que la procédure de co-rapport ne sont pas publiques[597].

---

591 Message du 20 octobre 1993, FF 1993 III 949 (1019).

592 Moor (1991), 167, n° 2257.

593 Ehrenzeller (1993), 40, à propos de l'ancien art. 8 LOA; cf. aussi Seiler (1992), 431/432.

594 Ehrenzeller (1993), 32/33.

595 Cottier (1982), 185 ss.

596 Voir Barthe (1993), 88, Seiler (1992), 432, Moor (1991), 167, n° 2257, et ATF 118 Ib 473 (478), *Laiteries Réunies*, à propos de l'art. 8 LOA. Concernant l'art. 180 II de la Constitution mise à jour, cela résulte de l'abandon de la variante de l'avant-projet 1995 : cf. FF 1997 I 1, 419 ; sur cette variante, n° 110 ci-dessous. Il faut réserver, comme indiqué, l'égalité de traitement et l'interdiction de l'arbitraire (dans ce sens, Sutter-Somm [1991], 130, et ci-dessus, n° 61), ainsi que les autres droits d'accès spécifiques résultant des droits fondamentaux.

597 Art. 21 LOGA. La confidentialité est généralement justifiée par le principe de la collégialité : cf. not. Tschannen (1995), 506/506, avec d'autres références.

b. *Quelques ouvertures ponctuelles et spécifiques*

91. Obligations d'informer et droits d'accès dans la législation spéciale. – S'il n'existe aucun droit d'accès général, diverses garanties d'accès résultent, ponctuellement, de la législation spéciale. Comme on l'a vu, on peut constater un développement des dispositions qui instituent, pour les autorités, des droits mais aussi des devoirs spécifiques d'informer. Pour la plupart, ces dispositions ne prévoient qu'une information active, à laquelle ne correspond aucun droit d'accès des particuliers et du public en général. D'autres, en revanche, consacrent des garanties de publicité ou des droits à l'information. Ces normes ont le plus souvent une fonction spécifique, en rapport avec le domaine juridique considéré. Aussi importants soient-ils, les droits d'accès aux documents ou à l'information détenus par l'administration demeurent ponctuels et, le plus souvent, conditionnels. Ils sont liés à un contexte déterminé, c'est-à-dire à une procédure ou à un domaine spécifique, et ne sont ouverts qu'à des personnes et à des conditions déterminées. On examinera ici quelques-unes des règles qui, dans le domaine de l'exécutif, garantissent l'accès du public aux informations des autorités. L'examen ne saurait toutefois être exhaustif, les règles en question étant probablement fort nombreuses, plus sans doute que ce qu'on pourrait croire[598]. Une première garantie de publicité est celle qui résulte de la publication obligatoire des textes normatifs, dont on a déjà traité, et qui vaut aussi pour les prescriptions juridiques qui émanent de l'exécutif, à savoir les ordonnances du gouvernement, des départements, voire des offices[599]. On n'y reviendra donc pas, si ce n'est pour préciser que cette obligation de publication ne s'étend pas à la catégorie des ordonnances administratives, ce qui est critiquable[600]. Pour ce qui est des décisions des autorités administratives, on l'a vu aussi, certaines font l'objet d'une publication, mais cela n'a rien de systématique. Quelques lois spéciales prévoient parfois une telle publication. Ainsi, la loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence dispose que les « autorités en matière de concurrence peuvent publier leurs décisions »[601].

---

598 Ainsi, par ex., le Tribunal fédéral a tiré de l'art. 51 LPP (RS 831.40), qui règle la gestion paritaire des institutions de prévoyance, un droit de celles qui sont affiliées à une fondation collective d'être informées au sujet des faits et des comptes de ladite fondation : ATF 124 II 114 (116 ss), *Sammelstiftung X.*

599 Art. 1 let. d LPubl. Voir ci-dessus, n° 82.

600 Voir à ce sujet, et pour une critique, GIOVANNI BIAGGINI, Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung : Rechtsnorm oder Faktum, *ZBl* 1997, 1 ss, 21, qui considère l'absence de publication comme une grave lacune. Cf. aussi BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 313.

601 Art. 48 I LCart, du 6 octobre 1995, RS 251.

92. *Les registres publics.* – La publicité joue, traditionnellement, un rôle important dans le domaine des registres dits publics, dont elle est même, précisément, une des raisons d'être[602]. Tel est le cas, par exemple du registre foncier[603], du registre du commerce[604] ou encore des registres d'état civil[605], ainsi que d'autres encore, connus notamment du droit cantonal, comme les registres fiscaux[606]. La publicité de ces documents poursuit différents objectifs. Dans certains cas, elle est nécessaire car la législation lui attache des effets juridiques, notamment une force acquisitoire ou probante[607]. Dans d'autres cas, elle vise à protéger les particuliers. Ainsi, par exemple, le préposé fédéral à la protection des données tient un registre des fichiers de données personnelles, registre qui est accessible au public[608]. Dans le même ordre d'idée, la publicité des registres fiscaux, prévue par la législation de certains cantons, a pour but de protéger les intérêts des créanciers, actuels ou potentiels[609]. Mais elle poursuit aussi, tout simplement, un objectif de transparence. Elle accorde au public un droit de savoir, en quelque sorte, et lui permet d'exercer un certain contrôle[610]. Selon la conception du Tribunal fédéral, cette publicité ne confère pas en elle-même un droit d'accès indépendant : il faut passer par la garantie de la liberté d'information, en ce sens que les registres publics sont considérés comme des sources généralement disponibles, pour autant que l'ordre juridique accorde un droit inconditionnel à leur consultation. Or, tel n'est pas toujours le cas. Ainsi, le registre foncier n'est, du moins selon le Tribunal fédéral, pas une

602 Cf. SCHWEIZER (1995a), 80.

603 Voir l'art. 970 CC, qui, dans sa teneur au 4 octobre 1991, établit une publicité différenciée : chacun a le droit d'apprendre qui est inscrit comme propriétaire d'un immeuble (al. I), mais il faut justifier d'un intérêt pour consulter le registre ou s'en faire délivrer des extraits (al. II). Voir aussi l'art. 970*a*, introduit par la révision du 4 octobre 1991, qui prévoit la publication des acquisitions de propriété immobilière.

604 Voir l'art. 930 CO, qui précise que la publicité s'applique aux demandes d'inscription et aux pièces justificatives, ainsi que l'art. 9 de l'*ordonnance sur le registre du commerce*, du 7 juin 1937 (ORC, RS 221.411) ; la consultation a lieu contre émolument.

605 Voir l'*ordonnance sur l'état civil*, du 1er juin 1953 (OEC, RS 211.112.1), en particulier ses nouveaux art. 29 à 30*b*, dans leur teneur au 13 août 1997.

606 Voir ATF 107 Ia 233 (235 ss), *Wyss*, pour le registre fiscal du canton d'Uri ; ATF 124 I 176 (177 ss), *Ludwig A. Minelli*, pour celui du canton de Zurich.

607 Voir les art. 971 ss CC, pour le registre foncier. Ainsi, l'art. 970 III CC dispose que « [n]ul ne peut se prévaloir de ce qu'il n'a pas connu une inscription portée au registre foncier ». Voir aussi l'art. 28 OEC, pour les registres de l'état civil.

608 Art. 11 de la *loi fédérale sur la protection des données*, du 19 juin 1992 (LPD, RS 235.1).

609 Voir ATF 124 I 176 (181), *Ludwig A. Minelli*, où le Tribunal maintient ce point de vue en dépit de la critique de R. J. SCHWEIZER (réf. dans l'arrêt).

610 Voir ATF 124 I 176 (181/182), *Ludwig A. Minelli*.

source généralement accessible[611]. Il devrait en aller de même, toujours selon cette conception, du registre de l'état civil, en tous les cas depuis la révision récente de l'ordonnance qui le régit, laquelle limite les possibilités de consultation du public en général[612]. En revanche, lorsque la loi prévoit la publicité sans condition, il existe un droit à la consultation[613].

93. L'ouverture au public de certaines procédures administratives : mises à l'enquête, concours et appels d'offres. – Dans un tout autre registre, si l'on peut dire, le droit positif prévoit la publicité de certaines procédures de décision particulières, de manière à permettre à quiconque de prendre connaissance de l'objet de la (future) décision, de présenter des observations ou des oppositions, ou encore de se porter candidat. Tel est le cas des mises à l'enquête publique dans le domaine des autorisations de construire et des procédures de planification : construction des installations atomiques[614], études d'impact et autres expertises d'évaluation dans le domaine de l'environnement[615], plans d'affectation en matière d'aménagement du territoire[616], plans d'expropriation[617]. Souvent, une telle publicité est nécessaire, politiquement, en raison de l'impact desdites mesures sur l'environnement ou de leur caractère parfois controversé dans la population, notamment au sujet des risques écologiques qu'elles impliquent[618]. On trouve en outre des procédures publiques, de mise au concours ou d'appel d'offres, pour l'octroi de concessions, en matière hydraulique[619], mais aussi

611 ATF 111 II 48 (50/51), *Clavel*. Voir ci-dessus, n° 58. Pour une critique de cet arrêt, J. P. MÜLLER (1986), n° 22.

612 En vue d'améliorer la protection des données, les nouveaux art. 29 à 30*b* OEC, dans leur teneur au 13 août 1997, règlent de manière détaillée et nuancée, mais restrictive, la consultation des registres : alors que toute personne a le droit de connaître les données relatives à son propre état civil, la divulgation de données personnelles à des tiers est subordonnée à l'existence d'un intérêt direct et digne de protection. Cf. aussi, à ce sujet, le nouvel art. 40 III du Code civil (modif. du 26 juin 1998, RO 1999 1118), ainsi que le message du Conseil fédéral, FF 1996 I 1, 3 ss et 52.

613 Voir ATF 124 I 176 (183 ss), *Ludwig A. Minelli*.

614 Art. 5 et 7 de l'*arrêté fédéral concernant la loi sur l'énergie atomique*, du 6 octobre 1978 (RS 732.01).

615 Art. 9 VIII et 47 LPE, ainsi que 15 de l'*ordonnance relative à l'étude de l'impact sur l'environnement*, du 19 octobre 1988 (OEIE, RS 814.011).

616 Art. 33 de la *loi fédérale sur l'aménagement du territoire*, du 22 juin 1979 (RS 700).

617 Art. 30 de la *loi fédérale sur l'expropriation*, du 20 juin 1930 (RS 711).

618 Cf. SCHWEIZER (1995a), 80.

619 Art. 60 II de la *loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques*, du 22 décembre 1916 (RS 721.80).

de télécommunication[620] et de radio et télévision[621], par exemple[622]. Enfin, la procédure d'attribution de marchés publics est également basée sur la formule de l'appel d'offres public[623]. Dans ces hypothèses, il existe un droit d'accès des particuliers à l'information, droit déductible en justice, au moins sous l'angle de l'égalité de traitement[624].

94. Une ouverture générale, mais retardée: la réglementation sur les archives. – Une autre ouverture, générale celle-là, est constituée par les règles sur l'archivage des documents officiels, archivage qui a pour buts, comme l'indique l'article 2 II de la nouvelle *loi fédérale sur l'archivage*[625], d'assurer la sécurité du droit, ainsi que la continuité et la rationalité de la gestion de l'administration, mais aussi de créer « les conditions nécessaires aux recherches historiques et sociales ». A cet effet, sont archivés tous les documents de la Confédération qui ont une valeur juridique, politique, économique, historique, sociale ou culturelle. En principe, les documents archivés peuvent être consultés librement et gratuitement par le public, mais après l'expiration d'un délai de protection de 30 ans, à l'exception des documents qui étaient déjà accessibles au public avant leur archivage[626]. Le délai de protection est toutefois porté à 50 ans pour les archives classées selon des noms de personnes et contenant des données personnelles ou des profils de la personnalité, à moins que la personne concernée n'en ait autorisé la consultation; ce délai prolongé expire cependant, en principe, trois ans après le décès de cette personne[627]. Enfin, même après l'expiration du délai de protection, la consultation par le public peut être restreinte ou interdite, de manière générale et temporaire, ou dans des cas concrets, lorsqu'un intérêt public ou privé prépondérant, digne de protection,

---

620 Voir not. les art. 14 et 24 de la *loi fédérale sur les télécommunications*, du 30 avril 1997 (LTC, RS 784.10). Voir aussi l'art. 13 de la même loi, qui permet à quiconque d'obtenir sur demande les noms et adresses des concessionnaires, l'objet de la concession, ainsi que les droits et obligations qui en découlent, pour autant qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.

621 Art. 12 de la *loi fédérale sur la radio et la télévision*, du 21 juin 1991 (LRTV, RS 784.40), ainsi que 5 ss de l'*ordonnance sur la radio et la télévision*, du 6 octobre 1997 (ORTV, RS 784.401).

622 Pour d'autres exemples, cf. MOOR (1991), 168, n° 2257; SEILER (1992), 429/430.

623 Cf., par ex., les art. 13 ss de la *loi fédérale sur les marchés publics*, du 16 décembre 1994 (RS 172.056.1), ainsi que 12 ss de l'ordonnance du même nom, du 11 décembre 1995 (RS 172.056.11).

624 Ainsi, BARTHE (1993), 94/95 et 99/100, à propos des art. 9 VIII et 47 LPE.

625 Loi du 26 juin 1998 (FF 1998 3070). Sur les points discutés de cette loi durant les débats parlementaires, cf. BARRELET (1998), 267 ss, n° 947 ss.

626 Art. 9 LAr. Selon l'art. 10, le délai de protection court en règle générale à partir de la date du dernier document d'une affaire ou d'un dossier. Cf. à ce sujet BARRELET (1998), 267, n° 947.

627 Art. 11 LAr.

l'exige[628]. La consultation des archives avant l'échéance du délai de protection n'est pas exclue, mais subordonnée à la double condition qu'aucune disposition légale n'en dispose autrement et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant, digne de protection, ne s'y oppose. Une autorisation du service versant est nécessaire; elle peut préciser les modalités de la consultation et être assortie de charges ou conditions[629]. La consultation des archives par les personnes directement concernées par celles-ci est régie par les règles de la loi sur la protection des données[630].

95. La communication entre autorités. – Si l'ordre juridique ouvre ainsi, de manière très partielle et essentiellement sectorielle, quelques droits d'accès ou garanties de publicité en faveur des particuliers, la communication d'informations entre autorités n'a pas, elle non plus, « un statut clairement défini »[631]. Les dispositions qui traitent de la question sont nombreuses. Elles sont surtout très éparses. Il faut probablement distinguer, à vrai dire, différents cas de figure. Tout d'abord, la législation et, parfois, la pratique constitutionnelle ont établi diverses obligations d'informer qui relèvent de la structure fédérative, que ce soit sous l'angle de la fidélité et de la courtoisie confédérales[632] ou sous l'angle de la surveillance de la Confédération sur les cantons, par exemple. Dans le même ordre d'idée, mais à l'intérieur de chaque collectivité publique, les compétences et les relations de surveillance supposent généralement des devoirs d'informer et, à l'inverse, des droits à l'information. Sans s'y arrêter, on rappellera simplement, à cet égard, les droits à l'information du parlement, en tant qu'instance de contrôle de l'administration. Ils sont régis eux aussi par des dispositions spécifiques, qui figurent en règle générale dans les lois d'organisation du parlement[633], mais parfois aussi dans la législation spéciale[634]. Enfin, la communication d'informations entre autorités intervient aussi, et surtout, dans le contexte de l'entraide administrative, où elle

628 Art. 12 LAr. L'interdiction ou la limitation générale et temporaire est du ressort du Conseil fédéral, le refus d'accès dans des cas concrets de celui des Archives fédérales ou du service versant.

629 Voir l'art. 13 LAr, ainsi que l'art. 14, pour la consultation par les services versants eux-mêmes.

630 Art. 15 LAr, avec la particularité que les personnes en question ne peuvent exiger la destruction ou la rectification de données, mais seulement en faire mentionner le caractère litigieux ou inexact (15 III).

631 MOOR (1991), 169, n° 2258, à propos de l'entraide administrative.

632 Voir par ex. l'art. 10 LOGA, cité au n° 42 ci-dessus, ainsi que les art. 45 II, 48 III et 55 II de l'*arrêté fédéral* du 18 décembre 1998 *relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale*.

633 Sur la question, en général, cf. KIENER (1994), spéc. 101 ss.

634 Ainsi, par ex., l'art. 32 de la *loi fédérale sur le matériel de guerre*, précitée, prévoit que le « Conseil fédéral renseigne les commissions de gestion des Chambres fédérales sur le détail des exportations de matériel de guerre ». Voir aussi l'art. 10 LOGA, cité au n° 42 ci-dessus.

soulève des difficultés[635]. De manière générale, on admet la communication d'informations abstraites, telles des statistiques, par exemple[636]. En revanche, la question est plus délicate s'agissant de données personnelles ou individualisables[637]. Diverses dispositions légales règlent la question, là encore de manière sectorielle et de façon plus ou moins précise. Tel est le cas en matière fiscale[638] et en matière de poursuite[639], pour ne citer que deux exemples[640]. Pour le reste, sont applicables les règles et les principes généraux de la législation sur la protection des données, en particulier les principes de la légalité, de la proportionnalité et de la spécialité[641]. Les rapports entre ces diverses dispositions sur l'entraide administrative, d'un côté, et celles qui garantissent le secret ainsi que la protection des données, de l'autre, demeurent toutefois assez obscurs et controversés[642].

---

635 Cf. Moor (1991), 169/170, n° 2258, selon lequel il «semble bien qu'ici aussi le principe théorique soit l'intransmissibilité: le savoir de l'autorité est secret, sauf si une disposition légale prévoit le contraire. La règle est souvent déduite du secret de fonction auquel les fonctionnaires sont tenus (...); à vrai dire, la doctrine n'est pas parfaitement unanime sur le fondement». Voir aussi Druey (1995), 421 ss, ainsi que Simon (1991), 75 ss, pour un état de la discussion.

636 Cf. Moor (1991), 170, n° 2258, et Simon (1991), 112.

637 Cf. Moor (1991), 169/170, n° 2258, avec référence à Simon (1991), 75 ss, pour d'autres références.

638 Voir par ex. l'art. 112 de la *loi fédérale sur l'impôt fédéral direct*, du 14 décembre 1990 (RS 642.11). Sur cette disposition, ATF 124 II 58 (61 ss), *Eidg. Steuerverwaltung*.

639 Voir not. le nouvel art. 91 V de la *loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, introduit par la révision du 16 décembre 1994, qui institue à charge des autorités fédérales, cantonales et communales, une obligation générale et étendue d'informer les offices de poursuite, obligation qui s'applique à toutes les autorités, notamment aussi aux organes d'application de l'assurance sociale: sur cette obligation, et ses rapports avec les règles de la protection des données, cf. ATF 124 III 170 (171 ss), *Betreibungsamt Zürich*. Pour un commentaire critique de cet arrêt, cf. Marco Frey, *PJA* 1998, 1245 ss.

640 Voir aussi, entre autres exemples, les art. 41 et 42 de la *loi fédérale sur le matériel de guerre*, du 13 décembre 1996 (LFMG, RS 514.51; RO 1998 794), qui traitent, de manière assez vague, de l'entraide administrative en Suisse, pour l'un, et entre les autorités suisses et les autorités étrangères, pour l'autre: «Les autorités compétentes de la Confédération ainsi que les organes de police des cantons et des communes peuvent se communiquer entre eux et faire connaître aux autorités de surveillance compétentes les données nécessaires à l'exécution de la présente loi» (41). Comparer l'art. 38 de la *loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières*, du 24 mars 1995 (LBVM, RS 954.1), beaucoup plus précis; sur cette disposition, cf. ATF 125 II 65 (69 ss), *Y. Stiftung*, 125 II 79 (80 ss), *Deutsche Bank (Suisse) SA*, et 125 II 83 (84 s), *X.*, avec des références à la doctrine récente en la matière.

641 Voir not. l'art. 19 LPD. Cf. Simon (1991), 111 ss; Moor (1991), 172, n° 2258.

642 Voir l'ATF 124 III 170 (171 ss), *Betreibungsamt Zürich*, ainsi que la critique de Marco Frey, cité note 639.

IV. Vers une réglementation de l'information et de la publicité: les tendances récentes

A. Remarques préliminaires: secret ou publicité en droit positif?

96. Une image incertaine. – L'examen de la conception dominante relative à la liberté d'information et des différents droits d'accès partiels qu'accorde le droit positif donne une image incertaine et peu claire de l'information des autorités, sous l'angle du droit du public et des particuliers à l'information. Il est difficile de délimiter la portée des différents droits d'accès qui découlent de certains droits fondamentaux, des exigences démocratiques ou, plus simplement, de la législation. Il est même difficile d'évaluer l'état du droit positif, de savoir ce qui prédomine: le secret ou la publicité. Comme indiqué, l'idée selon laquelle le droit positif serait fondé sur le principe du secret est contestée. HANSJÖRG SEILER, notamment, réfute la thèse dominante, selon laquelle la Suisse vivrait sous le régime du «secret sous réserve de publicité». D'abord, aucune disposition constitutionnelle ne prévoit un tel secret, et les quelques dispositions légales qui l'imposent – confidentialité des séances du Conseil fédéral et secret de fonction – ne sauraient être interprétées comme couvrant toute l'administration et ses activités[643]. L'administration n'est donc pas secrète par nature. Aussi, contrairement à une opinion répandue, le passage au régime de la publicité ne nécessite(rait) aucun changement législatif: une lecture correcte du droit positif suffi(rai)t[644]. Cette conception contient une (bonne) part de vérité: la théorie du secret a sans doute été «forcée» en ce sens qu'elle a pris une dimension nettement supérieure à la place que lui fait le droit positif. Tout en reconnaissant les mérites de la thèse, la doctrine dominante considère toutefois qu'un (autre type de) changement est nécessaire, ne serait-ce que parce qu'il s'agit aussi de modifier les mentalités. Elle peut être illustrée par la formule d'ALFRED KÖLZ et ISABEL HÄNER: «In bezug auf die Verwaltung geht die Praxis immer noch vom Grundsatz der Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt aus (BGE 113 Ia 9 mit Hinweisen, 108 Ia 7). Die Lehre kritisiert dieses Prinzip nicht nur, sie bezweifelt auch seine Gültigkeit. Umgekehrt erlaubt es die heutige Rechtslage jedoch nicht, von der Geltung des Öffentlichkeitsprinzips auszugehen; [...]. Der Verfassungs- bzw. der Gesetzgeber sind aufgerufen, den Wechsel zum Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalten vorzunehmen, [...]. Hingegen wäre die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips durch die Rechtsprechung

643 Cf. SEILER (1992), 416 ss. Voir aussi KETTIGER (1996), 48.

644 Cf. SEILER (1992), 427.

wegen der politischen Bedeutung des Entscheids und die Gefahr mangelnder Akzeptanz in der Verwaltung fragwürdig. [...] »[645].

97. Un secret contesté. – Qu'il existe ou non, le principe du secret de l'activité des autorités est aujourd'hui de plus en plus contesté. Fortifiées par l'évolution internationale, les pressions en faveur d'une ouverture vers une transparence accrue de l'administration se sont accentuées, tant au niveau politique que dans la doctrine juridique, depuis maintenant une bonne vingtaine d'années. Elles ont rencontré, récemment, un écho favorable au niveau des cantons, alors que leur réception s'est heurtée à des résistances plus importantes au niveau fédéral. La situation paraît toutefois en train de changer. On s'attachera à présenter brièvement, dans cette subdivision, l'évolution internationale (lettre B), puis l'évolution au plan cantonal (C), avant de rappeler les efforts déjà entrepris et en cours au niveau fédéral (D). Enfin, on reviendra sur les différents arguments avancés en faveur mais aussi à l'encontre du principe de publicité (E), ainsi que sur la question de la forme d'un éventuel changement (F).

B. L'évolution au niveau international et européen

1. Bref aperçu de la situation en droit comparé

98. Généralités. – Depuis une trentaine d'années, on assiste sur le plan international à une extension des droits d'accès du public aux informations et aux documents des autorités, en particulier de l'administration, à une extension de ce qu'on appelle la transparence administrative. Demeure certes, pour reprendre l'expression d'un chercheur français, un «clivage» entre «pays de secret et pays de transparence»[646], mais l'évolution vers l'ouverture est néanmoins assez nette. Plusieurs de ces législations ont fait l'objet d'analyses détaillées dans la doctrine, notamment helvétique. Aussi, on se limitera ici à un très bref survol et on tentera de mettre en évidence les enseignements généraux[647]. Pendant longtemps, la transparence est restée l'apanage de la Suède: le principe de la publicité des documents

645 KÖLZ/HÄNER (1998), 51. Dans ce sens, cf. aussi MOOR, cité ci-dessus, n° 69, ainsi que J. P. MÜLLER, ci-dessous n° 118.

646 Cf. SCOFFONI (1992), 2. L'auteur classe notamment dans les pays de secret, c'est-à-dire les pays dans lesquels «le secret est la règle et la communication l'exception», l'Allemagne, la Belgique, la Grande-Bretagne et l'Italie (2, note 7). Voir aussi, toutefois, DRUEY (1995), 325, note 27, qui relative cette opposition, jugeant que la différence n'est pas si fondamentale: les deux systèmes apparaissent comme les deux modalités d'une même liberté; dans ce sens également, EHRENZELLER (1993), 42.

647 Pour un aperçu sous forme de tableau, VORBRODT STELZER (1995), 23 ss.

administratifs y est connu et pratiqué depuis l'adoption de la loi constitutionnelle sur la presse du 2 décembre 1766. Cette loi, qui instituait la première garantie écrite de la liberté de la presse, introduisait en parallèle le droit pour toute personne de consulter les documents détenus par les autorités[648]. Les autres Etats scandinaves ont repris, tardivement et plus ou moins fidèlement, le modèle de leur voisin suédois dans la seconde moitié du vingtième siècle, la Finlande en 1951, le Danemark et la Norvège tous deux en 1970[649]. C'est à peu près à la même époque que les Etats-Unis, où la conception du pouvoir fait de la communication entre le Gouvernement – au sens large – et les gouvernés un élément essentiel de la légitimation étatique[650], se sont dotés d'une législation assez comparable au système suédois : d'abord, en 1966/1967, avec le *Freedom of Information Act*[651], dont le but était, selon les termes mêmes de la Cour suprême, « to open agency action to the light of public scrutiny »[652], par le biais d'un droit d'accès aux documents officiels ; puis, dès 1972 et 1976, avec les *Federal Advisory Committee Act* et *Government in the Sunshine Act*, qui garantissaient en outre l'accès du public aux séances des commissions consultatives fédérales composées de membres extérieurs à l'administration, puis de certains organes collégiaux placés à la tête d'autorités administratives[653], élargissant ainsi l'ouverture de la phase post-décisionnelle à la phase

648 BARRELET (1998), 12, n° 30 ; COTTIER (1982), 3. Sur le système suédois de la publicité, cf. not., outre l'étude de COTTIER (1982), 3 à 149, HÄNER (1990), 267 à 275 ; MAEDER (1983), 180 à 191, ainsi que MAHRER (1968), 43 ss, et MAHRER (1969), 317 ss.

649 Pour ces trois législations, COTTIER (1982), 153 ss.

650 J. P. MÜLLER (1995a), 8 ss, qui rappelle que les libertés qui relèvent de la communication, en particulier la liberté d'opinion et d'expression, prennent une importance primordiale et que, dès lors, la publicité de l'activité administrative fait partie de ce processus d'ouverture et d'échange permanents. La transparence administrative est la condition de cet échange et elle a pour but « to promote cooperation between citizens and government » : voir la jurisprudence citée par cet auteur (p. 10, spéc. note 24).

651 5 U.S.C., § 552. La loi a été promulguée le 4 juillet 1966 par le président Johnson et elle a été révisée à diverses reprises, not. en 1974, dans un sens libéral, et en 1986, dans un sens plus restrictif ; cf. SCOFFONI (1992), 22.

652 Cf. 489 U.S. 772, cité par EHRENZELLER (1993), 34. La Cour suprême a rendu plus d'une trentaine d'arrêts concernant le FOIA : pour les plus récents, voir not. 519 U.S. 355 (1997), *Bibles v. Oregon Natural Desert Assn.*, 510 U.S. 487 (1994), *United States Department of Defense v. FLRA*, 508 U.S. 16 (1993), *United States Department of Justice v. Landano*, 502 U.S. 164 (1991), *Department of State v. Ray*. Sur le FOIA, et pour d'autres références à la jurisprudence et à la doctrine américaines, voir, de manière générale, l'étude de SCOFFONI (1992) ; cf. aussi COTTIER (1982), 171 à 174, HÄNER (1990), 275 à 280, MAEDER (1983), 167 à 180 ; EHRENZELLER (1993), 34 (note 9) ; J. P. MÜLLER (1995a), 9/10 (spéc. note 23) ; DRUEY (1995), 398 (note 6).

653 5 U.S.C., § 552b. Sur ces deux actes, cf. COTTIER (1982), 173/174, et SCOFFONI (1992), 47 ss.

pré-décisionnelle[654]. Dans la foulée de cette législation américaine, l'idée d'un droit d'accès aux informations et aux documents a gagné successivement d'autres pays, notamment la France, avec la loi n° 753, du 17 juillet 1978, *sur l'amélioration des relations entre l'administration et les administrés*[655]. Enfin, d'autres Etats ont également, ou, parfois, dans une moindre mesure, adopté le principe de la publicité des documents détenus par l'administration. On peut citer[656] notamment l'Autriche[657], les Pays-Bas[658], l'Australie[659], le Canada[660] et l'Espagne[661].

99. Contenu des législations suédoise, américaine et française. – Concrètement, ces législations portent donc sur l'accès aux documents officiels. Celle des Etats-Unis fait un pas de plus, en garantissant la publicité des séances de certaines autorités collégiales[662]. S'agissant de l'accès aux documents, le champ d'application des régimes est assez différent. D'une part, la notion de documents officiels, qui tombent sous le coup du droit à la consultation, se limite en France aux documents non nominatifs, c'est-à-dire qui ne se réfèrent pas à des individus déterminés, et la loi donne une liste exhaustive des types de documents accessibles[663]. Les régimes suédois et américain procèdent plutôt par une définition générale des documents officiels et publics, en délimitant négativement ce qui n'appartient pas à cette catégorie[664]. Tous deux excluent ainsi, par exemple, les documents

654 SCOFFONI (1992), 48.

655 Sur cette loi et le système français de la publicité, cf. not. COTTIER (1982), 174 ss ; HÄNER (1990), 280/281. Voir aussi ROSELINE LETTERAN, *Transparence administrative*, Paris, 1992, et A. ROUX, *La transparence administrative en France*, in : Ch. Debbasch (éd.), cité, 57 ss.

656 Il faut relever toutefois que les auteurs ne sont pas unanimes pour classer les Etats : ainsi, par exemple, la Belgique est considérée par les uns comme un pays de secret (cf. SCOFFONI [1992], 2, note 7), alors que d'autres la placent, avec la Hollande et la Grèce, parmi les pays « wo zumindest bestimmte gesetzliche Verfahren der Einsichtnahme mit Beschwerdemöglichkeit bestehen » (EHRENZELLER [1993], 35).

657 L'Autriche connaît une obligation de renseigner de rang légal (art. 20 IV BV-G). Voir not. COTTIER (1982), 177/178 ; HÄNER (1990), 281 ss. Cf. aussi KAHL (1996), 12, ainsi que DRUEY (1995), 400, note 21, qui se réfère à BETTINA PERTHOLD-STOITZNER, *Die Auskunftspflicht der Verwaltungsorgane*, Vienne, 1993, spéc. 55-67.

658 Pour le régime hollandais, cf. HÄNER (1990), 281 ss.

659 SCOFFONI (1992), 2.

660 SCOFFONI (1992), 2.

661 Aux termes de l'art. 105 let. b de la Constitution espagnole, il appartient à la loi de régler « l'accès des citoyens aux archives et aux registres administratifs, sauf en ce qui concerne la sécurité et la défense de l'Etat, l'enquête sur des délits et l'intimité des personnes ». Voir FRANK MODERNE, *La transparence administrative en Espagne*, in : Ch. Debbasch (éd.), cité, 16 ss.

662 Cf. COTTIER (1982), 173/174 ; HÄNER (1990), 275/276 ; SCOFFONI (1992), 47 ss. Ce n'est pas le cas pour les autorités exécutives suédoises : HÄNER (1990), 268 ; COTTIER (1982), 83 ss.

663 Art. 1 LARA : cf. COTTIER (1982), 174/175, HÄNER (1990), 280.

664 Selon un système à vrai dire assez complexe : cf. COTTIER (1982), 16 ss, et HÄNER (1990), 269/270, pour la Suède. Pour les Etats-Unis, SCOFFONI (1992), 99 ss.

internes[665]. Aux Etats-Unis, le droit d'accès est complété par une obligation de publication, dans le Registre fédéral, organe officiel, de tous les actes et documents d'une certaine importance, notamment ceux qui se rapportent à la description de l'organisation des autorités et aux méthodes permettant au public d'accéder aux informations[666]. Le champ d'application est également différent s'agissant des autorités couvertes par la loi : alors que les régimes suédois et américain se limitent aux seules autorités publiques qui composent l'administration au sens strict[667], la loi française s'étend aussi aux organismes de droit privé qui sont chargés de la gestion d'un service public[668].

Pour ce qui est de la définition des exceptions à la publicité, le système suédois se caractérise par le fait que la loi sur la presse détermine de façon très générale les intérêts publics ou privés prépondérants qui permettent de restreindre la publicité, mais confie à une autre loi, la loi sur le secret, le soin d'énumérer les diverses catégories de documents officiels qui échappent au droit d'accès. Ainsi, les exceptions font l'objet d'un véritable inventaire, précis, détaillé et exhaustif, constitué par la loi sur le secret ou, éventuellement, une autre loi spéciale[669]. Dans le régime français, en revanche, la définition des exceptions au principe du libre accès se fait exclusivement par référence à des clauses générales, formulées en termes assez vagues[670]. Les Etats-Unis ont opté pour un système mixte, qui emprunte à la fois la technique des clauses générales et celle, énumérative, du régime suédois, à la différence cependant que les exceptions peuvent être de rang réglementaire[671]. Une autre différence réside dans le fait que, dans les hypothèses couvertes par une exception de secret, l'administration est, en Suède, tenue de refuser la consultation, alors que les régimes américain et français laissent la question à l'appréciation de l'autorité[672]. Quoi qu'il en soit de la technique législative, les exceptions sont assez largement

---

665 Pour les Etats-Unis, cf. Cottier (1982), 172, et surtout Scoffoni (1992), 99 ss.

666 Voir Cottier (1982), 172 ; Häner (1990), 276 ; Scoffoni (1992), 38 ss.

667 Mais, aux Etats-Unis, où seule est visée l'administration fédérale, le régime s'étend aussi aux agences indépendantes et aux entreprises publiques : cf. Häner (1990), 276. Les Etats se sont alignés sur le système de l'Union : cf. Scoffoni (1992), 57 ss. En Suède, le régime s'applique à toute l'administration, à tous les niveaux territoriaux, mais non à l'administration fonctionnellement décentralisée : Häner (1990), 268/269 ; Cottier (1982), 13 ss.

668 Art. 2 LARA, cf. Cottier (1982), 175.

669 Ces lois définissent ainsi plus de 90 normes de secret : cf. Cottier (1982), 50 ss ; Häner (1990), 268 et 270 ss.

670 Art. 6 LARA. Cf. Cottier (1982), 174 ; Häner (1990), 280/281.

671 Sous-section (b) du FOIA, qui énonce 9 exceptions. Voir Cottier (1982), 171, Häner (1990), 277, et surtout Scoffoni (1992), 123 ss.

672 Cf. Scoffoni (1992), 35 ss.

semblables[673]. Elles portent, pour ce qui est des intérêts publics, sur la protection du secret en matière de défense nationale et de politique étrangère, d'une part, ainsi que du secret lié aux nécessités de l'activité administrative – protection de la vie intérieure et du fonctionnement des services, ainsi que du déroulement de l'exécution des lois, d'autre part; du côté des intérêts privés, il s'agit essentiellement de la protection du secret de la sphère privée, ainsi que du secret commercial et industriel[674].

Pour ce qui est de l'exercice du droit d'accès et de ses modalités, les différents régimes ont en commun le caractère inconditionnel du droit – qui n'est pas subordonné à l'exigence d'un quelconque intérêt légitime[675] –, ainsi que la gratuité de la consultation, en principe[676]. En revanche, alors que les régimes suédois et américain assurent une certaine rapidité d'accès, notamment par le fait que la loi impose une réponse immédiate[677] ou un bref délai[678], tel n'est pas le cas en France, où la loi n'impose aucun délai[679]. Partout, la loi institue une protection juridique, sous forme d'une procédure de recours, qui permet de contester un éventuel refus de consultation auprès d'une instance judiciaire, souvent dans une procédure sommaire et rapide[680]. En France, la décision de refus doit préalablement être portée devant un organisme conciliatoire, la Commission d'accès aux documents administratifs, ce qui peut avoir pour effet de retarder l'issue de la procédure[681]. S'agissant enfin de la pratique de ces diverses législations, il apparaît que le modèle suédois, bien ancré dans les mœurs du pays, est utilisé principale-

---

673 Dans le même sens, pour une synthèse plus générale d'autres législations encore, DRUEY (1995), 401.

674 Voir en détail, pour les régimes américain et français, SCOFFONI (1992), 121 ss; pour le système suédois, COTTIER (1982), 50 ss. Plus généralement, DRUEY (1995), 401.

675 Pour les USA, cf. COTTIER (1982), 171; SCOFFONI (1992), 34.

676 Aux Etats-Unis, la gratuité n'est assurée que dans la mesure où la divulgation des informations requises profite essentiellement au grand public; de plus, depuis 1986, la loi différencie les coûts en fonction de la catégorie à laquelle appartient la personne requérante. Cf. COTTIER (1982), 171; SCOFFONI (1992), 260 ss.

677 En Suède, la consultation a lieu là où se trouvent les actes, et elle doit être accordée immédiatement, à moins que le fonctionnaire en question n'ait autre chose d'urgent à faire: cf. COTTIER (1982), 33 ss et 40 ss; HÄNER (1990), 272/273.

678 Aux Etas-Unis, le délai de réponse est de 10 jours ouvrables, avec une prolongation possible de même durée, lorsque la requête exige un travail important. De plus, la personne qui requiert la consultation doit spécifier le document souhaité, mais la pratique semble se contenter d'une spécification très sommaire: cf. COTTIER (1982), 171; HÄNER (1990), 278/279; SCOFFONI (1992), 244 ss.

679 L'art. 7 LARA prévoit cependant que la requête doit être considérée comme rejetée si aucune réponse n'y a été donnée dans le délai de deux mois (cf. HÄNER [1990], 281), délai qui a été réduit à un mois par décrêt du 28 avril 1988 (SCOFFONI [1992], 245).

680 Pour les Etats-Unis, cf. COTTIER (1982), 171/172; HÄNER (1990), 279; SCOFFONI (1992), 281 ss. Pour la Suède, COTTIER (1982), 43 ss; HÄNER (1990), 273.

681 Cf. COTTIER (1982), 174/175; HÄNER (1990), 281. Voir à ce sujet SCOFFONI (1992), 285 ss.

ment par la presse[682]. Au contraire, aux Etats-Unis, c'est plutôt auprès des particuliers et des groupes de pression, et moins de la presse, que le Freedom of Information Act a obtenu le plus de succès, et on assiste à une certaine commercialisation du droit d'accès[683].

100. Bilan. – Si l'on cherche à faire un bilan de ces législations, on peut constater que toutes ont en commun, tout d'abord, la volonté d'ouvrir au public l'accès à certains documents officiels. Mais elles ont aussi, et peut-être surtout, pour objet une «juridicisation du système»[684], en ce sens que, comme le dit GUY SCOFFONI, «[l]'information, enjeu de pouvoir, doit ... être communicable dans les conditions fixées par la règle de droit et non par l'arbitraire du Prince. C'est en cela que la transparence participe indéniablement de la consolidation de l'Etat de droit»[685]. Sur le fond, ces législations ont aussi pour objectif de parvenir «à un équilibre entre des impératifs souvent contradictoires d'information et de secret, condition première de la viabilité des expériences de transparence»[686]. Elles visent donc à la fois plus et moins que la seule transparence, comme le souligne également JEAN-NICOLAS DRUEY: «Die ausländischen Modelle einer grundsätzlichen Öffnung des Staatsgeschehens in andern Ordnungen (Schweden, USA, Kanada, Australien; in schwächerem Mass Frankreich; ...) haben indessen eine weltweite Bewegung ausgelöst. Auch wer dem Anliegen einer verbesserten Transparenz positiv gegenübersteht, wird diese Bewegung zunächst als eine *politische* und einen Gesetzestitel wie «Freedom of Information Act» als einen plakativen erkennen: die nähere Betrachtung solcher Erlasse zeigt bald, dass es um den Zugang zu gewissen Akten und ebenso um die Verschliessung von andern Informationen geht. Es wird das Informationsverhalten der Behörden *juridifiziert*, soweit dieses zuvor in ihrem freien Ermessen gelegen hatte, oder es wird eine allgemeine Regel, namentlich das Amtsgeheimnis, damit eingeschränkt und präzisiert. In diesem Sinn gehört die Informationsfreiheit in denselben Zusammenhang wie die ganzen Bemühungen, die Informations-*Beschaffung* in justiziable Grundsätze zu bringen, also dem betroffenen Individuum auch Datenschutz gegenüber dem Staat zu verschaffen. Deutlich ist die zeitliche Parallele beider Bestrebungen, der Öffnung zugunsten des Bürgers und der Schrankensetzung zulasten des Staats etwa in Frankreich und den USA (auch ...). Informationsfreiheit heisst also, näher besehen, bei weitem nicht einfach «Transparenz», sondern behält staatliche und private Interessen an

682 Voir COTTIER (1982), 137 ss; HÄNER (1990), 273 ss; KETTIGER (1996), 52.

683 Cf. COTTIER (1982), 173; SCOFFONI (1992), 78 ss (et 81, pour l'expérience française); KETTIGER (1996), 52. Voir aussi ci-dessous, n° 114.

684 SCOFFONI (1992), 354.

685 SCOFFONI (1992), 359.

686 SCOFFONI (1992), 351.

Geheimhaltung durchaus vor. Sie ist in ihrer Konzeption etwas typisch *Staatliches*. Sie ist in diesem Sinn zugleich *mehr* und *weniger* als ein allgemeines Transparenzprinzip und aus beiden Gründen ist die Ausdehnung auf Private zumindest nicht selbstverständlich »[687]. Pour GUY SCOFFONI, le droit à l'information administrative « s'avère un élément capital du contrôle démocratique et un ferment essentiel du débat public ». Il « renforce incontestablement la situation de l'administré face à l'Administration et tend à rééquilibrer quelque peu leur rapport d'inégalité initiale »[688]. Toujours selon cet auteur, quatre conditions sont requises pour assurer l'effectivité de ce droit : « la consécration d'un principe général d'ouverture, la définition d'exceptions précises et limitées, l'organisation détaillée de l'accès pour vaincre les résistances de l'Administration et des modes juridictionnels et (ou) non juridictionnels de protection »[689].

101. Une ouverture contagieuse : l'exemple de l'évolution en Allemagne. – On constate ainsi, sur le plan international, une tendance assez générale à l'ouverture et à la reconnaissance d'un droit, plus ou moins large, à l'information. Il faut noter du reste que même en Allemagne, pays où le principe du secret de l'administration est depuis longtemps, et aujourd'hui encore, fortement ancré, les voix ne manquent pas qui plaident en faveur de la transparence et du renversement de ce principe[690]. L'influence du droit européen n'est pas étrangère à cette revendication d'ouverture[691]. Sous la contrainte européenne, l'Allemagne a en effet ouvert une brèche dans sa tradition du secret, dans un domaine spécifique, celui des informations relatives à l'environnement, afin de mettre en œuvre la directive du Conseil CEE/90/313. Le législateur allemand a ainsi adopté, le 16 juillet 1994, une nouvelle loi sur l'information en matière d'environnement (« Umweltinformationsgesetz », UIG)[692].

---

687 DRUEY (1995), 85.

688 SCOFFONI (1992), 351.

689 SCOFFONI (1992), 355.

690 Voir par ex. BALLER (1996), 53 : « Nimmt der (verfassungsgebende) Gesetzgeber die Zukunftsaufgaben ernst, so ist die Öffnung des vordemokratischen Arkanbereiches unausweichlich. Erforderlich ist es, das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Geheimhaltung und Datenöffentlichkeit im staatlichen Bereich auf den Kopf zu stellen. ... », avec d'autres références, ainsi qu'un aperçu de l'état de la discussion dans ce pays (54 ss). Cf. aussi KAHL (1996), 9 ss, spéc. 21 ss.

691 Voir à ce sujet KAHL (1996), 9 ss.

692 BGBl. I, 1490. Sur cette loi, cf. not. KAHL (1996), 19 ss ; cf. aussi A. SCHERZBERG, Freedom of information – deutsch gewendet : Das neue Umweltinformationsgesetz, *DVBl* 1994, 733 ss, et A. THEUER, Der Zugang zu Umweltinformationen aufgrund des Umweltinformationsgesetzes (UIG), *NVwZ* 1996, 326 ss.

2. L'évolution au sein de l'Union européenne

102. Du secret à l'ouverture ponctuelle. – L'évolution vers la transparence administrative est également perceptible, en effet, dans le droit de l'Union européenne[693]. Alors que celui-ci se fondait, à l'origine, sur le principe du secret de l'administration, tiré de l'article 214 du Traité CEE[694], une certaine ouverture s'est progressivement fait jour, ces dernières années, notamment depuis l'adhésion d'Etats à tradition de transparence, comme la Suède. Tout d'abord, la doctrine relève que diverses dispositions des traités, ainsi que d'autres actes communautaires, plus ou moins contraignants, manifestent une telle volonté d'ouverture[695], sans qu'il en résulte cependant un droit à l'information. Un tel droit a été introduit, dans un secteur déterminé, par la *directive du Conseil 90/113, du 7 juin 1990, concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement.*

103. La liberté d'accès à l'information en matière d'environnement. – Comme son nom l'indique, cette directive[696] a pour but de garantir un accès général et libre aux informations détenues par les autorités et qui relèvent du domaine de l'environnement. Elle institue à cet effet une obligation pour les Etats membres de mettre sur pied une information active en matière de protection de l'environnement. Mais elle confère en outre à toute personne, à son article 3 I, un droit inconditionnel d'accès aux informations relatives à l'environnement. Ce droit n'est pas subordonné à la preuve d'un quelconque intérêt, pas plus qu'à la qualité de partie à la procédure[697]. La directive vise exclusivement les autorités administratives, et non celles qui exercent des fonctions législatives ou judiciaires. Elle prévoit différents motifs de refus d'une demande de consultation, notamment en vue de protéger des intérêts prépondérants (art. 3 II), publics (confidentialité de la procédure de décision et des délibérations des autorités collégiales, relations internationales, défense nationale et sécurité publique) ou privés (secret de fabrication et d'affaires, propriété intellectuelle, protection des personnes). Sont en outre exclus de la consultation – sous réserve du droit de consultation des parties – les documents relatifs aux procédures adminis-

---

693 VORBRODT STELZER (1995), 21.

694 L'art. 214 du Traité CEE, qui impose le secret de fonction à tous les membres, fonctionnaires et agents des institutions communautaires, était interprété généralement comme instituant le principe du secret. Cf. not. SEILER (1992), 432, avec d'autres références ; VORBRODT STELZER (1995), 21.

695 Pour une énumération de ces actes, VORBRODT STELZER (1995), 21, ainsi que SCHWEIZER (1995a), 78, spéc. notes 10 à 12, qui mentionne ces diverses décisions, de 1993 et 1994 ; cf. aussi EHRENZELLER (1993), 35.

696 JOCE L 158, du 23 juin 1990.

697 Cf. KAHL (1996), 12.

tratives ou judiciaires en cours et aux instructions préliminaires[698]. Il en va de même des documents purement internes d'une autorité administrative, qui servent à la formation de sa volonté, et des documents non achevés ou portant sur des données non exploitées, dont la diffusion risquerait d'induire en erreur. Enfin, la demande peut également être rejetée lorsqu'elle est manifestement abusive ou formulée de manière trop générale[699]. Comme l'a relevé le Conseil fédéral, la directive oblige donc les Etats membres – qui ne l'auraient pas encore fait – à «passer d'une conception plutôt restrictive, selon laquelle la confidentialité est la règle et la publicité l'exception, à une conception plus libérale, selon laquelle la publicité est la règle et la confidentialité l'exception»[700]. En dépit des velléités d'élargissement manifestées par le Parlement européen[701], cette ouverture vers la transparence administrative est néanmoins restée limitée au secteur spécifique de l'environnement. Une extension à d'autres secteurs se heurterait d'ailleurs à de sérieux problèmes de compétence communautaire[702]. La doctrine estime cependant que l'exemple du droit de l'environnement pourrait servir de moteur à une plus grande ouverture dans d'autres domaines[703].

104. L'article 255 du Traité CEE, version Amsterdam. – C'est du reste ce qui s'est produit, pour les autorités et l'administration de l'Union elle-même, avec l'adoption de l'article 255 du Traité d'Amsterdam[704], qui accorde un droit d'accès général à l'information. Aux termes de cette disposition (par. 1), «[t]out citoyen de l'Union et toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège dans un Etat membre a un droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, sous réserve des principes et des conditions qui seront fixés

698 Sur cette notion, voir l'arrêt de la CJCE du 17 juin 1998, C-321/96, en la cause *Wilhelm Mecklenburg g. Kreis Pinneburg – Der Landrat*, *EuGRZ* 1998, 445 ss.

699 Sur cette directive, ainsi que sur les effets qu'elle aurait eus (not. sur la LPE) en cas d'adhésion de la Suisse à l'EEE, cf. *message relatif à l'approbation de l'accord sur l'Espace économique européen*, du 18 mai 1992, FF 1992 IV 1, 387/388, et *message I sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE*, du 27 mai 1992, FF 1992 V 1, 95 ss, 106 ss et 137 ss.

700 FF 1992 V 1, 95 (message cité note 699).

701 Voir à ce sujet KAHL (1996), 29.

702 KAHL (1996), 29.

703 Cf. KAHL (1996), 29, avec d'autres références. Voir not. à ce sujet la *Directive 98/34*, modifiée par la *Directive 98/48 du Parlement européen et du Conseil, du 20 juillet 1998, portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques* (pour cette dernière, JOCE L 217, du 5 août 1998). Ces directives instituent une procédure d'information et d'annonce, à la Commission, des nouvelles réglementations nationales dans le domaine des normes et réglementations techniques, procédure qui n'est pas confidentielle, et qui s'étend, selon la novelle, aux réglementations relatives aux services de la société de l'information.

704 Nouvel art. 191 A, 255 dans la version consolidée.

conformément aux paragraphes 2 et 3». Le paragraphe 2 précise que les «principes généraux et les limites qui, pour des raisons d'intérêt public ou privé, régissent l'exercice de ce droit d'accès aux documents sont fixés par le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251, dans les deux ans suivant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam». Enfin, le paragraphe 3 prévoit que chacune des institutions visées instituera, dans son règlement intérieur, les règles particulières d'accès à ses documents. Ainsi, l'Union européenne, souvent décriée pour son caractère bureaucratique, s'apprête à passer, elle aussi, du principe du secret avec exceptions de publicité au principe de publicité avec exceptions de secret.

C. L'évolution au niveau cantonal

105. Les normes constitutionnelles récentes: obligation générale d'informer et garantie explicite de la liberté d'information. – Comme le souligne DENIS BARRELET, les «Constitutions cantonales récentes parlent toutes d'information»[705]. D'une part, elles donnent à leurs autorités le mandat général d'informer le public sur leur activité, comme le fait par exemple la dernière en date, la Constitution tessinoise du 14 décembre 1997, à son article 56: «Toute autorité informe de manière adéquate sur son activité. Des intérêts publics ou privés prépondérants ne doivent pas être lésés»[706]. Certaines répètent et précisent du reste cette obligation d'informer en relation avec l'exercice des droits politiques. Ainsi, sous le titre «Information et facilités de vote», l'article 34 I de la même constitution dispose que «[l]es autorités veillent à informer les citoyens sur les objets soumis à une votation»[707]. La Constitution argovienne va même plus loin, en accordant à tout citoyen actif le droit de consulter tous les documents qui se réfèrent à l'objet d'une votation obligatoire ou facultative[708]. D'autre part, les cantons qui ont procédé à une révision récente de leur constitution y ont ancré une

705 BARRELET (1998), 268, n° 952.

706 FF 1998 4818, 4831 ss. Voir aussi les art. 68 I de la Constitution jurassienne, du 20 mars 1977 (RS 131.235), 73 I de la Constitution argovienne, du 25 juin 1980 (RS 131.227), 86 de la Constitution uranaise, du 28 octobre 1984 (RS 131.214), 80 de la Constitution glaronnaise, du 1er mai 1988 (RS 131.217), 70 de la Constitution bernoise, du 6 juin 1993 (RS 131.212) et 67 I de la Constitution d'Appenzell Rhodes-Extérieures, du 30 avril 1995 (RS 131.224.1).

707 Certaines constitutions précisent d'ailleurs que cette information-là doit être «équilibrée» («ausgewogen») ou doit assurer ou favoriser la libre formation des opinions: cf. les art. 73 II de la Constitution argovienne et 67 II de la Constitution d'Appenzell Rhodes-Extérieures.

708 Art. 72 II de la Constitution argovienne, du 25 juin 1980.

garantie explicite et, parfois, indépendante de la liberté d'information[709]. D'une manière générale, cependant, ces garanties ne font que reprendre la conception traditionnelle, étroite, de la liberté d'information, telle qu'elle résulte de la jurisprudence fédérale[710].

106. La reconnaissance d'un (nouveau) droit à l'information.- Certains cantons sont toutefois allés plus loin, en élargissant la garantie de la liberté d'information à un «droit à l'information». Bâle-Campagne et Appenzell Rhodes-Extérieures n'ont toutefois accordé ce droit que de manière limitée. La constitution du premier accorde à toute personne – sous réserve des exceptions prévues par la loi – un droit inconditionnel d'accès aux documents qui relèvent de la compétence du parlement cantonal; pour ce qui est des autres documents officiels, le droit à la consultation est subordonné à la preuve d'un intérêt digne de protection[711]. La nouvelle Constitution d'Appenzell Rhodes-Extérieures pose elle aussi l'exigence d'un «intérêt légitime», et ce, contrairement à Bâle-Campagne, pour tous les documents officiels[712]. La Constitution soleuroise donne pour sa part à la loi le mandat de régler le droit d'accès aux documents officiels[713]. Seule, jusqu'ici, la nouvelle Constitution bernoise est allée plus loin, consacrant un droit subjectif complet à l'information, non subordonné à la condition d'un intérêt quelconque: «Toute personne a le droit de consulter les documents officiels, pour autant qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose»[714].

107. La concrétisation du droit à l'information au niveau légal. – Le canton de Berne a en outre concrétisé ce nouveau droit à l'information par l'adoption d'une *loi sur l'information du public*, du 2 novembre 1993, accompagnée d'une ordonnance du même nom, du 26 octobre 1994[715].

---

709 Voir les art. 13 II de la Constitution argovienne, 6 I let. c de la Constitution de Bâle-Campagne, 12 let. e de la Constitution uranaise, 11 II de la Constitution soleuroise, du 8 juin 1986 (RS 131.221), 6 ch. 4 de la Constitution thurgovienne, du 16 mars 1987 (RS 131.228), 17 de la Constitution bernoise, 12 de la Constitution d'Appenzell Rhodes-Extérieures et 8 II let. c de la nouvelle Constitution tessinoise.

710 Cf. BARRELET (1998), 268, n° 952; BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 307.

711 Art. 55 II et III de la Constitution de Bâle-Campagne, du 17 mai 1984 (RS 131.222.2).

712 Un «berechtigtes Interesse»: art. 12 III; *message concernant la garantie de la constitution du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures*, du 10 janvier 1996, FF 1996 I 965.

713 Art. 63 II de la Constitution soleuroise, du 8 juin 1986 (RS 131.221).

714 Art. 17 III de la Constitution du 6 juin 1993 (RS 131.212). Il faut y ajouter la loi schaffhousoise sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, du 18 février 1985, dont l'art. 8 II accorde aussi un tel droit subjectif, de rang légal, qui a remplacé le droit, constitutionnel, d'assister aux séances du gouvernement: cf. BARRELET (1998), 268/269, n° 952, et 271, n° 961. Il faut y ajouter aussi l'avant-projet de révision totale de la constitution neuchâteloise. Enfin, plusieurs cantons envisagent l'adoption d'une loi sur la publicité de l'administration: c'est le cas not. de Soleure, Genève, Vaud et du Tessin.

715 RSB 107.1 et 107.111. Ces textes sont entrés en vigueur le 1er janvier 1995.

Appenzell Rhodes-Extérieures a fait de même, avec la loi sur l'information et l'accès aux documents, du 28 avril 1996[716]. Dans les autres cantons, l'activité d'information des autorités est régie le plus souvent par des textes de rang inférieur, ordonnances gouvernementales ou même simples directives administratives[717]. Les lois bernoise et appenzelloise distinguent de manière générale l'information d'office, active, de l'information sur demande[718]. Pour cette dernière, elles instituent, conformément aux dispositions constitutionnelles, un droit à la consultation des documents, droit inconditionnel à Berne, alors qu'il est subordonné à la preuve d'un intérêt légitime de la personne intéressée en Appenzell[719]. Dans les deux cas, la demande de consultation doit en principe être écrite; la consultation est, dans la règle, gratuite, à moins qu'elle occasionne un travail particulier[720]. Les deux lois règlent la procédure, notamment les voies de droit en cas de refus[721]. Enfin, elles définissent les intérêts publics et privés prépondérants susceptibles de justifier un refus, total ou partiel seulement, de consultation. Sont en particulier réputés tels, pour ce qui est des intérêts privés, la protection de la sphère privée, la protection de la personnalité et le secret commercial ou professionnel[722]. Il y a intérêt public prépondérant au refus en particulier lorsque «la publication prématurée de documents de travail internes, de propositions, de projets et de documents semblables est susceptible de perturber considérablement le processus de décision», «l'information nuirait d'une autre manière au public, notamment en compromettant la sécurité publique» ou encore lorsque «le travail occasionné à l'autorité serait disproportionné»[723]. Les deux lois s'orientent ainsi vers le modèle français, en ce sens qu'elles recourent plutôt à la technique des clauses générales pour délimiter les exceptions au principe de

716 *Gesetz über Information und Akteneinsicht (Informationsgesetz)*, Ausserrhodische Gesetzessammlung 133.1 (589).

717 Ainsi, selon BARRELET (1998), 269, n° 953: pour Soleure, l'ordonnance sur l'information du public par le Conseil d'Etat et l'administration cantonale, du 19 novembre 1984; pour Bâle-Campagne, l'ordonnance du Conseil d'Etat sur l'information, du 20 décembre 1977; pour Nidwald, le règlement sur l'information du public par le Conseil d'Etat et l'administration, du 10 mars 1980; pour les Grisons, les directives sur l'information du public par le gouvernement et l'administration, du 12 juillet 1976 (cf. ATF 104 Ia 88, *Bürgin*); pour Saint-Gall, les directives sur l'information du Conseil d'Etat, du 30 avril 1996. Voir aussi la note 714 ci-dessus.

718 Art. 16 ss et 27 ss de la loi bernoise; 1, 8 et 9 ss de la loi appenzelloise.

719 Art. 27 I de la loi bernoise et 9 de la loi appenzelloise.

720 Art. 30 I et II de la loi bernoise, 16 de la loi appenzelloise.

721 Art. 35 de la loi bernoise et 17 de la loi appenzelloise.

722 Art. 29 II de la loi bernoise, ainsi que 12 ss de l'ordonnance y relative; art. 13 et 14 de la loi appenzelloise.

723 Art. 29 I let. a, b et c de la loi bernoise; voir aussi, s'agissant de la notion de «travail disproportionné», l'art. 11 II de l'ordonnance. L'art. 12 de la loi appenzelloise prévoit une réglementation analogue.

la publicité, système qui est critiqué en doctrine[724]. Enfin, elles règlent d'autres questions relatives à l'information et à l'ouverture de l'appareil étatique, telles que l'accréditation des journalistes (à Berne)[725] et la publicité des séances et audiences des diverses autorités cantonales et communales[726]. Il faut noter, sur ce dernier point, que la nouvelle législation bernoise n'a pas modifié la situation antérieure, s'agissant de l'absence de publicité des séances et des documents des commissions parlementaires[727].

108. Bilan et expériences de la législation bernoise. – Le nouveau régime mis sur pied dans le canton de Berne a été accompagné de diverses mesures d'information et de sensibilisation à l'intention des administrations cantonale et communales[728]. En vigueur depuis un peu plus de quatre ans, la nouvelle législation bernoise et son ordonnance d'application font l'objet d'appréciations diversifiées en doctrine. Alors que ces textes représentent un « modèle du genre » pour certains[729], ils n'ont, pour d'autres, pas rempli les attentes du constituant[730]. Un an après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, les autorités bernoises ont procédé elles-mêmes à une première évaluation du nouveau régime[731]. Il s'avère que peu de décisions concernant le droit d'accès ont été rendues, et très peu de cas de recours sont à signaler[732]. Les requêtes de consultation elles-mêmes semblent être relativement rares, sans qu'il soit possible de déterminer les raisons de cette faible sollicitation[733]. Le passage au principe de publicité n'a donc pas provoqué de bouleversement, et les craintes, exprimées avant l'adoption du nouveau régime, d'une avalanche de requêtes, se sont révélées infondées. Aux dires des autorités bernoises, l'expérience s'avère, malgré le faible

---

724 Voir not. COTTIER (1982), 167, 206 et 213/214; HÄNER (1990), 245.

725 Voir les art. 32 à 34 de la loi bernoise. Cf. à ce sujet, pour la loi bernoise et le droit d'autres cantons, BARRELET (1998), 271/272, n° 963 ss.

726 Art. 3 à 12 de la loi bernoise et 2 à 7 de la loi appenzelloise.

727 Voir à ce sujet une décision du Grand Conseil, du 19 janvier 1998, sur un recours dirigé contre une décision de la commission de la justice, *Tagblatt des Grossen Rates* 1998, 20 ss.

728 Voir KETTIGER (1996), 53; cf. aussi le *Guide concernant la consultation des dossiers dans les communes*, établi par la Chancellerie d'Etat, Berne, 1994.

729 Ainsi, BARRELET (1998), 269, n° 954.

730 Cf. SCHWEIZER (1995a), 85.

731 Chancellerie d'Etat du Canton de Berne, *Le principe de la publicité: un bilan après 365 jours*, Berne, 1996, avec un bilan général et divers exemples concrets. Voir aussi NUSSPLIGER (1996), 3 ss.

732 Le Tribunal administratif cantonal s'est prononcé une première fois, comme autorité de recours, le 26 août 1996, dans un cas *Heinz Däpp*, arrêt publié in *BVR* 1997, 241 ss, et résumé, avec une note de DENIS BARRELET, *medialex* 1996, 218 ss. L'affaire concernait une exception fondée sur l'art. 29 I a de la loi, à savoir la publication prématurée de documents de travail internes, ainsi que la protection du secret commercial (art. 29 II c). Cf. aussi, sur cet arrêt, NUSSPLIGER (1996), 4 ss. Voir aussi la note 727 ci-dessus, pour un deuxième cas de recours.

733 Cf. KETTIGER (1996), 53.

nombre de demandes, largement positive. Elle a notamment conduit, dans les administrations concernées, à une sensibilisation accrue à la problématique de la protection des données personnelles[734].

D. Les travaux en cours dans l'administration fédérale

109. Un tournant? – Au niveau fédéral, un changement paraît s'opérer actuellement, en ce sens que « le Conseil fédéral est aujourd'hui partisan du principe de la transparence »[735]. En décembre 1997, le gouvernement s'est en effet déclaré prêt à accepter trois motions, les motions Hess, du 11 mars 1997, et Vollmer, du 19 mars 1997, ainsi qu'une motion de la commission de gestion du Conseil national, du 29 mai 1997, qui lui demandaient de soumettre au Parlement un projet de loi sur l'information ou d'autre acte législatif qui institue, pour l'administration fédérale, le principe de la publicité sous réserve du secret, et permette donc le passage au régime de la transparence[736]. Comme le souligne DENIS BARRELET, cette « décision a mis fin à une longue résistance »[737]. Les nombreux efforts en vue d'une plus grande ouverture de l'accès aux informations et documents de l'administration fédérale se sont en effet toujours heurtés, jusque-là, à une fin de non recevoir. Les premiers pas remontent au début des années 80[738]. Ils faisaient suite à diverses fuites retentissantes[739]. Dans un premier temps, une motion Binder exigeait un réexamen des règles et de la pratique du secret; elle invitait le Conseil fédéral à entreprendre des travaux législatifs en vue de favoriser la diffusion d'informations politiques par la presse[740]. Mais c'est surtout la Commission d'experts pour une conception globale des médias

734 Sur ces différents aspects, cf. KETTIGER (1996), 53.

735 Cf. BARRELET (1998), 29, n° 99.

736 Pour le texte des trois motions, lesquelles ont été transmises le 20 mars 1998, au Conseil national, et le 1er octobre 1998, au Conseil des Etats, cf. BO CN 1998 734 ss et CE 1998 1023 ss.

737 Cf. BARRELET (1998), 29, n° 99.

738 Cf. SCHWEIZER (1995a), 85; COTTIER (1982), 196, qui présente l'année 1980 comme un tournant. Auparavant déjà, une proposition d'introduire une obligation d'informer des autorités ainsi que le droit de rechercher des informations avait été avancée dans le cadre des travaux de révision de l'art. 55 et d'adoption d'un nouvel art. 55bis de la Constitution: cf. HÄNER (1990), 243/244.

739 Cf. COTTIER (1982), 196.

740 La motion fut partiellement transformée en postulat, tout comme une autre, la motion Jelmini, qui demandait à peu près la même chose, cf. BO CN 1981 1313, CE 1981 287 et CN 1982, 222 ss, ainsi que COTTIER (1982), 196/197. Le Conseil fédéral mit sur pied un groupe de travail chargé de réexaminer la pratique du secret, groupe de travail dont le rapport, rendu en 1986, ne fut pas publié; cf. HÄNER (1990), 246; VORBRODT STELZER (1995), 52.

qui, en 1980, faisait œuvre révolutionnaire[741], en prônant l'institution d'un droit subjectif à l'information et en présentant un projet de loi sur la publicité de l'administration fédérale[742].

110. Entre la révision totale de la Constitution fédérale et la procédure législative ordinaire. – Parallèlement, les divers projets de révision totale de la Constitution fédérale contenaient eux aussi, à des titres et selon des modalités divers, des dispositions relatives à l'information des autorités[743]. Par la suite, toutefois, deux nouvelles motions, Rechsteiner, du 3 octobre 1990, et Hess, du 19 septembre 1991, qui demandaient l'instauration d'un droit à l'information pour les citoyennes et les citoyens, ainsi que la présentation d'un projet de loi sur la publicité de l'administration, ont été transformées en postulats, à la demande du Conseil fédéral[744]. Celui-ci avait par ailleurs fait de cette question l'un des objets de son programme de la législature 1991-1995[745]. Mais c'est finalement à nouveau dans le cadre des travaux de révision totale de la Constitution fédérale que les efforts en vue d'instaurer le principe de publicité sont réapparus, avec l'avant-projet de réforme de la Constitution, du 29 mai 1995. Le Conseil fédéral y présentait, sous la forme d'une «variante», une disposition qui prévoyait un droit d'accès aux documents officiels. L'article 154 II du projet disposait en effet: «Les autorités fédérales informent le public sur leurs activités et garantissent à toute personne l'accès aux actes administratifs, dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose». Dans l'esprit de ses auteurs, et selon la systématique de l'avant-projet, ce droit d'accès ne devait toutefois pas être considéré comme un nouveau droit fondamental, mais comme une simple norme permettant un changement de système – le passage du principe du secret avec exceptions de publicité à celui du principe de la publicité avec exceptions de secret –, changement qui

741 Selon les termes de COTTIER (1982), 197.

742 Cf. BARRELET (1998), 29/30, n° 99; COTTIER (1982), 197. Sur les travaux et les propositions de cette commission, cf. aussi HÄNER (1990), 243 ss, 245; BARTHE (1993), 92.

743 Alors que le projet de la Commission Furgler, de 1977, et l'Essai de modèle du Département fédéral de justice et police, de 1985, prévoyaient une simple obligation d'informer et de renseigner, au titre des principes de l'activité étatique, le projet «privé» des prof. KÖLZ et MÜLLER, de 1984, rangeait ce devoir d'informer parmi les droits fondamentaux et y ajoutait le droit pour toute personne de consulter les documents officiels dont la publication est dans l'intérêt de la collectivité. Cf. à ce sujet HÄNER (1990), 246/247; BARTHE (1993), 81/82; VORBRODT STELZER (1995), 39 ss.

744 Respectivement les 14 décembre 1990 et 3 juin 1993. Cf. BO CN 1990 2428 et BO CN 1993 981/982.

745 FF 1992 III 1, 134/135.

devrait s'opérer au niveau législatif[746]. Cette proposition sous forme de variante représentait néanmoins, pour une partie de la doctrine, un changement potentiel considérable[747]. Elle n'a toutefois pas été reprise dans le projet gouvernemental du 20 novembre 1996. D'une part, cet abandon s'explique par le fait que ledit projet renonçait de manière générale à proposer des variantes dans le cadre de la mise à jour[748]. D'autre part, le Conseil fédéral relevait que la variante de l'article 154 II de l'avant-projet, c'est-à-dire le principe de la publicité des documents administratifs, avait « suscité des réactions très divergentes » en procédure de consultation[749]. Les Chambres ont suivi le Gouvernement ; elles n'ont pas repêché la variante et s'en sont tenues à une simple obligation d'informer de manière active[750], telle qu'elle figure maintenant à l'article 180 II de la Constitution mise à jour[751]. Encore une fois, c'est donc en dehors du processus de révision de la Constitution qu'ont eu lieu de nouvelles tentatives en vue d'infléchir l'attitude du Conseil fédéral, avec les trois motions mentionnées plus haut, que le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à accepter le 15 décembre 1997. Pour DENIS BARRELET, « [c]e qui a finalement eu raison de la résistance du Conseil fédéral, c'est la multiplication des indiscrétions commises par des fonctionnaires et répercutées par les médias [...]), plus encore que l'évolution dans les cantons et au niveau international [...] »[752]. Suite à ce changement politique, un groupe de travail est actuellement chargé de préparer un projet de loi sur la publicité de l'administration, dont la publication est attendue pour la fin de l'année 1999[753].

---

746 *Exposé des motifs du projet de Constitution*, Berne, 1995, 206/207. Voir toutefois KETTIGER (1996), 54, qui conteste ce point de vue, en relevant que le texte clair de la disposition annonçait un droit fondamental.

747 SCHWEIZER (1995a), 85, ainsi que VORBRODT STELZER (1995), 42/43. Voir surtout, sur cette disposition et pour une appréciation critique, KETTIGER (1996), 53 ss.

748 *Message relatif à une nouvelle constitution fédérale*, FF 1997 I 1, spéc. 92/93.

749 *Message relatif à une nouvelle constitution fédérale*, FF 1997 I 1, spéc. 419 (commentaire de l'art. 168 II du projet), ainsi que 87 (pour les résultats de la consultation sur cette variante).

750 Voir les propositions des deux commissions, FF 1998 288, 347, pour celle du Conseil national, du 21 novembre 1997, et FF 1998 366, 411/412, pour celle du Conseil des Etats, du 27 novembre 1997. Au plenum, aucune discussion n'a eu lieu à ce sujet.

751 *Arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale*, du 18 décembre 1998, FF 1999 176, 216. Sur cette disposition, cf. supra, n° 43 ci-dessus.

752 BARRELET (1998), 30, n° 99.

753 Voir BO CN 1998 1024. Cf. aussi, toutefois, le *Rapport de gestion 1997* du Conseil fédéral, des 11 et 18 février 1998, FF 1998 1425, 1470/1471, où le gouvernement rappelle que, bien qu'il « se soit déclaré disposé à instaurer le régime de la transparence, il a refusé de fixer une date à cet effet » (1471).

E. Les arguments en faveur et à l'encontre de la publicité

1. Rappel et état de la discussion

111. Introduction. – On a déjà rencontré, au long de ce rapport, la plupart des arguments invoqués à l'appui d'une transparence accrue de l'administration. On ne fera donc que les rappeler brièvement ici. Les arguments traditionnels peuvent être groupés en deux catégories. La première relève de la science administrative, la seconde a trait à l'idéologie démocratique: d'une part, la transparence de l'administration contribue à l'amélioration de l'efficacité de l'activité étatique, d'autre part, le droit à l'information constitue une exigence fondamentale de la démocratie[754]. Plus récemment, une troisième série de considérations est apparue, liée aux risques que fait encourir à la société et à l'individu le développement des techniques et des technologies de l'information et de la communication. D'un autre côté, les revendications de publicité de l'administration et d'institution d'un droit à l'information se heurtent aussi à un certain scepticisme[755], voire à une franche opposition[756]. On cherchera donc à mettre en parallèle les divers arguments.

112. Efficacité de l'activité étatique ou paralysie de l'administration ? – Pour ce qui est du premier groupe de considérations, on relève que la transparence permet d'instaurer ou de rétablir la confiance des particuliers dans l'administration, en favorisant la compréhension du public à l'égard de l'Etat, de ses activités et de ses prestations. Elle contribue ainsi à renforcer l'acceptation des politiques publiques, donc à améliorer l'efficacité de l'action de l'Etat[757]. Plus concrètement, la pratique du secret peut permettre « aux agents de couvrir leurs erreurs ou leur incompétence et de continuer à mener souvent, sans que leur responsabilité puisse être engagée, des actions illégales ou erronées. Secret et incompétence, voire corruption, vont parfois de pair »[758]. De plus, une pratique excessive du secret peut nuire à l'effectivité de la protection de certaines informations particulièrement sensibles: « trop de secret inutile nuit à la protection du secret légitime »[759]. A cela s'ajoute qu'une politique d'ouverture, limitant le secret inutile, permet de réduire les risques de « fuites », lesquelles servent « en quelque sorte d'exutoire à l'état

754 Sur ces deux types d'argumentation, cf. not. SCOFFONI (1992), 7 ss et 11 ss.

755 Voir DRUEY (1995), not. 399 ss. Cf. aussi EHRENZELLER (1993), 41 ss et 44 ss.

756 Voir, pour d'autres références et une discussion des diverses objections à la transparence, KAHL (1996), 17 ss.

757 Sur ces différents points, voir le rapport de la Commission de gestion du Conseil national, cité n° 5 ci-dessus. Cf. aussi KETTIGER (1996), 51.

758 SCOFFONI (1992), 8/9.

759 SCOFFONI (1992), 9.

de « sur-classification » administrative »[760]. Enfin, la transparence améliore également la qualité des décisions, dans la mesure où la multiplication du secret gêne la prise de décisions rationnelles, les diverses décisions n'étant souvent pas prises en toute connaissance de cause[761].

Parmi les arguments invoqués à l'encontre de la publicité de l'administration, le plus fréquent réside dans la crainte qu'un droit d'accès aux documents administratifs ne porte atteinte à la capacité de fonctionnement de l'administration, allant jusqu'à paralyser cette dernière. On craint ainsi – surtout en des temps de disette des finances publiques et de blocage du personnel – que l'administration ne soit complètement accaparée par l'activité d'information et de consultation, au détriment de l'accomplissement de ses tâches matérielles, pour lesquelles il ne resterait ni temps, ni ressources[762]. Le droit comparé, mais aussi l'expérience bernoise montrent cependant que ces craintes ne sont pas fondées[763]. Un deuxième argument a trait à la confidentialité des procédures de décision. Il serait nécessaire, dans le domaine de l'exécutif comme dans le domaine du législatif, que certaines procédures, qui font appel à la négociation et à la recherche du compromis, demeurent confidentielles et à l'abri des regards de tiers[764]. A défaut, elles ne pourraient tout simplement plus fonctionner, c'est-à-dire ne permettraient plus la recherche du consensus. L'argument permet des considérations nuancées. D'un côté, il est certain que toutes les séances et tous les documents ne se prêtent pas à une publicité illimitée[765]. Il peut effectivement s'avérer nécessaire de sauvegarder, dans la phase de préparation et de formation de la décision, la liberté de négociation et de recherche du compromis des diverses personnes impliquées. C'est d'ailleurs précisément ce que font les différentes réglementations accordant un droit d'accès, en prévoyant à ce propos des exceptions au droit à l'information. Ainsi, par exemple, la directive européenne 90/313 exclut le droit à l'information

760 SCOFFONI (1992), 10/11. Voir aussi, à ce sujet, BARRELET (1998), cité ci-dessus, n° 110, ainsi que le développement des motions Hess et Vollmer, BO CE 1998 1023 ss. Voir aussi EHRENZELLER (1993), 33, selon lequel « Indiskretion erscheint als ein notwendiger Bestandteil des Systems ».

761 Cf. not. SCOFFONI (1992), 10/11. Dans ce sens, également, cf. MOOR (1991), cité ci-dessus, n° 68, dans le texte.

762 Cf. KAHL (1996), 18.

763 Cf. KAHL (1996), 18/19, pour ce qui est de la mise en œuvre de la directive CEE 90/113 en Allemagne.

764 Cf. KAHL (1996), 18.

765 Cf. LORZ (1996), 59 : « Für die unbeschränkte Publizität eignen sich nicht jede Sitzung und nicht jedes Dokument der staatlichen Institutionen ». Voir aussi EHRENZELLER (1993), 43/44, qui défend vigoureusement la confidentialité des séances et de la procédure de décision du gouvernement, en particulier du Conseil fédéral, en invoquant notamment le principe de l'unité de l'exécutif. Cf. aussi FLEINER (1970), 384 ; SEILER (1992), 426.

lorsqu'il touche la confidentialité des délibérations d'une autorité[766]. De même, le droit d'accès est exclu s'agissant des données qui s'adressent à une autorité administrative dans le cadre d'une procédure de décision[767]. Enfin, la requête de consultation peut ou même doit être écartée lorsqu'elle porte sur des documents écrits qui ne sont pas encore achevés, des données non préparées ou encore des communications purement internes[768]. D'un autre côté, ces exceptions nécessaires au principe de l'ouverture ne sauraient remettre en cause le principe lui-même[769]. De plus, on pourrait concevoir, dans certains domaines, une ouverture différenciée, avec de telles exceptions, précisément, dans les cas où elles se justifient véritablement, en lieu et place d'une fermeture de principe[770].

113. Transparence et droit de savoir: éléments fondamentaux ou conception naïve de la démocratie ? – On l'a dit, ce sont surtout des considérations relevant de l'idéologie démocratique qui étayent les revendications de transparence administrative et d'introduction d'un droit à l'information[771]. L'argumentation fait apparaître une double composante, un double postulat démocratique[772]: d'un côté, le droit de savoir, l'information du peuple sur l'activité de l'Etat, comme élément fondamental de toute organisation démocratique; de l'autre côté, le souci ou la revendication d'un idéal de «formation». Pour ce qui est du premier aspect, le droit du public de savoir est ainsi considéré comme un élément inhérent à toute démocratie. Aux Etats-Unis, il représente une des composantes du système de l'équilibre des pouvoirs, des «checks and balances», sur lequel repose la démocratie américaine, équilibre qui doit s'établir non seulement entre les trois branches du «Government» et entre l'Union et les Etats, mais aussi entre le Gouvernement et le peuple[773]. Le droit du peuple d'être informé ou de s'informer de l'action de son gouvernement trouve ainsi son fondement dans la souveraineté populaire[774] et dans la doctrine des «checks and

766 Cf. KAHL (1996), 19.

767 Art. 3 II de la directive européenne et 7 I de la loi allemande (UIG), par ex.; cf. KAHL (1996), 19.

768 Art. 3 III de la directive européenne et 7 II de la loi allemande (UIG); KAHL (1996), 19.

769 Voir SEILER (1992), 427.

770 Dans ce sens, cf. TSCHANNEN (1995), 223/224, cité ci-dessus, n° 85, qui réclame une ouverture différenciée pour ce qui est des séances des commissions parlementaires; cet auteur défend en revanche la confidentialité s'agissant des séances et de la procédure de décision du Conseil fédéral (cf. note 597 ci-dessus).

771 Cf. not. SCOFFONI (1992), 11 ss; TSCHANNEN (1995), 418 ss.

772 Voir à ce sujet DRUEY (1995), 397.

773 Cf. not. SCOFFONI (1992), 12 ss; cf. aussi J. P. MÜLLER (1995a), 8 ss.

774 Comme le souligne SCOFFONI (1992), 11, on pourrait déjà lire ce principe à l'art. 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789: «La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration».

balances »[775]. Plus généralement, l'information étant instrument de pouvoir[776], le droit à l'information signifie aussi répartition et partage du pouvoir[777]. Or, l'exécutif dispose aujourd'hui, en raison de l'asymétrie de l'information, d'un « avantage » de pouvoir considérable[778]. Le principe de publicité introduit donc un élément de contrôle et de critique de l'activité administrative[779], une forme décentralisée de contrôle, en quelque sorte, de l'administration par les administrés – et par la presse[780] –, qui marque le passage d'un Etat interventionniste à un Etat interactif[781].

Dans ce sens, le droit à l'information se voit reconnaître parfois une fonction éducative[782] : celle de favoriser et d'accroître la motivation des citoyennes et des citoyens à s'intéresser aux affaires publiques et à y participer[783]. Mais cette fonction éducative peut aussi être conçue dans un autre sens, celui d'une stimulation pour l'administration elle-même à s'intéresser de manière plus sensible et plus active – moins réactive – aux attentes et aux aspirations des particuliers et de la société civile[784]. Ainsi, plus qu'un instrument de contrôle de l'administration par les administrés, le droit à l'information se transforme de droit à l'ouverture des dossiers en droit à l'ouverture des portes de l'administration[785], en tant qu'élément permettant le maintien du contact et du dialogue avec l'administration[786]. La démocratie véritable suppose une communication permanente entre les particuliers et l'Etat, ce qui présuppose la transparence de l'administration[787]. L'expérience des administrations qui ont accepté le principe de la publicité montre du reste que les autorités ont été amenées à porter une attention

775 Cf. not. SCOFFONI (1992), 13/14.

776 Cf. not. SEILER (1994), 352 ; KIENER (1994), 4/5.

777 Cf. not. SCOFFONI (1992), 14. Voir aussi SEILER (1992), 424, ainsi que J. P. MÜLLER (1986), n° 40.

778 Voir à ce sujet KETTIGER (1996), 50.

779 Cf. KAHL (1996), 13 ss ; SCOFFONI (1992), 14. Ainsi, plusieurs auteurs postulent une publicité accrue de l'activité administrative sous l'angle du contrôle de l'administration : cf. not. MASTRONARDI (1991), 630 ss ; SEILER (1994), 355 ss ; cf. aussi SCHWEIZER (1995a), 83.

780 Cf. J. P. MÜLLER (1986), n° 47 ss.

781 Cf. KAHL (1996), 15 : « Wandel vom Interventions- zum Interaktionsstaat ».

782 Cf. KAHL (1996), 16, selon lequel le principe de publicité « erfüllt eine Erziehungsaufgabe ».

783 Cf. KAHL (1996), 16/17. Voir aussi le rapport de la Commission de gestion du Conseil national, cité ci-dessus, n° 5, dans le texte. De même, J. P. MÜLLER (1986), n° 41 ss.

784 Cf. KAHL (1996), 17.

785 Cf. DRUEY (1995), 407 : qui relève « ..., dass das Recht gegenüber der Verwaltung mithin weniger als Dossier-, denn als Türöffner wirkt ».

786 DRUEY (1995), 407.

787 EHRENZELLER (1993), 36 : « Wirkliche Demokratie bedarf der dauernden Kommunikation zwischen Bürger und Staat, was als Grundsatz die Transparenz der Verwaltung voraussetzt ». Cf. aussi BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 351/352 ; J. P. MÜLLER (1995a), 4 ss.

accrue aux exigences de qualité de l'information et aux impératifs de la protection des données[788]. Il y a donc un parallèle entre le développement de cette dernière et le régime de la publicité. Comme indiqué, plus que la simple transparence de l'administration, le mouvement d'ouverture qui se manifeste à l'échelle mondiale fait apparaître la recherche d'un équilibre entre l'information et le secret, qui n'est autre que la non-information[789].

Diverses objections sont adressées à cette conception démocratique de la publicité et du droit à l'information. Tout d'abord, on craint parfois, en Allemagne surtout, que l'instrumentalisation du droit à l'information en tant qu'élément de contrôle de l'administration n'affaiblisse les mécanismes institutionnels traditionnels de la surveillance, notamment par le parlement et les tribunaux[790]. Surtout, certains auteurs soulèvent une objection d'ordre « anthropologique », consistant à dire que l'idéal démocratique du principe de publicité repose sur une conception idéaliste et même naïve de la démocratie, conception fort éloignée de la réalité. L'image d'une femme ou d'un homme « politicus », sur laquelle repose cet idéal, serait journellement contredite par la réalité de la société actuelle, composée pour l'essentiel d'une masse désintéressée et apathique[791]. De sorte que l'institution de droits d'accès à l'information conduirait seulement à renforcer la position d'une petite élite, ainsi que des groupes de pression, pour ne favoriser finalement que des intérêts individuels[792], ce dont témoignerait du reste l'utilisation essentiellement commerciale qui est faite du droit à l'information aux Etats-Unis, par exemple[793]. L'institution de ce droit d'accès relèverait d'une conception plus « consumériste » que démocratique, et serait le fruit typique d'une « révolution par le haut »[794]. Il est certain que l'idéal d'une société démocratique, ouverte, pluraliste et participative, est quotidiennement malmenée par la réalité. Cet idéal relève, pour une part au moins, de la fiction, d'une des multiples fictions dont se nourrissent les institutions et l'idéologie démocratiques[795]. Or, comme le dit ANDREAS AUER, « [p]ersonne n'oserait proposer sérieusement la suppression des institutions démocratiques, parce qu'elles se fondent sur une

788 Cf. KETTIGER (1996), 53, pour l'expérience bernoise.

789 Cf. DRUEY (1995), not. 74 et 124. Voir aussi, sur cette recherche d'équilibre, SCOFFONI (1992), cité au n° 100 ci-dessus, ainsi que les auteurs cités ci-dessous, n° 116.

790 Cf. KAHL (1996), 19/20.

791 Cf. KAHL (1996), 20/21, avec des références.

792 Ainsi : DRUEY (1995), 404.

793 Cf. KAHL (1996), 20/21, avec des références. Voir aussi, dans ce sens, DRUEY (1995), 403/404.

794 DRUEY (1995), 405.

795 Sur ces multiples fictions, AUER (1984), 79 ss.

montagne de fictions »[796]. Autrement dit, le fait que l'idéal ne soit pas atteint ne constitue pas encore une raison de l'abandonner[797]. JEAN-NICOLAS DRUEY précise du reste que « [d]as will nicht heissen, dass die verfügbar gemachte Information in der Staatsorganisation ohne Relevanz wäre ; ihre Bedeutung entfaltet sie aber nicht durch aktuelle Verbreitung, sondern allenfalls als Potential »[798]. Il n'en va pas autrement, d'ailleurs, du principe de la publicité en matière judiciaire, dont on s'accorde généralement à admettre que peu importe si les salles d'audience restent vides : la simple possibilité de la porte ouverte, d'une visite inopinée, constitue déjà une garantie[799].

114. Compensation de la puissance informatique de l'Etat ou affaiblissement des droits individuels à la protection du secret ? – Plus récemment, on l'a dit, les revendications d'ouverture et de reconnaissance d'un droit à l'information sont motivées en outre par des considérations d'un autre type, liées aux risques que fait courir à la société et à l'individu le développement des techniques et des technologies de l'information et de la communication. La transparence de l'administration est ainsi conçue comme un garde-fou face à l'expansion du potentiel d'informations que détient l'Etat, face à l'apparition et au développement de réseaux toujours plus grands et ouverts de banques de données, qui mettent en danger le droit à l'autodétermination des individus en matière de données personnelles et conduisent « [v]on der informationellen Selbst- zur informationellen Fremdbestimmung »[800] : il s'agit de rétablir un certain équilibre entre la toute puissance informatique de l'administration et les particuliers[801]. Dans cette perspective, cependant, la problématique d'un droit à l'information se pose non seulement par rapport à l'Etat et aux pouvoirs publics, mais également par rapport aux organisations privées. On se heurte alors au problème de l'effet horizontal du droit à l'information[802].

A l'inverse, certains voient au contraire dans la publicité un risque pour les droits individuels, en particulier le droit à « l'autodétermination en matière de données personnelles », ainsi que les droits à la protection de la

796 AUER (1984), 85.

797 KAHL (1996), 21.

798 DRUEY (1995), 405.

799 Cf. not. VILLIGER (1993), 259.

800 BALLER (1996), 40 ss.

801 BALLER (1996), 53 : « Die Beachtung dieser Grundsätze bewirkt, dass sowohl der informierte Staat zugleich zum gläsernden Staat wird als auch der gläserne Bürger zum informierten Bürger. Das Gleichgewicht von Transparenz und Informiertheit in den jeweiligen Polen und in ihrer wechselseitigen informatorischen Beziehung wäre wiederhergestellt » (avec d'autres références, 54 ss). Voir en outre SCOFFONI (1992), cité n° 100 ci-dessus.

802 Cf. BALLER (1996), 53/54, qui plaide pour une réforme constitutionnelle qui confère au droit à l'information un effet horizontal. Contra : DRUEY (1995), cité n° 100 ci-dessus, dans le texte.

sphère privée et du secret d'affaires. On craint ainsi que la transparence ne mette en danger la protection des données et qu'elle soit en particulier utilisée par des entreprises en vue d'espionner la concurrence. A l'appui de ces affirmations, on relève l'expérience des Etats-Unis, où 80 % environ des requêtes de consultation émanent directement ou indirectement de l'économie[803]. Même si elle n'est pas à prendre à la légère, cette crainte doit être nuancée. L'ouverture de l'administration à la publicité et à la transparence n'est jamais, et ne saurait être, absolue et totale[804]. Sont toujours réservés les intérêts publics et privés prépondérants qui s'opposent à une information ou à une communication[805]. Le droit à la protection des données et la protection du secret des affaires jouissent aussi d'une protection de rang constitutionnel, protection qui doit se refléter dans les conditions et les modalités d'accès. Ce qui est du reste le cas dans les diverses législations qui ont consacré le principe de publicité. Ainsi, par exemple, la directive européenne prévoit précisément une exception à l'accès dans le but de protéger la confidentialité des données personnelles et des secrets professionnels et d'affaires[806]. Comme indiqué, l'expérience des administrations qui ont accepté le principe de la publicité semble d'ailleurs montrer que les autorités y sont sensibilisées aux exigences de la protection des données[807]. La directive européenne prévoit en outre que les informations relatives à l'environnement qu'une personne privée a communiquées librement à une autorité ne pourront être rendues accessibles à des tiers qu'avec l'accord de l'informateur[808]. Enfin, on peut aussi envisager d'exclure les requêtes génériques, purement sondeuses, comme ne satisfaisant pas aux exigences de précision de la requête[809]. Il n'en demeure pas moins que les rapports entre la protection des données, d'un côté, et le droit à l'information, de l'autre, méritent quelques éclaircissements.

---

803 Cf. KAHL (1996), 17/18. Voir aussi DRUEY (1995), 404 et 405, qui relève que le FOIA, aux Etats-Unis, n'offre qu'une protection très faible aux tiers concernés.

804 Cf. J. P. MÜLLER (1983), 140, qui relève qu'il n'en a jamais été question. Cf. J. P. MÜLLER (1986), n° 46; SEILER (1992), 437 ss.

805 Cf. J. P. MÜLLER (1983), 140, et (1986), n° 46; SEILER (1992), 437 ss.

806 Art. 3 II de la directive européenne; cf. KAHL (1996), 18.

807 Cf. KETTIGER (1996), 53, pour l'expérience bernoise.

808 Art. 3 II 6 de la directive européenne, ainsi que l'art. 7 IV de la loi allemande (UIG); cf. KAHL (1996), 18.

809 Art. 3 III de la directive européenne, 7 III de la loi allemande (UIG); cf. KAHL (1996), 18.

2. Droit à l'information et protection des données : exigences antagonistes ou complémentaires ?

115. Protection des données contre droit à l'information ? – Concrétisation de la liberté personnelle, le droit de la protection des données a pour but de protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données, c'est-à-dire d'informations qui les concernent[810]. Il se fonde, au moins en partie, sur le principe de l'autodétermination en matière de données personnelles (« informationelle Selbstbestimmung »)[811]. Ce principe a été reconnu et développé par la Cour constitutionnelle allemande, qui en a même fait un droit fondamental, dans son arrêt de 1983 sur le recensement fédéral[812]. Pour la Cour, ce droit confère à toute personne le pouvoir de décider elle-même, librement, en principe, des données qui la concernent[813], le droit de savoir « wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiss »[814]. En Suisse, comme en Allemagne, certains auteurs lui reconnaissent également le rang d'un droit fondamental[815]. Comme indiqué, l'idée est à la base de la législation sur la protection des données. Toute personne doit pouvoir déterminer elle-même si et à quelles conditions des informations qui la concernent peuvent être traitées et, notamment, communiquées. Et, contrairement au droit traditionnel de la protection de la personnalité, ce droit à la libre détermination ne vaut pas seulement pour les informations dont la connaissance est susceptible de porter concrètement atteinte aux droits de la personnalité, mais pour toutes les données qui se rapportent à une personne déterminée ou déterminable[816]. Ainsi, aux termes de la loi sur la protection des données, la communication de données personnelles à des tiers est interdite, à moins qu'une base légale ne l'autorise[817] ; à défaut de base légale, elle n'est permise que si le destinataire a, en l'espèce, absolument besoin de ces données pour accomplir sa tâche légale, si la personne concernée y a, en l'espèce, consenti

---

810 Voir not. l'art. 1er de la *loi fédérale sur la protection des données*, du 19 juin 1992 (LPD, RS 235.1).

811 Voir SEILER (1992), 438.

812 BVerfGE 65, 1 (42 ss). Sur cet arrêt, et ce droit, voir not. ALBERS (1996), 117 ss ; AULEHNER (1996), 206 ss, tous deux avec d'autres références.

813 BVerfGE 65, 1 (Leitsatz 1) et 43 : « Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Freigabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen ».

814 BVerfGE 65, 1 (43).

815 Voir aussi SCHWEIZER (1995a), 82 : « Dabei ordnet das Bundesgericht dem Recht der persönlichen Freiheit ein « Grundrecht auf informationnelle Selbststimmung » zu, das eben der Einzelperson grundsätzlich die Verfügungsbefugnis über sie betreffenden Daten sichert ... ».

816 Cf. SEILER (1992), 438.

817 Art. 19 I LPD, la « qualité » de la base légale – formelle ou matérielle – dépendant du caractère plus ou moins sensible des données en cause (cf. art. 19 en relation avec l'art. 17 LPD).

ou que les circonstances permettent de présumer un tel consentement, ou encore qu'elle a elle-même rendu ces données accessibles à tout un chacun[818]. Ainsi, seule une loi ou, à défaut, le consentement explicite de la personne concernée autorise la communication à des tiers de données personnelles[819]. Or, comme une grande partie des informations détenues par l'administration contient de telles données personnelles, on pourrait craindre que la protection des données n'entre en conflit, voir même contredise l'aspiration à la transparence et à la publicité de l'administration. C'est ainsi que, avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la protection des données, HANSJÖRG SEILER estimait que « [j]e nach Handhabung könnte sich das Datenschutzgesetz als eigentliches Anti-Transparenz-Gesetz auswirken »[820].

116. Le droit à l'information comme relativisation du droit de disposer librement de ses données personnelles ? – Dans un autre sens, cependant, le principe de la publicité peut aussi se concevoir comme une relativisation de la conception purement subjective du « droit à l'autodétermination en matière de données personnelles », telle qu'elle s'est développée en Allemagne, du moins dans une partie de la doctrine : conception qui fait de ce droit un droit de libre disposition, de propriété en quelque sorte[821]. Or, même en Allemagne, cette conception est aujourd'hui critiquée et relativisée[822] : prise à la lettre, elle conduirait à bloquer tout processus de communication[823]. Pour ce qui est de la Suisse, le Tribunal fédéral ne semble du reste jamais lui avoir accordé une telle portée. Dans les quelques arrêts où il a parlé d'un « informationellen Selbstbestimmungsrechts », il l'a fait uniquement sous l'angle du droit d'accès aux données personnelles, et non sous l'angle du droit de la personne concernée de décider librement de l'utilisation de ces données[824]. Plus récemment, il paraît même s'être écarté d'une telle conception subjective, dans son arrêt du 15 mai 1998, concernant le droit de consulter les registres fiscaux[825]. Alors que le recourant invoquait précisément son droit à l'autodétermination en matière de

818 Art. 19 I let. a, b et c LPD (la let. d prévoit une condition alternative supplémentaire, non pertinente ici).

819 Cf. SEILER (1992), 438.

820 Cf. SEILER (1992), 439.

821 Cf. ALBERS (1996), 119.

822 Cf. AULEHNER (1996), 206 ss et 214, qui parle d'une « (Über-)Betonung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ». Cf. aussi ALBERS (1996), 121 ss.

823 Cf. ALBERS (1996), 119/120, avec de nombreuses références.

824 Voir ATF 122 I 153 (162), *M.* : « Das Einsichtsrecht ist Teil des sog. informationellen Selbstbestimmungsrechts, wie es in der Lehre und der Rechtsprechung anerkannt wird (vgl. BGE 120 II 118 E. 3a S. 121 ; Botschaft zum DSG, BBl 1988 II 417 f. ; BVerfGE 65 Nr. 1 S. 41 E. 1a = EuGRZ 1993 S. 577 [588]) ». Il en allait de même dans l'ATF 120 II 118 (121), *E.*

825 Voir ATF 124 I 176, *Ludwig A. Minelli.*

données personnelles[826], les juges ont nié, dans l'hypothèse où la loi prévoit la publicité d'un tel registre, l'existence d'un droit constitutionnel de la personne concernée de s'opposer à la consultation, ou même d'en être informée et de pouvoir donner son consentement[827]. Ainsi, comme le souligne DANIEL KETTIGER, la protection des données ne saurait être comprise comme une simple «barrière» à l'information et à la communication[828]. Il ne s'agit pas de protéger le secret en soi, mais de rechercher et de trouver un équilibre entre les intérêts de la société à ce que le public soit informé, d'un côté, et les intérêts des personnes concernées au secret et à la protection de la sphère privée, de l'autre côté[829]. Concrètement, cela signifie, dans une administration où s'applique le principe de la publicité, que toutes les données personnelles ne sont plus sans autre secrètes; que la volonté des personnes concernées de tenir ces données secrètes n'a plus une valeur absolue; que l'audition préalable et l'accord de ces personnes ne sont donc plus une condition nécessaire, dans tous les cas, à la communication des données[830]. En ce sens, il n'y a donc pas antinomie, mais complémentarité entre la protection des données et le droit à l'information, qui constituent les deux éléments de l'équilibre, perpétuel, à trouver entre le droit du public à l'information et le droit des particuliers à la protection de la sphère privée[831], entre la publicité et le secret, équilibre qui est nécessaire dans toute société à la fois libérale et démocratique[832]. Il s'agit, en d'autres termes, de déterminer le «juste niveau d'équilibre entre le communicable et le secret, d'un double

826 Pour les considérants de l'arrêt non publiés au Recueil officiel, cf. *Plädoyer* 1/1999, 79 ss.

827 Voir ATF 124 I 176 (183/184), *Ludwig A. Minelli*.

828 KETTIGER (1996), 55: «Datenschutz darf dabei nicht im Sinne von Abschottung von Informationen verstanden werden, sondern als Chance der Verwirklichung der Persönlichkeit in der Informationsgesellschaft durch die Einräumung von Partizipations-, Abwehr- und Kontrollrechten der Individuen an den sie betreffenden Informations- und Kommunikationsvorgängen».

829 KETTIGER (1996), 55/56, avec d'autres références.

830 KETTIGER (1996), 56. Voir aussi l'art. 28 de la loi bernoise, qui n'exige le consentement de la personne concernée que s'agissant de la communication de données personnelles sensibles.

831 Voir aussi BALLER (1996, 51: «Öffnet man sich der im Vordringen befindlichen Erkenntnis, dass Datenschutz und Informationszugangsrechte sich unter dem gemeinsamen Dach des Informationsrechts gegenseitig ergänzen, dann könnten sie zusammen den Königsweg der Problemlösung ergeben». Cf. aussi DRUEY (1995), 387 ss, spéc. 395: «Allgemeiner gesagt, muss es unweigerlich auch die Aufgabe des Datenschutzes sein, dass es nicht einfach Geheimnisse schützt, sondern zum Entscheid über Schliessung *oder* Öffnung von Informationskanälen beiträgt».

832 Voir EDWARD SHILS (1956): «Die Tradition einer freiheitlichen, individualistischen Demokratie enthält ein Gleichgewicht von Öffentlichkeit, Privatheit und Geheimhaltung, ...», cité par BALLER (1996), 48.

point de vue, de la définition du principe d'accès et de ces exceptions à la mise en œuvre et aux garanties d'exercice du droit d'accès »[833].

F. La forme du changement : droit fondamental ou loi sur l'information ?

117. Droit fondamental ou loi : l'état de la discussion dans la doctrine. – Reste une dernière question, celle de la forme du changement, c'est-à-dire du passage du principe du secret à celui de la publicité. Faut-il préférer, comme certains auteurs semblent le faire, que le changement s'opère par la voie jurisprudentielle, que ce soit sous la forme d'une nouvelle interprétation, d'une relecture du droit positif ou celle de la reconnaissance d'un (nouveau) droit fondamental, à l'information ou à la publicité, auquel cas se pose encore la question du rattachement de ce droit ? Faut-il, au contraire, préférer une intervention du législateur ? Comme indiqué, la doctrine semble à première vue quelque peu partagée sur cette question. Si certains estiment qu'un changement n'est pas nécessaire, en ce sens qu'il suffirait d'une lecture correcte du droit positif[834], d'autres revendiquent la reconnaissance, par voie jurisprudentielle ou par voie de révision constitutionnelle, d'un (nouveau) droit fondamental, un droit à l'information ou à la publicité, droit qui pourrait se rattacher soit au principe démocratique, soit à la liberté d'information, soit encore être reconnu en tant que nouveau droit fondamental non écrit indépendant : « Die Zeit scheint deshalb dafür reif zu sein, einen positiven Anspruch auf Informationstätigkeit durch den Staat bzw. die Behörden auf Verfassungsstufe anzuerkennen. [...] Dieser Ausbau des Grundrechtsschutzes liesse sich nicht nur durch eine Verfassungsrevision, sondern auch durch eine Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erzielen. Nachdem nunmehr insbesondere auch die Kantone in mehreren revidierten Verfassungen grundrechtliche Informationspflichten vorsehen, scheinen die Voraussetzungen dafür auch auf Bundesebene gegeben zu sein »[835].

Une partie de la doctrine paraît cependant sceptique, voire critique, à l'égard d'un tel droit. Ainsi, JEAN-NICOLAS DRUEY relève : « Information wurde auch mit der Leichtigkeit, welche dem Verfassungsrecht bei der Bildung neuer Grundrechte eigen ist, selber zum Gegenstand eines solchen Rechts. Die « Informationsfreiheit » ist heute zum festen Bestandteil des Verfassungsrechts geworden (...). Der Gehalt, welcher der Informationsfreiheit gegeben wird, ist indessen spezifischer, als es der Name andeutet.

833 SCOFFONI (1992), 23.

834 Voir à ce propos l'opinion de SEILER (1992), examinée ci-dessus, n° 96.

835 BREITENMOSER/UEBERSAX (1997), 351 et 352.

Es wird darin das Recht auf eine gewisse Transparenz des *Staates* im Hinblick auf den demokratischen Meinungsbildungsprozess erblickt. Die Begrenzung ist insofern dreifacher Art: es geht nur um Informationen betreffend den Staat; das Grundrecht wird funktionalisiert als Element des demokratischen Meinungsbildungsverfahrens verstanden; es betrifft nur bestimmte Informationen, nämlich nur solche, welche nicht durch anderweitige Normen dem Einblick entzogen sind. Die Notwendigkeit solcher Eingrenzungen entspricht unseren allgemeinen Erkenntnissen (...). Ein Grundrecht auf Information per se kann es nicht geben. Es bedarf immer der Qualifizierung der Situation, aus der heraus Information verlangt werden kann. Information ist nicht von selber wertvoller als Nicht-Information (...)»[836]. Dans le même sens, BERNARD EHRENZELLER estime que la voie de la reconnaissance d'un droit fondamental à l'information n'est ni appropriée, ni souhaitable[837]. Il estime cependant que la transparence de l'activité administrative constitue un «verfassungsmässiges Gebot», ce qui doit se manifester sous forme d'une triple conséquence: d'abord, pour tout document, une pesée des intérêts au secret et à l'information est nécessaire; ensuite, le particulier a un droit à une décision motivée; enfin, il doit exister une possibilité de contrôle indépendante de la décision, ce qui ne signifie pas nécessairement une voie de recours auprès d'une instance judiciaire, mais auprès d'un organe de médiation, par exemple[838]. Aussi, pour mettre sur pied une telle procédure, cet auteur se prononce résolument pour une intervention du législateur, dans le sens d'une loi sur la publicité de l'administration[839]. Seule une telle loi serait à même de garantir le changement des mentalités et le processus d'apprentissage nécessaires au sein de l'administration[840]. En plus de décrire cette procédure, la loi en question devrait par ailleurs désigner les documents communicables, définir les intérêts publics et privés justifiant un refus de communication, régler la question du droit aux informations orales, ainsi que se prononcer sur un éventuel accès privilégié en faveur des médias, etc.[841].

A vrai dire, cependant, la divergence ne semble pas aussi profonde qu'il n'y paraît. En effet, les auteurs qui se sont prononcés en faveur de la reconnaissance d'un droit à l'information ne visaient pas tant un droit

836 DRUEY (1995), 325/326, qui admet que des droits spécifiques à l'information peuvent être *déduits* de certains droits fondamentaux.

837 EHRENZELLER (1993), 45, qui relève notamment qu'un tel droit entrerait en contradiction et en concurrence avec les droits d'information du Parlement, en tant qu'organe de contrôle de l'administration.

838 EHRENZELLER (1993), 46.

839 EHRENZELLER (1993), 46 ss.

840 EHRENZELLER (1993), 46/47.

841 EHRENZELLER (1993), 47/48.

général à l'information, mais plutôt la reconnaissance de nouveaux droits à l'information, dans certaines hypothèses spécifiques, à partir de droits fondamentaux existants. Ainsi, comme le précise JÖRG PAUL MÜLLER, « [i]l ne s'agit pas, répétons-le, d'obtenir, à travers la jurisprudence sur les droits fondamentaux, que l'activité de l'administration soit désormais accessible à tous ; mais de concrétiser progressivement un droit subjectif à l'information dans les cas où il est justifié »[842]. En revanche, « [u]n *renversement* du principe de la non-publicité des actes de l'administration – selon le modèle de la Suède ou des Etats-Unis , par exemple – ne peut se faire que par une révision législative. La reconnaissance casuistique, par le Tribunal fédéral, de droits spécifiques et ponctuels, telle que nous la préconisons, pourrait fournir d'utiles jalons pour une future législation »[843]. Dans le même sens, ALFRED KÖLZ et ISABEL HÄNER précisent : « Hingegen wäre die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips durch die Rechtsprechung wegen der politischen Bedeutung des Entscheids und der Gefahr mangelnder Akzeptanz in der Verwaltung fragwürdig. Doch liesse die geltende Rechtslage zumindest zu, dass das Bundesgericht dem Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung einen über Art. 6 Abs. 1 EMRK hinausreichenden Geltungsbereich verschafft. Dafür böte die Rechtsprechung zu den ungeschriebenen Freiheitsrechten einen Ansatz, da auch die Öffentlichkeit wie diese unentbehrlicher Bestandteil der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung ist. Von diesem Ausgangspunkt her liesse sich sowohl ein Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf Öffentlichkeit als auch ein Informationsanspruch nicht am Verfahren beteiligter Dritter begründen »[844]. La voie jurisprudentielle semble donc réservée à la reconnaissance de droits d'accès spécifiques.

118. Une loi sur la publicité de l'administration ? – S'agissant en revanche d'ouvrir un accès plus général, la tendance dominante paraît ainsi aller dans la direction d'une intervention du législateur fédéral, dans le sens d'une loi sur la publicité de l'administration. C'est du reste ce que demandent les trois motions déposées en 1997. Cette tendance est renforcée aussi par une autre

842 J. P. MÜLLER (1986), n° 51. Dans le même sens, J. P. MÜLLER (1991), 155, ainsi que, avec des exemples concrets, (1983), 141/142. Cette conception ne paraît pas très éloignée de celle de DRUEY (1995), cité note 836 ci-dessus.

843 J. P. MÜLLER (1986), n° 53.

844 KÖLZ/HÄNER (1998), 51. Dans un sens proche, me semble-t-il, SCHWEIZER (1990), 190 ss, ainsi que (1995a), not. 85/86. De même, mais avec une motivation un peu différente, SCHWEIZER/BURKERT (1996), 28, n° 72 et 73 : « Abschliessend muss allerdings festgestellt werden, dass auf Bundesebene ein allgemeines verfassungsrechtliches Informationszugangsrecht, ..., vorläufig politisch kaum Chancen hat [avec référence à l'abandon de la variante de l'avant-projet de révision constitutionnelle de 1995 ; cf. n° 110 ci-dessus]. Dementsprechend müssen sich die Anstrengungen auf die gesetzlichen Garantien konzentrieren ».

considération, de caractère pragmatique: il est assez généralement admis que, même dans l'hypothèse de la reconnaissance d'un (nouveau) droit fondamental, une loi s'avérerait nécessaire à sa concrétisation. Plusieurs auteurs font valoir en effet que la reconnaissance d'un droit fondamental à l'information ne serait pas, en elle-même, suffisante, dans la mesure où ce droit ne saurait être formulé de façon suffisamment précise pour être justiciable[845]. Plus généralement, on estime que le législateur est mieux à même que le juge de remplir les conditions d'une intervention efficace. Comme le souligne GUY SCOFFONI, «[p]our être efficaces, les dispositions concernées doivent être aussi précises que possible et s'il est difficile de légiférer en cette matière le législateur semble néanmoins mieux placé que le juge, pour définir le niveau d'équilibre entre le communicable et le secret en fonction des intérêts en présence»[846]. L'expérience des cantons de Berne et d'Appenzell Rhodes-Extérieures illustre ce point de vue, puisque la reconnaissance d'un droit constitutionnel à l'information y a été simultanément concrétisée par une loi sur l'information. Il en va de même du droit comparé, ainsi que le souligne JEAN-NICOLAS DRUEY: «Keines der Länder, die das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung in die Praxis umsetzen, stützt dies direkt auf die Verfassung ab. Jedesmal ist ein recht ausführliches Gesetz erforderlich, das erst die Umsetzung des Gedankens in die Praxis erlaubt. Das legt wieder den Schluss nahe, dass Informationsfreiheit nicht so sehr als unmittelbar anwendbares Recht, sondern als politisches Programm auftritt»[847].

119. Appréciation. – Il faut noter, tout d'abord, qu'il n'y a pas, comme le montrent les exemples des cantons de Berne et d'Appenzell Rhodes-Extérieures, d'antinomie entre la reconnaissance d'un droit fondamental et l'intervention législative. Au contraire, les deux choses sont complémentaires, doublement même: d'un côté, la loi sert à concrétiser le droit constitutionnel, à en préciser les contours et les limites, ainsi que les modalités d'exercice; d'un autre côté, la garantie constitutionnelle permet de renforcer la loi, dans la mesure où elle ouvre la voie d'un recours au juge en cas de manquement ou d'insuffisance du législateur, cela au moins pour le niveau cantonal. Au niveau fédéral, la question se pose en termes quelque peu différents. La complémentarité ne serait pas entièrement garantie, en raison de l'article 113 III de la Constitution. Aussi, la (seule) reconnaissance d'un (nouveau) droit fondamental de rang constitutionnel fédéral

845 VORBRODT STELZER (1995), 123, ainsi que 180: «Allerdings stellt sich die Frage, ob ein Grundrecht geeignet ist und genügend präzis formuliert werden kann, um den gewünschten Zugang verschaffen zu können» (cf. aussi 181).

846 SCOFFONI (1992), 19/20, avec d'autres références.

847 DRUEY (1995), 401.

aurait des effets principalement en termes de transparence et de publicité des administrations cantonales. L'effet serait moindre sur l'administration fédérale, dans la mesure où les dispositions légales (formelles) instituant aujourd'hui le secret résisteraient à un droit fondamental. Cette constatation justifie elle aussi, si besoin est, la voie d'une intervention du législateur fédéral. A cela s'ajoute que l'intervention législative aurait d'autres avantages. Comme l'indique PIERRE TSCHANNEN, la question de la publicité de l'activité des autorités appelle une réponse différenciée selon les diverses phases du processus de décision, ce qui exige une réglementation à la fois relativement détaillée mais, simultanément, fondée sur une conception d'ensemble cohérente. Il appartient dès lors au législateur, plutôt qu'au juge constitutionnel, d'y apporter les solutions adéquates[848].

120. Contenu de la réglementation de l'accès du public à l'information: quelques remarques. – Plusieurs études ont montré, de manière fort détaillée, quel pourrait et quel devrait être le contenu d'une loi sur la publicité de l'administration, sous l'angle de la garantie des droits d'accès des particuliers aux documents de l'administration[849]. On n'y reviendra donc pas ici. On se limitera à trois remarques. En premier lieu, pour ce qui est du principe même de la publicité et, surtout, de ses limites, c'est-à-dire des exceptions au droit de consultation, le droit comparé montre, on l'a vu, une certaine convergence, voire même une certaine uniformité en ce qui concerne le contenu de ces exceptions[850]. Il faut toutefois souligner l'importance à cet égard de la technique législative: la détermination de l'équilibre entre ce qui est communicable et ce qui ne l'est pas exige une définition et une délimitation précises des hypothèses de maintien du secret. La technique des clauses générales et génériques ne paraît pas suffire[851]. Ainsi, par exemple, une exception qui exclurait de façon générale la consultation des documents relevant de la politique et des relations internationales s'avérerait problématique, ne serait-ce qu'en raison du déplacement progressif de la production législative vers le niveau international[852]. Une certaine densité normative est donc nécessaire.

S'agissant de ses modalités d'exercice, le droit à l'information doit être inconditionnel: il ne saurait être subordonné à l'existence et à la preuve d'un quelconque intérêt juridique ou même de fait, digne de protection[853].

---

848 TSCHANNEN (1995), 420.

849 Voir en particulier HÄNER (1990), 289 à 414, et COTTIER (1982), 205 à 229. Cf. aussi EHRENZELLER (1993), 56 ss.

850 Voir ci-dessus, n° 99; DRUEY (1995), 403. Pour les différentes exceptions, voir spéc. HÄNER (1990), 325 à 407.

851 Voir en particulier HÄNER (1990), 245, et COTTIER (1982), 206 et 213/214.

852 Dans ce sens, not., SEILER (1992), 435 ss, et EHRENZELLER (1993), 47/48.

853 BALLER (1996), 55/56.

Pour ce qui est de la forme de la consultation elle-même, la figure classique est sans doute celle d'une requête adressée par un particulier à une autorité étatique, qui fournirait l'information et accorderait la consultation demandées. On devrait cependant envisager également des formes de consultation plus modernes, exploitant les possibilités ouvertes par les techniques et technologies de l'information. Ainsi, par exemple, certains proposent, en complément à la formule de la requête classique, l'installation de banques de données dans lesquelles les autorités mettraient à disposition les informations susceptibles de faire l'objet d'une demande de consultation ou, comme variante, la mise à disposition de ces informations sur les réseaux (encore ?) ouverts, tels Internet[854]. A ce sujet, il convient cependant de prêter attention à la dimension objective du droit à l'information : la garantie d'une infrastructure de base, qui ouvre un accès à l'information indépendant notamment de la situation financière des individus et de leur niveau de formation. Il s'agit d'assurer l'égalité des chances dans l'accès au réseau[855] : tarifs sociaux pour certains services de communication, protection des utilisateurs contre la contrainte, provoquée par l'innovation technique, à l'acquisition de matériel toujours nouveau pour pouvoir simplement accéder à certaines informations. On pourrait songer, par exemple, à des « kiosques électroniques », installés au siège des autorités et/ou dans d'autres endroits accessibles au public, comme les bibliothèques publiques, les écoles et autres établissements de formation, voire les centres commerciaux, où les personnes intéressées pourraient accéder gratuitement à certaines informations[856].

Du moment que le droit à l'information n'est pas garanti de manière absolue, mais assorti d'exceptions, il est inévitable que les demandes de consultation pourront être sources de conflits. Aussi, l'un des aspects essentiels de la réglementation portera-t-il sur les garanties procédurales de règlement de ces conflits. A cet égard, il est clair que la (future) loi sur l'information devra prévoir les voies de droit qui permettront de mettre en cause, devant une autorité tierce, un éventuel refus, ne serait-ce que partiel, d'accès à l'information. La loi aura ainsi pour objet – essentiel – de formaliser l'information par les autorités, de transformer l'acte d'informer, d'acte informel et matériel qu'il est aujourd'hui, en un acte formel : l'autorité qui entend rejeter ou ne pas faire entièrement droit à une requête d'information ou de consultation devra rendre une décision, susceptible de recours. On peut toutefois se demander si la matière ne se prête pas à l'institution, en amont d'une éventuelle procédure contentieuse, de modes

854 BALLER (1996), 56.

855 Voir aussi, à ce sujet, MÜLLER/SCHEFER (1997), 204.

856 Voir, dans ce sens, BALLER (1996), 57.

alternatifs de règlement des conflits, comme des instances de médiation ou de préposé/e/s à l'information, par exemple. Dotées d'une certaine compétence matérielle, de telles instances pourraient avoir pour fonction non seulement de trier l'information, séparant l'accessible du secret, mais aussi de la «préparer», en rassemblant les différentes données composant une requête, en les anonymisant, etc. Il faudrait veiller à ce qu'une telle procédure n'ait pas pour effet de ralentir le processus de consultation.

V. Synthèse et conclusions

121. Un constat: le caractère flou et incertain de l'information par les autorités. – Arrivé aux termes de ce rapport, un constat s'impose. Si l'activité d'information et de communication des autorités revêt une importance toujours croissante, son statut au regard du droit n'est pas clairement défini. La place de l'information dans les rapports entre l'Etat ou les autorités, d'un côté, et les particuliers, les médias ou le public en général – la «société civile» –, de l'autre, est incertaine et ambigu.

Cela vaut, d'abord, pour l'information dite active, celle que les autorités fournissent spontanément, que ce soit l'information en rapport avec l'exercice des droits politiques, avant les votations et les élections, ou l'information en dehors de ce contexte, c'est-à-dire l'information sur l'activité étatique en général ou même l'information incitatrice. De plus en plus, les autorités revendiquent un *droit* d'informer le public, de communiquer avec lui, pour défendre leurs projets ou améliorer l'efficacité des mesures étatiques. Elles cherchent à conseiller, sensibiliser, influencer, mettre en garde ou, tout simplement, convaincre. Cette évolution soulève toute une série de questions que ce rapport a tenté de mettre en lumière, sinon de résoudre. Les autorités ont-elles ce droit? N'ont-elles pas, même, un devoir d'informer? A quelles conditions cette information active est-elle subordonnée? Jusqu'où peut-elle aller? Quels sont les moyens de défense des particuliers et du public? A ces questions, la législation, rarement, et la jurisprudence, un peu plus souvent, apportent des réponses; à défaut, la doctrine propose des solutions. L'approche demeure toutefois ponctuelle et sectorielle, et les solutions sont le plus souvent discutées, voire controversées.

Une même incertitude apparaît, d'autre part, sous l'angle du *droit* des particuliers et du public en général d'accéder aux informations des autorités. Refusant de reconnaître un droit général à l'information, le droit positif ouvre néanmoins différents droits d'accès partiels et spécifiques, par

le biais de la liberté d'information ou par l'intermédiaire d'autres droits fondamentaux, des droits politiques ou de diverses garanties de publicité. Là encore, cependant, la situation est assez floue. D'une part, la conception traditionnelle, restrictive, de la liberté d'information est incohérente et critiquée. D'autre part, la délimitation et la portée des diverses voies d'accès spécifiques à l'information ne sont pas très claires.

122. L'évolution probable: une loi sur la publicité de l'administration (fédérale). – Dans un domaine, celui du droit des particuliers à l'information, un changement paraît aujourd'hui se dessiner: après être restée sourdes, pendant une vingtaine d'années, aux revendications d'une partie de la doctrine et à la pression de l'évolution internationale, les autorités fédérales ont récemment accepté l'idée de la publicité de l'administration et celle de sa réglementation. Une loi devrait donc prochainement voir le jour, pour assurer la transparence de l'activité de l'administration (fédérale) et garantir un droit des particuliers à l'information.

Sur le fond, une telle loi aura pour objet principal de déterminer ce qui est communicable et ce qui ne l'est pas; autrement dit: de trouver le juste niveau d'équilibre entre l'information et le secret. Cela suppose, sous l'angle de la technique législative, une définition et une délimitation précises des hypothèses de maintien du secret, donc une certaine densité normative. La loi devra par ailleurs mettre sur pied une procédure d'accès à l'information, en veillant à garantir un droit inconditionnel et un accès aisé et rapide. Du moment que le droit à l'information n'est et ne saurait être absolu, l'un des aspects essentiels de la future réglementation portera sur les garanties procédurales de règlement des conflits, c'est-à-dire sur les voies de droit qui permettront de mettre en cause, devant une autorité tierce, un éventuel refus d'accès à l'information. La loi aura ainsi pour effet de formaliser l'information par les autorités, de transformer l'activité d'information, d'informelle qu'elle est aujourd'hui, en un acte formel. Elle entraînera donc une «juridicisation» de l'information des autorités, sous l'angle du droit à l'information des particuliers et du public en général.

123. Un postulat: une approche globale de l'activité d'information et de communication des autorités. – Il serait toutefois souhaitable que l'intervention du législateur ne se limite pas à cet aspect du droit à l'information, mais intègre l'ensemble de la problématique de la publicité et de l'activité d'information des autorités. La mode n'est certes plus aux conceptions globales. Néanmoins, la question de l'information par les autorités et de la publicité de leur activité devrait, me semble-t-il, être abordée dans une perspective d'ensemble, qui seule permet de rechercher des solutions à la fois différenciées et cohérentes. En d'autres termes, il est nécessaire que la réflexion législative porte non seulement sur le droit à l'information, mais

également sur les diverses autres facettes de l'information et de la publicité des autorités.

Elle devrait s'occuper également de l'information active, l'information en relation avec l'exercice des droits politiques aussi bien que l'information générale et l'information incitatrice. Le législateur pourrait, dans ce contexte, chercher à poser, de manière certes très générale, les principes applicables à une telle information, en fixer les conditions et les limites, et prévoir les moyens de défense des particuliers pour les cas où cette information porte atteinte à leurs droits.

La réflexion législative devrait intégrer en outre la question de la publicité des séances des autorités et celle de la publication de leurs actes, questions qui font aujourd'hui l'objet de réglementations éparses, peu cohérentes et, à certains égards, critiquables.

Enfin, une telle conception, large, de l'intervention législative permettrait de régler aussi, par la même occasion, diverses (autres) questions qui sont plus ou moins directement liées aux activités d'information et de communication des autorités et qui, pour certaines d'entre elles au moins, soulèvent aujourd'hui quelques difficultés, comme la question des droits d'accès privilégiés des médias à l'information – l'accréditation des journalistes –, celle des droits d'information du parlement et de ses commissions, en tant qu'organes de contrôle de l'administration, ou encore celle de l'information et de la communication à l'intérieur de l'administration – l'entraide administrative. Ainsi, par exemple, il est clair que la reconnaissance d'un droit général à l'information a ou aurait inévitablement des répercussions sur le régime de l'entraide administrative, ainsi que sur celui des droits d'information du parlement et des commissions parlementaires.

L'idée d'une telle approche n'est évidemment pas que toutes ces questions doivent, formellement, être réglées par et dans une seule et même loi, sur l'information. Mais, dans la mesure où elles sont liées et, souvent, interdépendantes, ces questions doivent être intégrées à la réflexion législative. Comme indiqué, en effet, seule une réflexion d'ensemble, qui prenne en compte les divers aspects et perspectives de l'information des autorités, permet de rechercher les solutions à la fois différenciées et cohérentes qu'exige la complexité de la matière.

Bibliographie sommaire

(D'autres indications bibliographiques figurent dans le texte)

ALBERS MARION, *Zur Neukonzeption des grundrechtlichen «Daten»schutzes*, in: A. Haratsch/D. Kugelmann/U. Repkewitz (Hrsg.), *Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft*, cité, 1996, 113 ss.

ARMINGEON KLAUS/BLUM ROGER (éd.), *Das öffentliche Theater. Politik und Medien in der Demokratie*, Berne 1995.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Traité de droit constitutionnel suisse, 2 volumes, Neuchâtel, 1967, et Supplément 1967-1982, Neuchâtel, 1982.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Art. 94, in: J.-F. Aubert/ K. Eichenberger/J.P. Müller/R.A. Rhinow/D. Schindler (éd.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Bâle/Berne/Zurich, 1986.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Band I (Fassung von 1967, neu bearbeiteter Nachtrag bis 1990), Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1991, Band II (Fassung von 1967, neu bearbeiteter Nachtrag bis 1994), Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1995.

AUER ANDREAS, L'intervention des collectivités publiques dans les campagnes référendaires, *RDAF* 1985, 185 ss.

AUER ANDREAS, Problèmes fondamentaux de la démocratie suisse, *RDS* 1984 I, 1 ss.

AULEHNER JOSEF, Wandel der Informationskompetenz bei der Erfüllung der staatlichen Kernaufgaben, in: A. Haratsch/D. Kugelmann/U. Repkewitz (Hrsg.), *Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft*, cité, 1996, 195 ss.

BALLER OESTEN, *Informationsgesellschaft – eine Mogelpackung? – Zur Notwendigkeit eines Grundrechts auf Information –*, in: A. Haratsch/D. Kugelmann/U. Repkewitz (Hrsg.), *Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft*, cité, 1996, 33 ss.

BARRELET DENIS, L'Etat entre le devoir d'informer et le désir de cultiver ses relations publiques, in: P. Zen-Ruffinen/A. Auer (éd.), *De la Constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1996, 303 ss.

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

BARTHE CAROLINE, *Zur Informationstätigkeit der Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzgesetzes des Bundes*, thèse Bâle, 1993.

BIAGGINI GIOVANNI, L'accès à l'information détenue par l'Etat et la vie privée, in: *Rapports suisses présentés au XIIIème Congrès international de droit comparé*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Zurich, 1990, 195 ss.

BIAGGINI GIOVANNI, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung, in: *Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Zurich, 1998, 67 ss.

BOLZ URS, Documents préparatoires et commentaires, in: W. Kälin/U. Bolz (éd.), *Manuel de droit constitutionnel bernois*, Berne/Stuttgart/Vienne, 1995, 227 ss (cité 1995a).

BOLZ URS, Droits politiques, in: W. Kälin/U. Bolz (éd.), *Manuel de droit constitutionnel bernois*, Berne/Stuttgart/Vienne, 1995, 105 ss (cité 1995b).

BREITENMOSER STEPHAN/UEBERSAX PETER, Information, Medien und Demokratie, Die Rechtslage in der Schweiz, in: R. Hofmann/J. Marko/F. Merli/E. Wiederin (Hrsg.), *Information, Medien und Demokratie, Ein europäischer Rechtsvergleich*, Wien, 1997, 305 ss.

BÜHLER THEODOR, Ist eine amtliche Stellungnahme bei Abstimmungen erwünscht?, *ZBl* 1971, 529 ss.

BURKERT HERBERT, *Verwaltungsinformationen: Zwischen Marktinteresse und Informationsverantwortung. Ein Beitrag aus öffentlichrechtlicher Sicht*, St. Galler Habilitationsschrift 1996.

BUSER WALTER, Information und Amtsverschwiegenheit, *ZBJV* 1967, 207 ss.

BUSER WALTER, Der Schutz der Privatsphäre durch das Amtsgeheimnis, in: *Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1985*, Bâle, 1985, 51 ss.

BUSER WALTER, Rechtliche Aspekte der amtlichen Abstimmungserläuterung, in: *500 Jahre Solothurn im Bund*, Soleure 1980, 103 ss.

CALDERON DONATO, *Die « offensive » Information der Bundesverwaltung im Hinblick auf Abstimmungen*, Cahiers de l'IDHEAP 154, Lausanne, 1996.

CATALA PIERRE, *Le droit à l'épreuve du numérique, Jus ex Machina*, Paris, 1998.

COTTIER BERTIL, *La publicité des documents administratifs. Etude de droit suédois et suisse*, thèse Lausanne, Genève, 1982.

COTTIER BERTIL, Points de vue doctrinaux et solutions législatives et jurisprudentielles concernant les nouveaux procédés de télécommunications (Internet), in: *Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Zurich, 1998, 143 ss (cité 1998a).

COTTIER BERTIL, Autoroutes de l'information et communication du droit, *medialex* 1998, 140 ss (cité 1998b).

DEBBASCH CHARLES (éd.), *La transparence administrative en Europe*, Actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989, Paris, 1990.

DECURTINS GION-ANDRI, *Die rechtliche Stellung der Behörde im Abstimmungskampf, Information und Beeinflussung der Stimmbürger in einer gewandelten halbdirekten Demokratie*, thèse Fribourg, 1992.

DESSEMONTET FRANÇOIS, Le journalisme économique: liberté d'expression, liberté d'investigation, *medialex* 1998, 83 ss.

DRUEY JEAN-NICOLAS, Kommunikationsfreiheit – ein Programm, in: B. Ehrenzeller/Ph. Mastronardi/R. Schaffhauser/R.J. Schweizer/K. Vallender, *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner*, St.Gallen/Lachen, 1998, 523 ss.

DUBACH ALEXANDER, *Das Recht auf Akteneinsicht*, thèse Berne, Zurich, 1990.

EHRENZELLER BERNHARD, Öffentlichkeit in der Verwaltung?, in: W. R. Schluep et. al. (Hrsg.), *Recht, Staat und Politik am Ende des 2. Jahrtausends, Festschrift für Arnold Koller*, Berne, 1993, 31 ss.

EICHENBERGER KURT, Beziehungen zwischen Massenmedien und Demokratie, in: D. Ch. Dicke/T. Fleiner-Gerster (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft, Festschrift für Leo Schürmann*, Fribourg, 1987, 405 ss.

EICHENBERGER KURT, Integration im pluralistischen Staat als Regierungsaufgabe, in: W. R. Schluep et. al. (Hrsg.), *Recht, Staat und Politik am Ende des 2. Jahrtausends, Festschrift für Arnold Koller*, Berne, 1993, 51 ss.

FLEINER-GERSTER THOMAS, Demokratie und Informationsfreiheit, *RDS* 1970 I, 375-397.

FROSSARD GABRIEL, *Internet: un nouveau media pour la diffusion du droit*, in: Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Zurich, 1998, 217 ss.

FROWEIN JOCHEN A./PEUKERT WOLFGANG, *EMRK-Kommentar*, 2e éd., Kehl/Strassburg/Arlington, 1996.

GOETSCHEL LAURENT, *Zwischen Effizienz und Akzeptanz, Die Information der Schweizer Behörden im Hinblick auf die Volksabstimmung über den EWR-Vertrag vom 6. Dezember 1992*, thèse Genève, Berne/Stuttgart/Vienne, 1994.

GRISEL ETIENNE, L'information des citoyens avant les votations, in: *Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef*, Zurich, 1981, 55 ss.

GRISEL ETIENNE, *Initiative et référendum populaires*, 2e éd., Berne 1997.

GUROVITS ANDRÀS A., Die Entwicklung zur Informationsgesellschaft und ihre Auswirkungen auf die Rechtsordnung, *LeGes* 1996/2, 75 ss.

GRZESZICK BERND, Neue Medienfreiheit zwischen staatlicher und gesellschaftlicher Ordnung. Das Beispiel des Internets, *AöR* 1998, 173 ss.

HAEFLIGER ARTHUR, Die Information des Bürgers vor dem Urnengang in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: P. Zen-Ruffinen/A. Auer (éd.), *De la Constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1996, 223 ss.

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 4e éd., Zurich, 1998.

HÄNER ISABELLE, *Öffentlichkeit und Verwaltung*, Zurich, 1990.

HANGARTNER YVO, Einflussnahme von Privaten und Behörden auf Volksabstimmungen, *PJA* 1994, 243 ss.

HANGARTNER YVO, Intervention eines Gemeinwesens im Abstimmungskampf eines anderen Gemeinwesens, *PJA* 1996, 270 ss.

HARATSCH ANDREAS/KUGELMANN DIETER/REPKEWITZ ULRICH (Hrsg.), *Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft*, 36. Tagung der wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung «Öffentliches Recht», Mainz 1996, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden, 1996.

HERREN STEPHAN, *Faktische Beeinträchtigungen der politischen Grundrechte*, thèse St-Gall, Coire/Zurich, 1991.

HERTIG HANSPETER, Sind Abstimmungserfolge käuflich? Elemente der Meinungsbildung bei eidgenössischen Abstimmungen, in: *ASSP* 22, 1982, 35 ss.

HILL HERMANN, Integratives Verwaltungshandeln – Neue Formen von Kommunikation und Bürgermitwirkung, *DVBl* 1993, 974 ss.

HILLER CHRISTOPH, Die Stimmrechtsbeschwerde, thèse Zurich, 1990.

HILTY RETO M. (Hrsg.), *Information Highway*, Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen, Berne, 1996.

HOEREN THOMAS/QUECK ROBERT (Hrsg.), *Rechtsfragen der Informationsgesellschaft*, Berlin, 1999.

KÄLIN WALTER, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 2e éd., Berne, 1994.

KÄLIN WALTER, Loi et ordonnance, in: W. Kälin/U. Bolz (éd.), *Manuel de droit constitutionnel bernois*, Berne/Stuttgart/Vienne, 1995, 131 ss.

KAHL WOLFGANG, *Der europarechtlich determinierte Verfassungswandel im Kommunikations- und Informationsstaat Bundesrepublik Deutschland*, in: A. Haratsch/D. Kugelmann/U. Repkewitz (Hrsg.), *Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft*, cité, 1996, 9 ss.

KETTIGER DANIEL, Das Oeffentlichkeitsprinzip in der neuen Bundesverfassung, Ein Beitrag zur Volksdiskussion, *LeGes* 1996/1, 47 ss.

KIENER REGINA, *Die Informationsrechte der parlamentarischen Kommissionnen*, thèse Berne, 1994.

KNAPP BLAISE, La transparence administrative en Suisse, in: Ch. Debbasch (éd.), *La transparence administrative en Europe*, Actes du colloque tenu à Aix en octobre 1989, Paris, 1990, 173 ss.

KNAPP BLAISE, Information et persuasion, in: Ch.-A. Morand (éd.), *Les instruments d'action de l'Etat*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1991, 45 ss.

KÖLZ ALFRED, Die Abgabe separater Abstimmungsempfehlungen an die Stimmberechtigten durch den Zürcher Kantonsrat, *ZBl* 1998, 401 ss.

KÖLZ ALFRED /HÄNER ISABEL, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2e éd., Zurich, 1998.

KÖLZ ALFRED/MÜLLER JÖRG PAUL, *Entwurf für eine neue Bundesverfassung*, 3e éd., Berne, 1995.

LAEUCHLI BOSSHARD IRENE, *Die Meinungsäusserungsfreiheit gemäss Art. 10 EMRK*, thèse Bâle, Berne, 1990.

LONGCHAMP CLAUDE: Herausgeforderte demokratische Öffentlichkeit; Zu den Möglichkeiten und Grenzen des politischen Marketings bei Abstimmungen und Wahlen in der Schweiz, *ASSP* 1991, 303 ss.

LORZ RALPH ALEXANDER, *Gerichtsberichterstattung und Informationsanspruch der Öffentlichkeit aus der Sicht deutscher und amerikanischer Verfassungsrechtsprechung*, in: A. Haratsch/D. Kugelmann/U. Repkewitz (Hrsg.), *Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft*, cité, 1996, 59 ss.

MAEDER ERICH, *Geheimhaltungspflicht und Öffentlichkeitsprinzip im Informationsrecht*, thèse Bâle, 1983.

MAHRER ISABELL, *Das Staatsbürgerliche Recht auf Einsicht in die Akten der Verwaltungsbehörden (Exekutive) als Voraussetzung der individuellen Willensbildung in der halbdirekten Demokratie, rechtsvergleichend mit Schweden*, thèse Bâle, 1968.

MAHRER ISABELL, Die Öffentlichkeit amtlicher Akten in Schweden, *RDS* 1969 I, 317 ss.

MASTRONARDI PHILIPPE, *Kriterien der demokratischen Verwaltungskontrolle*, Bâle, 1991.

MEYER JEAN, Internet au service du Parlement, *LeGes* 1998/1, 51 ss.

MÖCKLI SILVANO, *Abstimmungsbudget und Abstimmungserfolg*, Beiträge und Berichte des Instituts für Politikwissenschaft der Hochschule St. Gallen 138, St-Gall, 1989.

MÖCKLI SILVANO, *Öffentliche Meinung und Volksabstimmungen*, Beiträge und Berichte des Instituts für Politikwissenschaft der Hochschule St. Gallen 234, St-Gall, 1994.

MOOR PIERRE, *Droit administratif*, volume I: *Les principes généraux*, 2e éd., Berne, 1994, volume II: *Les actes administratifs et leur contrôle*, Berne, 1991, volume III: *L'organisation des activités administratives, Les biens de l'Etat*, Berne, 1992.

MORAND CHARLES-ALBERT, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, 1999.

MÜLLER GEORG, Die innenpolitische Neutralität der kantonalen öffentlichen Unternehmen, *ZBl* 1987, 425 ss.

MÜLLER GEORG, Art. 4, in: J.-F. Aubert/ K. Eichenberger/J.P. Müller/R.A. Rhinow/D. Schindler (éd.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Bâle/Berne/Zurich, 1995.

MÜLLER GEORG, Die Behörden im Abstimmungskampf: vom Neutralitätsgebot zur Teilnahmepflicht, in: P. Zen-Ruffinen/A. Auer (éd.), *De la Constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1996, 255 ss.

MÜLLER JÖRG PAUL, Liberté d'information, in: J.-F. Aubert/ K. Eichenberger/J.P. Müller/R.A. Rhinow/D. Schindler (éd.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Bâle/Berne/Zurich, 1986.

MÜLLER JÖRG PAUL, *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, 2. Auflage von Jörg Paul Müller/Stefan Müller, Grundrechte – besonderer Teil, Berne, 1991.

MÜLLER JÖRG PAUL, *Demokratische Gerechtigkeit*, Munich, 1993.

MÜLLER JÖRG PAUL, «Responsive Government»: Verantwortung als Kommunikationsproblem, *RDS* 1995 I, 1 ss (cité: 1995a).

MÜLLER JÖRG PAUL, Droits fondamentaux, in: W. Kälin/U. Bolz (éd.), *Manuel de droit constitutionnel bernois*, Berne/Stuttgart/Vienne, 1995, 29 ss (cité: 1995b).

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechtliche Fragen des Internet, Überlegungen zum Entscheid des U.S. Supreme Court Reno v. ACLU vom 26. Juni 1997, *medialex* 1997, 198 ss.

MÜLLER MARKUS/MÜLLER-GRAF THOMAS, Staatliche Empfehlungen, Gedanken zu Rechtscharakter und Grundrechtsrelevanz, *RDS* 1995 I, 357ss.

MÜLLER MARKUS, Rechtsschutz im Bereich des informalen Staatshandelns, Überlegungen am Beispiel der staatlichen Empfehlungen, *ZBl* 1995, 533 ss.

NÜTZI PATRICK, *Rechtsfragen verhaltenslenkender staatlicher Information, Strukturen – Zulässigkeit – Haftung, illustriert an den Beispielen AIDS und Listeriose*, thèse Berne, Berne, 1995.

NÜTZI PATRICK, Kriterien rechtmässiger staatlicher Information, *medialex* 1996, 151-155.

NUSSPLIGER KURT, Das Informationsgesetz des Kantons Bern, in: A. Taugwalder (éd.), *«Public Relations» in der öffentlichen Verwaltung*, Publications SSSA, vol. 33, Berne, 1995, 43 ss.

NUSSPLIGER KURT, Das Öffentlichkeitsprinzip im Kanton Bern – erste Erfahrungen, Vortrag im Rahmen der Kommunikationsrechtstagung vom 15. Oktober 1996 in Freiburg.

PETTITI L.-E./DECAUX E./IMBERT P.-H. (éd.), *La CEDH, Commentaire article par article*, Paris, 1995.

PLATTNER-STEINMANN ROLAND, *Tatsächliches Verwaltungshandeln*, thèse Zurich, 1990.

POLEDNA TOMAS/WIDMER STEPHAN, Die Wahl- und Abstimmungsfreiheit – ein verfassungsmässiges Recht des Bundes?, *ZBl* 1987, 281 ss.

PONCET CHARLES, L'intégration de l'Internet dans l'ordre juridique suisse, *medialex* 1997, 207 ss.

RAMSEYER JEANNE, *Zur Problematik der behördlichen Information im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen*, thèse Bâle, 1992.

RHINOW RENÉ A., Die Regierungsreform in Bund, in: P. Zen-Ruffinen/A. Auer (éd.), *De la Constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1996, 87 ss.

RHINOW RENÉ A./KRAEHENMANN BEAT, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1990.

RHINOW RENÉ A./KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA, *Oeffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1996.

RICHLI PAUL, Oeffentlich-rechtliche Probleme bei der Erfüllung von Staatsaufgaben mit Informationsmitteln, *RDS* 1990 I, 151 ss.

RICHLI PAUL, Zum verfahrens- und prozessrechtlichen Regelungsdefizit beim verfügungsfreien Staatshandeln, *PJA* 1992, 196 ss.

RICHLI PAUL, Zum Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln in der Totalrevision der Bundesrechtspflege, *PJA* 1998, 1426 ss.

ROSSINELLI MICHEL, *Les libertés non écrites*, Lausanne, 1987.

SALADIN PETER, *Grundrechte im Wandel*, 3e éd., Berne, 1982.

SAMELI KATHARINA, Der Rechtsschutz auf dem Gebiet der politischen Rechte, in: A. Auer/G. Corti/ G. De Biasio/G. Gianella/K. Sameli, *I diritti politici, Atti della giornata di studio del 17 ottobre 1994*, RDAT 1994 II, 19-57.

SCHOCH ROLF/NIEDERMANN DIETER, Die amtliche Information des Stimmbürgers vor Abstimmungen, Eine Meinungsumfrage im Kanton St. Gallen über die erläuternden Berichte des Grossen Rates an die Stimmbürger, *ZBl* 1986, 465 ss.

SCHREPFER THOMAS, *Datenschutz und Verfassung*, thèse Berne, 1985.

SCHÜRMANN FRANK, *Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung – Strukturen, Medien, Auftrag und Grenzen eines informalen Instruments der Staatsleitung*, thèse Bonn, Berlin, 1992.

SCHWEIZER RAINER J., Über die staatliche Geheimhaltung und die Information der Öffentlichkeit unter die Anforderungen der Staatsführung und der Staatskontrolle, in: E. Brem et al. (Hrsg.), *Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini*, Berne, 1990, 173 ss.

SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.), *Das neue Datenschutzgesetz des Bundes*, Zurich, 1993.

SCHWEIZER RAINER J., Entwicklungen im Recht auf Zugang zu Verwaltungsinformationen, *medialex* 1995, 77 ss (cité 1995a).

SCHWEIZER RAINER J. (R. J. Schweizer/P. Saladin), Art. 24novies, in: J.-F. Aubert/ K. Eichenberger/ J.P. Müller/R.A. Rhinow/D. Schindler (éd.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Bâle/Berne/Zurich, 1995 (cité 1995b).

SCHWEIZER RAINER J./BURKERT HERBERT, Verwaltungsinformationsrecht, Allgemeiner Überblick, in: *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht* (SBVR, herausgegeben von Koller H./Müller G./ Rhinow R./Zimmerli U.), Weber Rolf (Inhaltliche Koordination und Verantwortung), *Informations- und Kommunikationsrecht*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1996.

SEILER HANSJÖRG, Die (Nicht-)Öffentlichkeit der Verwaltung, *RDS* 1992, 415 ss.

SEILER HANSJÖRG, *Gewaltenteilung, Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung*, Berne, 1994.

SIDLER LISBETH, Aspekte einer gewinnstrebigen Staatstätigkeit, *LeGes* 1994/3, 11 ss.

SIMON JÜRG WALTER, *Amtshilfe: Allgemeine Verpflichtungen, Schranken und Grundsätze*, thèse Berne, Coire/Zurich, 1991.

STAUFFACHER WERNER, Die Stellung der Behörden im Wahl- und Abstimmungskampf, *ZBl* 1967, 361 ss.

STEINMANN GEROLD, Interventionen des Gemeinwesens im Wahl- und Abstimmungskampf, *PJA* 1996, 255 ss.

STRASSER HANS RUDOLF, *Rechtliche Probleme der öffentlichen Meinungsbildung vor Volksentscheiden*, thèse Bâle, 1971.

SUTTER-SOMM KARIN, Werbung aus dem Bundeshaus, *recht* 1991, 125 ss.

THÜRER DANIEL, Justiz und Medien, in: P. Zen-Ruffinen/A. Auer (éd.), *De la Constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1996, 419 ss.

TSCHANNEN PIERRE, *Stimmrecht und politische Verständigung*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1995.

TSCHANNEN PIERRE, *Eidgenössisches Organisationsrecht*, Berne, 1997.

ÜBERWASSER HEINRICH, *Das Kollegialprinzip*, thèse Bâle, 1989.

VELU JACQUES/RUSEN ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990.

VILLIGER MARK E., *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage*, Zurich, 1993.

VORBRODT STELZER SYBILLE A., *Informationsfreiheit und Informationszugang im öffentlichen Sektor. Eine Untersuchung anhand schweizerischer und europäischer Gerichtspraxis*, thèse Saint-Gall, Zurich, 1995.

WEBER-DÜRLER BEATRICE, *Vertrauenschutz im öffentlichen Recht*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1983.

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Falsche Auskünfte von Behörden, *ZBl* 1991, 1 ss.

WEBER ROLF H., Informations- und Kommunikationsrecht, Allgemeiner Überblick, in : Rolf H. Weber (Inhaltliche Koordination und Verantwortung), *Informations- und Kommunikationsrecht*, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR, herausgegeben von Koller H./Müller G./Rhinow R./Zimmerli U.), Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1996, 7 ss (cité : 1996a).

WEDER ULRICH, *Die innenpolitische Neutralität des Staates, Ihre Bedeutung in der Schweiz*, thèse Zurich, Zurich, 1981.

WIDMER STEPHAN, *Wahl- und Abstimmungsfreiheit*, thèse Zurich, 1989.

WYMANN CHRISTIAN, *Werbemacht und direkte Demokratie. Dimensionen und Strukturen von Werbekampagnen vor eidgenössischen Volksabstimmungen untersucht am Beispiel der Atomsschutzinitiative 1979 sowie der Atom- und Energieinitiativen 1984*, Berne, 1991.

WYSS MARTIN PHILIPP, Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren und Fernsehberichterstattung, *EuGRZ* 1996, 1 ss.