

Un nouveau principe : la transparence de l'activité de l'Etat

par Denis Barrelet, professeur aux Universités de Fribourg et Neuchâtel

Conférence prononcée devant la COSIAP à Bellinzona, le 9 novembre 2000

I. Une évolution en trois phases

Longtemps, c'est le **principe du secret** qui dominait dans nos Etats démocratiques. Il suffisait que les autorités soient élues, qu'elles soient contrôlées par le parlement, et tout était pour le mieux dans le meilleur des mondes. On demandait aux citoyens de se rendre aux urnes tous les quatre ans pour réélire leur parlement, ou, en Suisse, également une ou deux fois l'an pour voter sur une initiative ou une loi attaquée par voie de référendum. Pour le reste, il fallait qu'il fasse confiance. En 1981 encore, dans l'arrêt Fuchs, le Tribunal fédéral confirmait cette façon de voir : l'activité administrative, c'est secret ; et lorsqu'un projet arrive devant le parlement, le public a le droit de savoir.

Après cette phase du secret pur et dur est venue la **phase du secret assortie d'une politique d'information**. Tout est secret, mais les autorités informent quand elles le jugent utile, par à-coups ou régulièrement, par bribes ou de manière plus complète, à travers les organes exécutifs ou administratifs habituels ou avec l'aide de services d'information spécialisés, mais toujours selon leur bon vouloir. Cette phase a commencé au niveau de la Confédération en 1968. Dans d'autres cantons, elle s'est installée beaucoup plus tardivement. Elle ne s'est pas encore imposée partout. Ainsi, nombre de tribunaux sont encore à la traîne. Je pense en particulier à la justice vaudoise.

Certains croient qu'on peut en rester à cette phase, bien pratique pour les gouvernants, car elle leur permet de garder le contrôle de l'information, utilisée comme moyen de gouverner. Ils proposent l'usage de moyens nouveaux qui ont pour nom : relations publiques. On multiplie les brochures, les petits journaux, les prospectus tous ménage. Des bureaux spécialisés dans les relations publiques persuadent l'administration qu'il faut marcher avec son temps, prendre le consommateur par la main, assister le citoyen qui ne trouve plus dans les médias traditionnels la bonne parole étatique en dose suffisante. Les administrations se laissent convaincre, et le tiroir-caisse des bureaux de relations publiques s'en réjouit. Cette évolution, selon moi, est problématique. Car cette information-là peut vite tourner à la

propagande, c'est-à-dire à des activités contraires au droit de vote, à la liberté d'opinion, à la liberté des médias inscrite à l'art. 17 Cst.

Certaines constitutions cantonales récentes ont pensé bien faire en ancrant cette politique d'information dans le texte suprême de l'Etat, en ordonnant aux autorités d'informer la population. On trouve la même règle dans la Constitution fédérale du 18 avril 1999, et dans la LOGA de 1997 (Art. 11 al. 2 : « Le Conseil fédéral informe de manière cohérente, rapide et continue sur son appréciation de la situation, sa planification, ses décisions et les mesures qu'il prend »). C'est bien, mais il s'agit d'une *lex imperfecta*, d'une règle sans véritable sanction, si ce n'est, peut-être, celle qui pourrait venir d'une commission parlementaire de gestion sous forme d'une remontrance.

Aujourd'hui, on entre petit à petit dans une **troisième phase** : celle du principe de la transparence, et où le secret ne sera plus que l'exception. Tout le monde, ici, connaît le rôle de pionnier joué par le canton de Berne en inscrivant un art. 17 al. 3 dans sa nouvelle Constitution et en adoptant une loi sur l'information le 2 novembre 1993.

Aucun canton n'a encore imité cet exemple. Certains, tels Bâle-Campagne (§ 55 de la Constitution) et Appenzell-Rhodes Extérieures loi de 1996), ont certes fait un pas dans ce sens, mais ils se sont arrêtés à mi-chemin, puisque le droit n'est accordé qu'à la personne qui peut établir qu'elle possède un intérêt digne de protection.

Mais les choses bougent :

- Soleure : le 22 août 2000, le Conseil d'Etat a transmis au Grand Conseil un projet d'article 11 al. 3 de la Constitution instituant un droit subjectif à l'accès aux documents administratifs et un projet de loi traitant à la fois de l'information active, de l'accès aux documents administratifs et de la protection des données
- Genève : le 4 octobre 2000, le Conseil d'Etat a transmis au Grand Conseil un projet de « loi sur l'information du public et l'accès aux documents »
- Des projets de loi analogues ont été soumis à consultation cette année dans les cantons de Vaud et du Jura. Au Tessin, le Conseil d'Etat devrait donner le feu vert à une consultation dans les semaines à venir.
- La nouvelle Constitution neuchâteloise de septembre 2000 a ancré un droit subjectif à l'accès aux documents administratifs.
- Confédération. Trois motions parlementaires ont été votées en mars et mai 1997 réclamant l'introduction du principe de la transparence.

En avril 2000, le Conseil fédéral a autorisé le Département fédéral de justice et police à soumettre à consultation un projet de « loi fédérale sur la transparence de l'administration »..

Un mouvement analogue s'observe à l'étranger. Mais il est beaucoup plus avancé :

- Suède 1766 (!), Etats nordiques, USA 1966, Canada, Belgique, France, etc.
- Allemagne : le droit, limité aux journalistes, est en voie d'élargissement : loi de Berlin du 15 octobre 1999, loi de Brandebourg du 10 mars 1998, loi de Schleswig-Holstein du 9 février 2000
- Union européenne. Traité d'Amsterdam de 1997 (art. 191 A ; une directive devra concrétiser ce droit d'ici 2001 ; ne vaut que pour les ressortissants ou résidents des Quinze, et pas pour les documents en mains des administrations nationales qui ne possèdent pas ce droit).

II. Pourquoi ce changement ?

- Les médias nous habituent à tout savoir sur tout, où que ce soit dans le monde ; pourquoi ne saurions-nous pas ce qui cuit dans nos propres marmites ?
- Les médias ne respectent plus les secrets qui ne se justifient pas. Les indiscretions se multiplient. Le Conseil de la presse a une jurisprudence soutenant le journalisme d'investigation, donc les indiscretions (décision dans l'affaire Jagmetti du 4 mars 1997).
- L'Etat a pris de plus en plus de poids. Il détermine bientôt chacun de nos faits et gestes. On a passé de l'Etat veilleur de nuit à l'Etat-providence et, à moins de nier la valeur de l'individu, il convient de donner à ce dernier les moyens d'apprivoiser ce « géant qui lui veut du bien »
- La société est marquée par un individualisme grandissant. L'individu est de moins en moins enclin à se soumettre. On ne croit plus forcément au fait que l'autorité est par définition et en toutes circonstances digne de respect et incarne la sagesse et le souci du bien commun
- Le pouvoir réglementaire de l'administration et du gouvernement s'est considérablement développé. Voir le nombre et l'ampleur des ordonnances figurant dans le Recueil systématique ! La démocratie, sans contrepoids à ce niveau-là de l'élaboration des normes juridiques, serait en recul.

III. A quoi faut-il veiller lorsqu'on rédige une loi sur la transparence?

1. La facilité de la procédure

- Rapidité. Il faut des délais, sinon l'administration risque de prendre son temps et les demandes se raréfieront. Le projet fédéral prévoit un délai de 20 jours pour la réponse (avec une possibilité de prolongation dans certains cas ; le médiateur a 30 jours pour rédiger son rapport ; l'autorité a ensuite 20 jours pour prendre une décision formelle).
- Gratuité. Des exceptions ne doivent être admises que lorsque la demande occasionne un travail considérable, de plusieurs jours.
- Aide à la recherche de l'information. Cette aide doit être apportée au moyen de registres permettant de savoir quels documents se trouvent aux mains de l'administration, et par des conseils donnés par les fonctionnaires à celui qui recherche une information. Le projet genevois prévoit que l'institution « prêle au requérant l'assistance nécessaire à la satisfaction de sa demande » (art. 28 al. 2).

2. La formulation des exceptions

- Il faut se méfier des formules trop vagues. Un simple renvoi à des intérêts publics ou privés prépondérants ne suffit pas. Exemple à ne pas suivre : l'art. 26 al. 2 let. A du projet genevois, qui admet le refus d'une demande lorsque l'accès serait propre à « compromettre le bon fonctionnement de l'institution ».
- Il faut rappeler le principe de la proportionnalité (on ne refuse que la partie du document contenant un secret digne de protection, et uniquement pour la durée nécessaire). Le projet genevois, à l'art. 27, dit les choses clairement ; également l'art. 29 al. 3 de la loi bernoise.
- L'entrave à la prise de décision de l'autorité est une exception qui se justifie. Mais il faut bien préciser, comme le fait l'art. 29 al. 1^{er} de la loi bernoise, que l'entrave doit être notable. On a tendance à surestimer les troubles résultant de la transparence. Le projet fédéral (art. 6 al. 1^{er}) exclut de la transparence les co-rapports des départements, contrairement à la loi bernoise. Le principe de la collégialité est important. Mais il n'est pas mis en danger par la connaissance qu'on pourrait avoir, après la décision du collège, de la

position qui fut celle des différents départements et de leurs chefs avant le début de la discussion au sein du collège.

3. La facilité du contrôle

- Un médiateur spécialisé doit être mis en place. Sans une telle institution, le droit d'accès perdra une bonne partie de son utilité pratique. Il faut un moyen de contrôle à travers une institution indépendante de l'administration, disposant d'une bonne connaissance de l'administration et de la problématique. Un médiateur, par ses avis, peut contribuer à la formation des fonctionnaires. Il peut faire de la « réclame » pour la loi en démontrant l'intérêt de celle-ci. Il doit s'agir d'un médiateur spécialisé. On ne peut demander à un préposé à la protection des données de se doubler et de faire ce travail, fondé sur un angle d'approche diamétralement opposé. Le projet soleurois est l'exemple à ne pas suivre.
- La procédure judiciaire, à la suite des avis du médiateur, doit être simple, rapide, gratuite, à tout le moins en première instance. Le projet fédéral prévoit que le recours à la commission fédérale de protection des données et de la transparence (1^e instance) est gratuit. Le délai pour la décision est fixé à deux mois au maximum.
- La loi bernoise est, à cet égard, un cas d'école montrant ce qui se passe lorsqu'on renvoie simplement à la procédure administrative ordinaire. L'autorité qui détient le document, dans les faits, a le dernier mot. En effet, les demandeurs se garderont de recourir, car ils s'exposent à des conséquences financières prohibitives. Les décisions communales relèvent, pour le contrôle, des préfets, qui ne disposent pas de connaissances suffisantes en la matière, ni, probablement, de l'indépendance souhaitable. Quant au Tribunal administratif, il applique les tarifs usuels pour les contestations administratives, qui se montent à plusieurs milliers de francs.

4. La protection des données

- Le principe de la transparence est vidé de son contenu s'il n'est accordé que sous réserve de la législation sur la protection des données. On ne saurait non plus s'en remettre systématiquement à l'avis du titulaire des données en question. Seules des données sensibles relatives par exemple à l'état de santé ou à des secrets

d'affaires devraient être protégées (Voir l'article de Bertil Cottier, à paraître dans *Medialex* 2000, n° 4).

IV. L'avenir

La partie n'est pas gagnée. Bien des obstacles devront encore être surmontés jusqu'à la généralisation de ce principe:

- L'administration a tendance à traîner les pieds, pour ne pas dire plus. Elle craint d'être pris sous une avalanche de demandes. Elle craint que son travail se complique si des tiers sont admis à mettre leur nez dans les travaux préparatoires (le canton de St-Gall, dans la consultation à propos de la loi fédérale, a motivé son scepticisme en invoquant le *New Public Management*). Certains craignent probablement aussi de perdre une partie de leur pouvoir.
- Les communes sont viscéralement méfiantes, pour ne pas dire opposées. On l'a vu à Berne. On est en train de le voir à Soleure et à Genève.
- Les milieux journalistiques ne sont pas les principaux supporters du principe de la transparence, ni les services d'information. Les premiers estiment qu'ils disposent de leurs propres canaux pour accéder à l'information, que les procédures seraient trop compliquées et que l'on pourrait assister à une diminution des scoops. Les services d'information, eux, ont le sentiment de faire bien leur travail actuellement, et nombre d'entre eux ne voient pas ce qu'un droit subjectif pourrait apporter de plus.

Le principe de la transparence a une valeur éducative et préventive. Sa principale utilité réside dans le changement des mentalités qu'il provoque auprès des fonctionnaires et des responsables politiques dans les exécutifs. C'est un principe en marche et les combats d'arrière-garde n'ont pas de sens.