

„L' information par les autorités“ *

Rapport oral

présenté par

le Prof. Pascal Mahon

L'information par les autorités

L'information est en passe de devenir, Mesdames et Messieurs, une des principales préoccupations des autorités. Quelques exemples, sans doute pas les meilleurs, mais peut-être parmi les plus connus, devraient suffire à le démontrer: songez à l'engouement provoqué auprès de celles et ceux qu'on appelle les "internauts" par la diffusion du rapport du procureur spécial Kenneth Starr et des débats de l'affaire dite du "Monicagate"; pensez aussi, pour revenir en Suisse, à l'affaire Dino B., qui défraye actuellement la chronique; songez enfin aux controverses suscitées par l'activité d'information ou de propagande des autorités fédérales avant certaines votations (je pense notamment à celle du 6 décembre 1992, sur l'adhésion à l'Espace économique européen).

De manière plus générale, c'est-à-dire sans se limiter à l'information des *autorités*, on peut presque affirmer que l'information et la communication constituent aujourd'hui un élément vital de nos sociétés, comme le sang ou la sève (si vous préférez une image végétale) qui coule dans leurs artères. C'est peut-être ce qu'on exprime par la notion de *société de l'information*.

Il est assez évident que cette évolution ne pouvait laisser indifférents le droit et les juristes, dont la volonté hégémonique n'a d'égale, c'est bien connu, ou en tout c'est ce que vous diront la plupart des politologues, que la ténacité et l'obstination. Le droit cherche donc à saisir et à appréhender l'information: s'il en fallait une, notre réunion me paraît d'ailleurs en être la preuve.

J'aimerais, dans cette brève introduction, mettre en exergue deux points, qui correspondent approximativement aux deux volets de mon rapport.

* Le rapport entier est publié dans la Revue de droit suisse, NF 118, 1999, II, pp. 199ss

Le premier point est d'ordre méthodologique. Comme indiqué, le droit et les juristes cherchent à se saisir de l'information et de la communication. Mais il faut reconnaître qu'ils éprouvent passablement de difficulté à appréhender ces phénomènes, qui ressemblent en la circonstance plus à un gaz extrêmement volatile qu'à un liquide. L'approche juridique de l'information est en effet, et ne semble pouvoir être, que ponctuelle, sectorielle et partielle. Une telle approche, purement empirique, en quelque sorte, est parfaitement naturelle et logique s'agissant de l'information et de la communication dans le secteur "privé", c'est-à-dire dans la Société civile. Processus sociaux, l'information et la communication ne sauraient être que libres; l'Etat et le droit n'ont pas à les régir, si ce n'est marginalement, pour lutter contre certains abus (atteintes à la personnalité, concurrence déloyale, soutien à la presse pour en assurer le pluralisme), par exemple. Pour le dire comme d'autres l'ont déjà dit, l'information n'est saisie et régie par le droit - qui est lui-même information - que lorsqu'il y a à cela une raison particulière.

Dans le domaine "public", de l'Etat au sens large, cette approche ponctuelle et fragmentée (me) paraît en revanche moins logique et naturelle. Elle est certes dictée par des facteurs contingents, de fond ou de procédure, Ainsi, l'existence de problèmes tout à fait concrets et, parallèlement, l'existence d'une voie de recours et, donc, d'un matériau jurisprudentiel, a favorisé l'émergence d'une première catégorie, d'un premier "type" d'information par les autorités, l'information *dans le domaine des droits politiques*, c'est-à-dire l'information en relation avec les élections et les votations. Et grâce justement à l'existence ou à la création d'une voie de droit privilégiée, le recours pour violation des droits politiques, qui permettait la contestation d'actes dépourvus de caractère décisionnel, le droit et les juristes se sont saisis relativement tôt de cette information-là, qui a ainsi acquis un régime juridique relativement précis. Même si ce régime fait aujourd'hui l'objet de quelques discussions de fond, l'information en relation avec les droits politiques reste presque systématiquement considérée comme un cas à part, qui requiert un traitement spécial, séparé de celui des autres activités d'information des autorités, un "Sonderfall", comme le dit le Tribunal fédéral lui-même.

En dehors de ce "Sonderfall", en dehors du domaine des droits politiques, l'activité d'information des autorités est largement et longtemps demeurée "hors" du droit. Ce n'est que beaucoup plus tard - beaucoup plus proche de nous -, avec l'apparition des recommandations et autres mises en garde, que la science et la pratique juridiques se sont intéressées à une deuxième catégorie ou à un deuxième "type" d'information des autorités, l'information dite *incitatrice* ("verhaltenslenkende Information"), c'est-à-dire l'information qui vise à influencer le public, en l'incitant à adopter, à abandonner ou à modifier un comportement déterminé. La doctrine a ainsi cherché à "construire", pour cette deuxième catégorie, un régime juridique, qui permette

notamment d'assurer la protection des personnes touchées.

Le reste des activités d'information et de communication des autorités forme enfin une troisième catégorie, un troisième "type", résiduel en quelque sorte, qu'on appelle le plus souvent *l'information générale sur l'activité de l'Etat*, et qu'on rattache à la fonction gouvernementale. Cette information générale a pour objet de renseigner 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., sans viser à influencer les comportements dans un sens déterminé, mais pour assurer la transparence des activités de l'Etat, afin d'établir ou de rétablir le consensus et la confiance du public à leur égard. Elle n'a, à vrai dire, guère été étudiée et son régime juridique n'est pas très clairement défini.

L'approche juridique de l'information des autorités a donc suivi une démarche empirique, ce qui n'a en soi rien de critiquable. Une telle approche peut cependant comporter un risque, celui de créer artificiellement des catégories ou des types normatifs, pour lesquels l'ordre juridique "construit" des solutions, tout en renforçant les différences, les frontières entre les catégories, et en occultant ainsi le fait que les frontières sont artificielles, précisément, alors que la réalité est beaucoup plus nuancée et ne se laisse guère emprisonner dans des frontières.

Il me semble que l'on peut - et même que l'on doit - aujourd'hui se poser la question de la justification d'une telle "catégorisation" des activités d'information des autorités, et des différences de régime juridique qui en résultent. Les frontières entre les catégories sont floues, et les critères de différenciation finalement assez ténus. N'y aurait-il pas lieu, dès lors, d'aborder la problématique de l'information des autorités comme un ensemble, sur la base d'une conception globale, et non seulement ponctuelle et fragmentée. Je suis bien conscient, Mesdames et Messieurs, que la mode des conceptions globales est passée depuis longtemps, bientôt vingt ans sauf erreur. Mais je crois néanmoins que la question mérite d'être posée. 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, n'est-elle pas trop floue pour justifier la "construction" de deux régimes juridiques différents? Ne devrait-on pas admettre qu'il y a, dans les objectifs de l'information officielle, toute une palette de degrés différents, qui empêche une classification trop rigide en deux seules catégories? Dans le même ordre d'idée, 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, de l'autre, paraît tout aussi incertaine et fluctuante. Il me semble en tous les cas que c'est la leçon que l'on peut tirer de l'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire de la traversée de la rade à Genève (arrêt *Alliance de gauche*). Cette jurisprudence n'est-elle pas le reflet du 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 de procédure, à savoir l'existence, dans le domaine des droits politiques, d'une procédure permettant de contester des actes matériels, c'est-à-dire dépourvus de caractère décisionnel?

Ne conviendrait-il pas, dès lors, de rechercher, plutôt que les différences entre les diverses activités d'information des autorités, les points de convergence éventuels, afin de dégager - pour autant que cela soit possible - un "régime commun" de l'information spontanée des autorités? On peut en effet se demander si, en particulier sous la pression de la doctrine récente en faveur d'une libéralisation, 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. 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 à l'aune des conditions habituelles de restrictions aux droits fondamentaux, à savoir encore les exigences de la base légale, de l'intérêt public, de la proportionnalité et de l'atteinte au noyau intangible du droit considéré. 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.

...

Quoi qu'il en soit de cette question méthodologique, la problématique de l'information par les autorités soulève une autre interrogation, qui relève de la politique du droit. Les autorités se sont bien évidemment rendu compte, depuis quelques décennies, que l'information participe du pouvoir, sinon qu'elle est pouvoir. Aussi ont-elles pris des mesures visant à renforcer leurs activités d'information et de communication, comme en témoignent, entre autres exemples, les articles 180 II de la nouvelle Constitution et 10 et 11 de la nouvelle loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration. Il s'agit, pour reprendre les termes utilisés par le Chancelier de la Confédération devant les Chambres, de permettre aux autorités de pratiquer une information plus ouverte, dynamique et "offensive". Mais cette conception "modernisée"

s'accompagne paradoxalement d'une sorte de réticence mentale: les autorités revendiquent une liberté accrue d'informer et de communiquer, mais elles ne sont pas très chaudes à l'idée d'ouvrir la voie à une information qui irait aussi dans l'autre sens, c'est-à-dire d'accorder aux particuliers un droit à l'information: un droit de savoir non seulement ce que les autorités veulent bien leur dire et leur communiquer, mais le droit de décider eux-mêmes ce sur quoi ils souhaitent être informés. Un tel droit, droit au dialogue avec l'autorité et droit à une communication qui soit véritablement réciproque, entre l'autorité et le particulier, peut pourtant être considéré, dans une société de l'information, comme un élément fondamental d'un ordre juridique démocratique. L'évolution internationale, le mouvement vers ce qu'il est convenu d'appeler la transparence administrative, qui se manifeste tant au niveau des droits nationaux que du droit international et notamment du droit supranational européen, en atteste.

Or, notre pays peine à suivre ce mouvement - sous réserve de quelques exceptions cantonales. Certes, l'ordre juridique accorde aux particuliers divers droits de savoir, sous forme de droits spécifiques à l'information ou de droits d'accès à certains documents. Mais ces droits demeurent ponctuels et contextuels. De plus, il faut bien reconnaître que leur conception n'est pas toujours exempte d'ambiguïté, sinon d'incohérence, comme en attestent par exemple le principe de la publicité en matière judiciaire, mais aussi, et surtout, la conception traditionnelle de la liberté d'information.

Un droit général à l'information, qui renverserait clairement le principe du secret avec exception de transparence, au profit d'un principe de transparence avec exceptions de secret, comme on a coutume de l'appeler, ne recueille pourtant jusqu'ici l'adhésion que de quelques spécialistes, ainsi qu'en témoignent les tergiversations qui jalonnent cette revendication depuis une vingtaine d'années, au niveau fédéral. Vous m'objecterez sans doute que cette affirmation est un peu dépassée, puisque, d'une part, la commission des institutions politiques du Conseil national vient de proposer, en juillet, l'adoption d'un nouvel article 147bis de la (nouvelle) Constitution fédérale, qui reprend la variante abandonnée en 1996, et que, d'autre part, un groupe de travail mis sur pied par le Conseil fédéral planche actuellement sur un projet de loi sur la transparence et l'accès aux documents de l'administration. Mieux, même, ce groupe a achevé, fin août, la rédaction d'un avant-projet de *loi sur la transparence de l'administration*. Texte dont j'aurais eu plaisir à vous entretenir, Mesdames et Messieurs, ne serait-ce que pour mettre à jour mon rapport, déjà dépassé sur ce point. Je n'en ferai toutefois rien, non pas tant parce que les dix minutes qui m'ont été imparties sont écoulées, mais bien parce que les travaux de cette commission chargée d'instaurer la transparence de l'activité administrative et l'accès aux documents sont soumis au plus absolu des secrets. Ce qui, vous en conviendrez, n'est pas le moindre des paradoxes, et est

assez symptomatique de l'esprit qui anime encore la réflexion sur l'information des autorités.
