



Bertil Cottier Professeur ordinaire de droit de la communication à la Faculté des sciences de la communication de l'Université de la Suisse italienne. Après avoir tenu la chronique judiciaire du journal 24 Heures, a travaillé au sein de la section de droit des médias de l'Office fédéral de la justice; puis a fonctionné comme directeur adjoint de l'Institut suisse de droit comparé pendant plus d'une dizaine d'années. Est aussi professeur associé à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne (master en droit, criminalité et sécurité des nouvelles technologies) et professeur invité à l'Académie de journalisme de l'Université de Neuchâtel.

bertil.cottier@usi.ch

Une première bienvenue: la Convention européenne sur l'accès aux documents administratifs

Zusammenfassung Das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung wird zunehmend in verschiedenen Staaten eingeführt und ist nun auch auf internationaler Ebene institutionalisiert. Die letzten Juni verabschiedete Konvention von Tromsø garantiert jedermann die Einsicht in Dokumente der öffentlichen Verwaltung. Auch wenn sich der Text auf die Gewährung von Minimalgarantien beschränkt, so sendet er doch ein starkes Signal aus: Demokratie und Geheimnisschutz sind zwei verschiedene Dinge.

«Sunlight is said to be the best of disinfectants!». Lancé, haut et fort, voici bientôt cent ans, par l'un des plus célèbres juges progressistes de la Cour suprême américaine, Louis D. Brandeis, cet appel à la transparence a finalement été entendu. Aux fins de lutter contre les abus de pouvoirs, les avantages induits et autres dysfonctionnements des autorités publiques, toujours plus de pays – dont la Suisse – garantissent aujourd'hui à tout un chacun le droit de consulter les documents administratifs. Reste que la consécration internationale de la transparence manquait encore. La lacune est désormais comblée: le 18 juin dernier, à Tromsø, en Norvège septentrionale, a été conclue la «Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics» (STCE no° 205; ci-après la Convention). Tant le lieu que la date de cette première mondiale ne sont pas le fruit du hasard; au début de l'été, le Grand Nord ne connaît pas l'obscurité, car le soleil de minuit y règne sans partage. Brandeis aurait apprécié la symbolique...

Un socle de base

Cela dit, le fameux juge américain aurait certainement moins apprécié la timidité de la Convention, laquelle ne fait que poser des standards minimaux en matière de transparence. Pas question d'imposer des règles aussi généreuses qu'en Suède ou aux Etats-Unis, les Etats pionniers dans le domaine; ainsi ne trouvera-t-on aucune obligation de traiter les requêtes d'accès sur le champ, ni de catalogue précis et circonstancié des exceptions justifiant le maintien du secret; encore moins de

sanction pénale pour les fonctionnaires qui ont refusé d'accorder l'accès en violation crasse de la loi. De fait, la Convention se contente de poser le socle de toute législation sur le droit d'accès digne de son nom; sans plus.

Ce socle de base découle en droite ligne d'un texte non contraignant de ce même Conseil de l'Europe: la Recommandation 2002 (2) du Conseil des Ministres sur l'accès aux documents publics. Le passage de la *soft law* à la *hard law* s'est fait au prix d'affaiblissements; ce n'est pas étonnant, les Etats se montrent toujours moins conciliants quand il s'agit de s'engager ferme. En l'espèce, les négociateurs n'ont heureusement pas eu la main trop lourde: on ne déplore que trois reculs significatifs. Le premier affecte les mesures d'accompagnement de la transparence, lesquelles ont quelque peu perdu de leur intensité. Ainsi l'éducation des fonctionnaires aux tenants et aboutissants du principe de publicité se bornera désormais à l'élémentaire; de formation continue à la transparence, il n'est plus question. Dommage, car, comme le révèlent notamment les résultats de l'évaluation de la loi fédérale sur la transparence entreprise au printemps dernier par l'Idheap, il est difficile de renverser du jour au lendemain l'ancestral paradigme du secret administratif; or c'est justement en phase d'émergence que le principe de publicité doit pouvoir bénéficier d'une politique de soutien actif visant à cadrer et à corriger d'emblée les pratiques des services administratifs et de leurs agents, et surtout à éliminer au plus vite les hésitations, les résistances et les déviances.

Le deuxième affaiblissement touche le champ d'application personnel de la transparence. Alors que la Recommandation l'étendait aux organismes extérieurs à l'administration qui accomplissent des tâches publiques ou bénéficient de soutiens financiers de l'Etat, la Convention le limite à ceux qui «exercent une autorité administrative». En langage helvétique, cela reviendrait à dire que la solution restrictive adoptée par la loi fédérale sur la transparence (art. 2, al. 1, let. a LTrans) est préférée à celle plus libérale de la loi genevoise sur l'information du public et l'accès aux documents (art. 2), laquelle, à juste titre, tient compte d'une action administrative qui privilégie toujours plus les partenariats avec le secteur privé. La troisième concession a conduit à priver le requérant de son droit à

l'anonymat; cette concession est dans l'air du temps: sécurité oblige, on veut pouvoir surveiller au plus près tout contact entre l'administration et des tiers.

Des points positifs

Pour autant, l'on ne saurait passer sous silence quelques points positifs de la Convention de Tromsø. Ils concernent pour la plupart la procédure d'accès. Inutile de préciser que l'on touche là à l'essence même de la transparence: l'expérience, qu'elle soit suisse ou étrangère, montre en effet que les prérogatives procédurales font la différence. Dans cette perspective, on saluera donc les garanties imposées par la Convention: l'informalité de la requête de consultation, la rapidité de son examen par l'autorité requise (aucun délai chiffré n'est cependant fixé) et l'interdiction faite à cette autorité d'interroger le requérant sur les motifs de sa démarche. Last but not least, la Convention pose clairement le principe de la gratuité de l'accès; partant, la Confédération devra revoir sa copie si elle entend ratifier la Convention: la LTrans soumet encore la consultation des documents officiels à émolument (art. 17). Autre adaptation nécessaire: la consécration d'un droit d'accès partiel aux documents qui ne contiennent que des informations secrètes isolées; autrement dit, l'autorité requise doit caviarder les passages qui ne peuvent être divulgués, et non rejeter purement et simplement la requête. Cette obligation, qui concrétise le principe de proportionnalité, ne figure pas expressément dans la LTrans.

Ce constant souci de l'implémentation efficace du principe de publicité manifesté par les auteurs de la Convention se reflète encore dans deux dispositions judicieuses: l'obligation d'informer la population sur l'existence même du droit d'accès et celle de réglementer la conservation des documents, en particulier de définir à quelles conditions ils peuvent être détruits. Comme le souligne sans détours le rapport explicatif à la Convention, «une règle élémentaire en matière de destruction est qu'elle ne devrait pas être permise tant qu'il peut y avoir un intérêt public pour le document et que cette destruction ne devrait jamais intervenir lors du traitement d'une demande». Qui lit des affirmations aussi péremptoires est porté à croire que l'affaire Tinner a résonné jusqu'en Norvège...

S'agissant des limites posées à la transparence, la Convention reprend les exceptions classiques que sont, en particulier, la sécurité intérieure, les relations internationales, les enquêtes pénales, les mesures monétaires ou économiques, le secret commercial et, bien entendu, la vie privée de tiers. Cela dit, à l'instar du régime instauré par la LTrans, ces exceptions, très vaguement définies, n'imposent pas nécessairement un rejet de la requête; un refus ne se justifiera que si, en l'espèce, la divulgation des documents requis comporte un risque concret de porter atteinte à l'un ou l'autre de ces intérêts supérieurs (*harm test*). Toujours au chapitre du secret, on dénoncera l'un des plus graves défauts de la Convention: l'autorité requise se voit accorder la faculté de rejeter toute requête qui s'avérerait «déraisonnable». Inutile de dire que ce concept à géométrie variable est un germe à tous les abus. Espérons qu'il ne servira pas de prétexte à des fonctionnaires indéliçables pour tirer le rideau sur des actions embarrassantes ou compromettantes.

Elaborée sous les auspices du Conseil de l'Europe, la Convention est ouverte à la ratification des 47 pays membres de l'organisation régionale; mais pas seulement: le texte traitant d'une institution centrale de tout Etat démocratique, des pays non membres et des organisations internationales peuvent aussi y adhérer, si les parties y consentent unanimement. A ce jour 12 Etats ont signé la Convention; un l'a déjà ratifié: la Norvège; pays hôte de la conférence diplomatique et l'un des premiers Etats à avoir adopté le principe de publicité à l'interne, elle se devait de montrer l'exemple. Et la Suisse? Elle n'a pas encore signé; quant à ratifier, renseignement pris en haut lieu, ce n'est pas à l'ordre du jour.

Un signal pour la Suisse

Pourquoi tant de frilosité lors même que la Convention, comme on a eu l'occasion de le constater, ne bouleverse pourtant pas le droit suisse en vigueur? Les principes de base en matière de transparence administrative qu'elle pose se retrouvent, peu ou prou, dans les législations sur le droit d'accès de la Confédération et des cantons de Berne, Soleure, Genève, Vaud, Jura, Neuchâtel, Argovie, Uri, Zurich, Schwyz, Schaffhouse, Valais et Fribourg (dans l'ordre chronologique). Non, ce qui empêche aujourd'hui une ratification, c'est l'existence d'une douzaine de cantons qui ignorent encore le principe de publicité (ou ne le consacrent qu'imparfaitement comme Appenzell Rhodes extérieures ou Saint-Gall); la Convention exige en effet une totale mise en conformité du droit interne, préalablement à l'adhésion. De surcroît, il est impossible pour la Confédération de forcer la main des réticents, faute de toute compétence générale pour s'immiscer dans l'autonomie organisationnelle des cantons. Certes, en 1997, le Parlement fédéral avait donné son aval à la ratification de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel quand bien même neuf cantons ne satisfaisaient pas aux exigences posées. La reconnaissance par le Tribunal fédéral des principes généraux gouvernant les traitements de données (licéité, bonne foi, finalité, proportionnalité), dans le prolongement des garanties fondamentales de la liberté personnelle et de l'égalité de traitement, remédia au défaut de législation formelle (FF 1997 I 706). Mais pareil palliatif jurisprudentiel n'est pas envisageable dans le cas présent: le Tribunal fédéral s'est toujours refusé de déduire de la liberté de l'information un droit d'accès aux documents administratifs.

Il importe toutefois de «positiver»: l'existence même de la Convention de Tromsø est déjà un signal fort de la part de la communauté internationale en faveur du principe de publicité. Qui plus est, le rapport explicatif souligne que «la transparence des organes de l'Etat est l'un des éléments clé de la bonne gouvernance et l'un des aspects qui révèle le mieux l'existence ou non d'une société véritablement démocratique et pluraliste, opposée à toute forme de corruption, capable de critiquer ceux qui la gouvernent et ouverte à la participation éclairée des citoyens dans les questions d'intérêt général». En bref, pas de véritable démocratie, sans transparence! Les cantons encore hésitants ou réfractaires (à commencer par Lucerne qui avait renoncé à garantir le droit d'accès aux docu-

ments administratifs dans sa nouvelle constitution) sont désormais avertis!

Résumé Institutionnalisée par toujours plus d'états dans le monde, la transparence administrative est désormais aussi consacrée au niveau international. Conclue en juin dernier, la Convention de Troms accorde à tout un chacun le droit de consulter les documents détenus par les autorités publiques. Même si ce texte se borne à poser des garanties minimales en la matière, il n'en demeure pas moins un signal fort: démocratie et secret ne vont pas de pair.
