

[11/12 | 2019]

ANWALTS

REVUE

DE L'AVOCAT

MICHAEL FREY

Parteikosten in den verschiedenen
Prozesskostensystemen SEITE / PAGE 463

PIERRE BYDZOVSKY

Gestion des accès internes aux dossiers
des clients et protection des données SEITE / PAGE 473

ANDREAS JÖRGER

Aktenführungspflicht und Modalitäten
der Akteneinsichtnahme
im Verwaltungs-
verfahrensrecht SEITE / PAGE 479



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

IM FOKUS DES VORSTANDS SAV	459
LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA	461
<hr/>	
THEMA / QUESTION DU JOUR	
Michael Frey Parteikosten in den verschiedenen Prozesskostensystemen	463
Kilian Meyer/Daniel Sutter Die überzeugende Rechtschrift	468
Pierre Bydovzsky Gestion des accès internes aux dossiers des clients et protection des données	473
Andreas Jörgler Aktenführungspflicht und Modalitäten der Akteneinsichtnahme im Verwaltungsverfahrenrecht	479
Guillaume Braidt Les formations LL. M.	486
Max B. Berger/Pierrick Schorno Geschädigte und Opfer sind kein «Störfaktor»	489
Célian Hirsch/Dominique Hänni Un droit à la newsletter?	493
<hr/>	
ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU	
Théo Meylan Les réserves d'usage à l'épreuve du client	499
Liane Allmann Was macht Sinn im Internet? Digitale Vertriebsstrategien	503
<hr/>	
RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE	509
<hr/>	
ANWALTSRECHT / DROIT DE L'AVOCAT	
Benoît Chappuis ATF 145 IV 218: changement d'étude et conflits d'intérêts	511
<hr/>	
SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX	
Der SAV teilt mit/La FSA vous informe	518

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
22. Jahrgang 2019 / 22^e année 2019
ISSN 1422-5778 (Print)
e-ISSN 2504-1436 (Online)

Erscheinungsweise / Parution
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitervorschlag / Suggestion de citation
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par
Stämpfli Verlag AG
Schweizerischer Anwaltsverband/
Fédération Suisse des Avocats

Co-Chefredaktion / Co-rédacteurs en chef
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vl)
Bollwerk 21, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40
peter.vonins@bollwerk21.ch

Dr. Patrick Sutter, Rechtsanwalt (PS)
Färberstrasse 4, 8832 Wollerau
Tel. 044 687 32 32, Fax 044 687 32 33
patrick.sutter@klgp.ch

Kontakt Verlag / Contact maison d'édition
Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
www.staempfliverlag.com
anwaltsrevue@staempfli.com
revueavocat@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)
Stephan Grieb, Fürsprecher, Akquisition
juristische Publikationen (SG)

Sekretariat SAV / Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321,
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16
info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces
Stämpfli AG
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 41, Fax 031 300 63 90
inserate@staempfli.com

Auflage / Tirage
10108 Exemplare / exemplaires
(notariell beglaubigt / authentifié par
un notaire)

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Periodika
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88
periodika@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.
Les membres de la FSA s'adressent
directement à la FSA pour leurs change-
ments d'adresse.

Preise / Prix
Jährlich / Annuel:
CHF 213.-, EUR 258.- (Print und Online);
CHF 178.-, EUR 178.- (Online)
Studenten / Etudiants: CHF 105.-
Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 27.50, EUR 27.50
Mitglieder des SAV gratis/
Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt. /
Tous les prix incluent la TVA de 2.5%
Die Preisangaben in € gelten nur
für Europa.
Les prix indiqués en € ne sont valables
que pour l'Europe.
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate
vor Ende der Laufzeit möglich. /
Résiliation de l'abonnement possible
par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de
l'abonnement.

Copyright
©Titel <<AnwaltsRevue / Revue de
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-
verband, Bern
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-
scher Anwaltsverband, Bern.
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher
noch nicht im Druck erschienene Original-
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-
schliessliche Recht zur Vervielfältigung
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-
verband übergeht. Jede Verwertung und
Vervielfältigung bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /
Tous droits réservés. La revue est protégée
par la législation sur le droit d'auteur.
Ne sont publiées que des contributions
originales qui n'ont pas encore été diffu-
sées sous forme imprimée. Les contribu-
tions ne sont acceptées qu'à la condition
que le droit exclusif de reproduction et de
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.
Toute exploitation et reproduction néces-
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen
und Autoren geäußerte Meinungen und
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-
gen der Redaktion oder des SAV decken. /
Les opinions exprimées dans cette revue
par les auteurs sont personnelles et n'en-
gagent ni la rédaction ni la FSA.

UN DROIT À LA NEWSLETTER?

CÉLIAN HIRSCH

Avocat, doctorant au Centre de droit bancaire et financier
de la Faculté de droit de l'Université de Genève

DOMINIQUE HÄNNI

Docteur en droit

Mots-clés: droit à l'information, information active, transparence, avocat spécialisé, blog

Certaines autorités fédérales envoient aux journalistes accrédités des newsletters électroniques contenant des informations sur leurs pratiques. Dans cette contribution, nous présentons un récent arrêt du Tribunal administratif fédéral (A-3402/2018 du 15 février 2019) qui accorde aux avocats-blogueurs à certaines conditions le droit de s'abonner à des newsletters officielles. Nous analysons ensuite la pratique actuelle de plusieurs autorités fédérales au regard des conclusions de l'arrêt commenté.

I. Introduction

Certaines autorités fédérales, qu'elles soient judiciaires ou administratives, ont pour pratique de fournir activement des informations à des journalistes accrédités¹, souvent sous forme de newsletters électroniques. Les newsletters contiennent selon l'autorité des listes de jurisprudence, des résumés clairs et succincts de décisions importantes ou encore des précisions sur la pratique de l'autorité dans la mise en œuvre de la loi. Ces informations peuvent le cas échéant être intéressantes et utiles pour d'autres personnes, entre autres les avocats. Se pose donc la question de savoir à quelles conditions d'autres personnes ont également le droit de s'abonner à ces newsletters.

Dans un cas récent, un courageux avocat, désireux d'avoir accès à plus d'informations, a saisi le Tribunal administratif fédéral suite au refus de l'Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic) de lui accorder le même accès aux informations que celui accordé aux journalistes. Le Tribunal administratif fédéral a ainsi été amené à préciser le droit à l'information, comparant la situation de l'avocat à celle du journaliste accrédité.

Dans la présente contribution, nous présenterons dans un premier temps quelques généralités en matière d'information active de la part des autorités étatiques (B.). Dans un deuxième temps, nous reviendrons sur l'état de fait du cas susmentionné ainsi que sur les développements et le raisonnement retenus par le Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt A-3402/2018 du 15.2.2019 (C.). Dans un troisième temps, nous analyserons la pratique actuelle d'information active de quelques autorités judiciaires et administratives au regard de l'arrêt susmentionné du Tribunal administratif fédéral (D.).

II. L'information active de la part des autorités étatiques

L'information fournie par les autorités peut être subdivisée en information passive et information active. On parle d'information passive lorsque l'État communique des documents ou des informations à la suite d'une demande d'accès à des documents officiels de la part d'une administrée. En revanche, on désigne par information active la communication spontanée, par l'État, de documents ou d'informations sur l'activité étatique². Dans le présent article, nous nous intéressons à ce deuxième type: l'information active.

1. Une obligation générale d'informer

La Constitution fédérale contient diverses normes relatives à l'information active. D'une part, l'art. 16 al. 3 Cst. garantit à toute personne le droit de recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser. La liberté d'information ne contient cependant pas une obligation générale pour les autorités de fournir activement des informations aux citoyennes et ne leur accorde pas un droit subjectif généralisé à l'information active³.

- 1 La forme féminine, tout comme la forme masculine, comprend tant les personnes de sexe féminin que masculin, ainsi que toute personne qui ne se reconnaît dans aucune des deux catégories.
- 2 STEPHAN C. BRUNNER/LUZIUS MADER, Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung. Entstehung, Konzept, Kontext, N 79, in Brunner Stephan C./Mader Luzius (édit.), Öffentlichkeitsgesetz. Stämpfli Handkommentar, Berne 2008.
- 3 Cf. p. ex. ATF 113 Ia 309, c. 4b; arrêt du TAF du 15.2.2019, A-3402/2018, c. 2.2.2.

D'autre part, l'art. 180 al. 2 Cst. prévoit 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». Le Conseil fédéral et l'administration qui lui est soumise jouissent d'une large marge de manœuvre dans la mise en œuvre de cette obligation générale d'informer⁴. Toutefois, à l'instar de l'art. 16 Cst., l'art. 180 al. 2 Cst. ne contient pas un droit subjectif généralisé à l'information active.

Cette obligation constitutionnelle générale d'informer est reprise tant dans la LOGA⁵ et l'OLOGA⁶ que dans la LTrans⁷. Cette dernière traite avant tout du droit d'accès aux documents officiels, c'est-à-dire de l'information passive. L'art. 21 LTrans et les art. 18 et 19 OTrans⁸ obligent néanmoins les autorités à publier sur internet des informations sur les domaines et les affaires importantes qui relèvent de leur compétence, de mettre à disposition des intéressés des informations susceptibles de faciliter la recherche ainsi que de publier des documents officiels importants⁹.

Mentionnons encore que des droits subjectifs peuvent exister dans des domaines spécifiques et dans un cadre bien défini (cf. p. ex. 24 al. 2 LMP¹⁰ ou art. 10e al. 1 let. a LPE¹¹). Dans ces cas spécifiques, la citoyenne a le droit à ce que les autorités publient des informations précises.

On peut donc retenir que tant la Constitution fédérale que plusieurs lois fédérales contiennent des obligations pour les autorités d'informer activement les citoyennes. Elles ne garantissent cependant pas un droit subjectif généralisé à l'information active aux citoyennes.

2. L'égalité de traitement dans l'information active

L'information active de la part des autorités étatiques, qu'elle intervienne en vertu d'une obligation de publication ou en vertu de l'obligation générale d'informer, est une activité de l'État au sens de l'article 5 Cst.¹². En tant que telle, elle doit respecter les principes fondamentaux du droit public, notamment les principes de la légalité, de l'intérêt public, de la proportionnalité, de la bonne foi, de l'interdiction de l'arbitraire et de l'égalité de traitement (art. 5, 8 et 9 Cst.). C'est ce dernier principe qui nous intéresse particulièrement dans le cadre de la présente contribution.

Le principe d'égalité de traitement «commande de traiter de la même manière les situations semblables et de manière différente les situations dissemblables»¹³. En d'autres termes, il interdit «d'opérer entre des personnes des distinctions qui ne trouvent pas de justification objective ou de traiter de façon semblable des situations tellement différentes qu'elles exigent un traitement différent»¹⁴.

Appliqué au domaine de l'information, cela signifie que les autorités doivent transmettre les mêmes informations aux personnes qui se trouvent dans des situations identiques ou semblables. Formulé différemment, si les autorités étatiques ont une pratique d'information active qui exclut certaines personnes, il faut que cette exclusion soit fondée sur des raisons objectives. Dans les lignes qui

suivent, nous nous pencherons sur un cas d'information active où le principe d'égalité de traitement a été violé.

III. L'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3402/2018 du 15 février 2019

1. La newsletter de Swissmedic

L'Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic) est un établissement de droit public compétent pour autoriser et surveiller les produits thérapeutiques mis sur le marché helvétique¹⁵. Dans ce cadre, il est chargé de la poursuite pénale d'une partie importante des infractions commises en violation de la loi sur les produits thérapeutiques¹⁶ et prononce des sanctions pénales.

Swissmedic informe les journalistes accrédités de sa pratique en matière de procédures et sanctions pénales à l'aide d'une newsletter envoyée trois à quatre fois par an. Celle-ci comprend une liste anonymisée des procédures pénales administratives avec notamment une description des faits constitutifs de l'infraction et le montant des sanctions. Les journalistes peuvent ensuite demander l'accès aux décisions non anonymisées¹⁷.

2. Un avocat-blogueur à la recherche de l'information

En décembre 2017, un avocat désirant être mieux renseigné au sujet de la pratique en matière de procédures et de sanctions pénales de Swissmedic demande à ce dernier de lui envoyer la newsletter en principe réservée aux journalistes. Le requérant exerce non seulement le métier d'avocat, mais tient également un blog sur Internet. Sur son blog, il informe, de manière régulière et gratuite, le public

4 STEPHAN C. BRUNNER/LUZIUS MADER, Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung. Entstehung, Konzept, Kontext, N 79, in Brunner Stephan C./Mader Luzius (édit.), Öffentlichkeitsgesetz. Stämpfli Handkommentar, Berne 2008.

5 Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, RS 172.010. Notamment les art. 10, 10a et 40 LOGA (cf. PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, Droit administratif I: Les fondements généraux, 3^e éd., Berne 2012, p. 975 ss).

6 Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, RS 172.010.1.

7 Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration, RS 152.352.3.

8 Ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration, RS 152.31.

9 Cf. également DOMINIQUE HÄNNI, Vers un principe d'intégrité de l'administration publique. La prévention de la corruption en droit administratif, Genève 2019, à paraître, N 795.

10 Loi fédérale sur les marchés publics, RS 172.056.1.

11 Loi fédérale sur la protection de l'environnement, RS 814.01.

12 ATF 113 Ia 309, c. 4b.

13 Cf. p. ex. ATF 136 IV 97, c. 5.1. Cf. également RAINER J. SCHWEIZER/MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER/REGULA KÄGI-DIENER, in Bernhard Ehrenzeller et al. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich/St. Gall 2014, Art. 8 N 19.

14 THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^e éd., Genève 2018, N 250.

15 Art. 9 et art. 68 al. 2 LPTh.

16 RS 812.21.

17 A-3402/2018, c. 2.1.

intéressé des principales décisions des tribunaux et des autorités suisses dans le domaine de la santé et des produits pharmaceutiques.

À la suite du rejet de sa demande par Swissmedic, l'avocat-blogueur dépose un recours auprès du Tribunal administratif fédéral afin de pouvoir recevoir les mêmes newsletters que les journalistes.

3. L'avocat-blogueur et la journaliste: une égalité dans l'accès à l'information?

Dans la mesure où la newsletter de Swissmedic constitue une information active, elle doit intervenir dans le respect des principes constitutionnels¹⁸ et notamment du principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.)¹⁹. Le Tribunal administratif fédéral doit alors déterminer si, en l'espèce, l'avocat requérant se trouve dans une situation semblable à celle des journalistes accrédités. Pour trancher cette question, il distingue (a) l'envoi de la newsletter anonymisée de (b) l'envoi sur demande des décisions non anonymisées.

4. La newsletter contenant des décisions anonymisées

Bien que l'avocat ne soit pas un journaliste, il est néanmoins actif dans le secteur de la santé et informe régulièrement et gratuitement le public intéressé des principales décisions des tribunaux et des autorités suisses dans le domaine de la santé et des produits pharmaceutiques. Aux yeux du Tribunal administratif fédéral, il dispose donc d'un intérêt à recevoir la newsletter de Swissmedic, tout comme les journalistes²⁰. Par ailleurs, le fait que les informations contenues dans la newsletter soient anonymisées permet à Swissmedic de s'assurer que l'avocat, qui n'est pas soumis aux mêmes devoirs de confidentialité que les journalistes accrédités, n'utilise pas à mauvais escient les informations reçues²¹.

Ces deux points – l'intérêt à informer le public et l'anonymisation des données – permettent au Tribunal administratif fédéral de considérer que l'avocat requérant et les journalistes accrédités se trouvent dans une situation semblable et doivent dès lors être traités de la même manière. Il s'ensuit que le refus de Swissmedic d'envoyer la newsletter à l'avocat-blogueur viole le principe de l'égalité de traitement. Partant, le Tribunal administratif fédéral ordonne à Swissmedic d'offrir à l'avocat la possibilité de recevoir sa newsletter²².

5. L'envoi sur demande de décisions non anonymisées

En plus de la newsletter, les journalistes accrédités ont accès gratuitement, par voie informatique, aux décisions non anonymisées énumérées dans la newsletter de Swissmedic. Le Tribunal administratif fédéral raisonne de nouveau à l'aide du principe de l'égalité de traitement et analyse si l'avocat-blogueur et la journaliste accréditée se trouvent dans une situation semblable.

Il souligne d'emblée que seuls les journalistes accrédités²³ ont un accès privilégié à l'information²⁴. Cette distinction se justifie non seulement en raison du caractère sensible des données²⁵ qui leur sont transmises, mais également en raison des obligations réglementaires qui sont

liées à l'accréditation. Or ni la LLCA ni les règles déontologiques de l'avocat ne prévoient une garantie semblable à celles des journalistes accrédités, à savoir l'obligation de garder confidentielles les données personnelles reçues par les tribunaux et autorités administratives. Au contraire, l'avocat qui recevrait des arrêts non anonymisés pourrait se retrouver dans une situation de conflit d'intérêts au sens de l'art. 12 let. c LLCA. En effet, il devrait, d'une part, garder confidentielles les données personnelles reçues et, d'autre part, conseiller ses clients à l'aide de ces informations²⁶.

Le Tribunal administratif fédéral considère ainsi que l'exigence d'accréditation repose sur des motifs objectifs et raisonnables. Partant, le traitement différent de l'avocat-blogueur de la part de Swissmedic quant à l'envoi sur demande de décisions non anonymisées est justifié: il ne se trouve pas dans une situation semblable à celle des journalistes accrédités²⁷.

6. La portée de l'arrêt

L'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3402/2018 du 15.2.2019 a une portée pratique: toute personne qui informe le public intéressé dans un certain domaine a le droit de s'abonner à la newsletter anonymisée d'une autorité étatique active dans ce même domaine, sous réserve qu'une telle newsletter existe. En effet, ce qui vaut pour la newsletter de Swissmedic peut être transposé aux newsletters anonymisées d'autres autorités étatiques.

La conclusion à laquelle est arrivé le Tribunal administratif fédéral est en faveur de l'information et de la transparence. En effet, elle facilite la publication, la circulation et l'accès aux informations officielles. L'avocate-blogueuse, la journaliste ou toute autre personne informant le public ne doivent pas faire elles-mêmes la recherche des décisions administratives et autres informations, le cas échéant par une demande d'accès aux documents, mais reçoivent une newsletter contenant toutes les données pertinentes, ce qui représente pour elles un gain de temps. L'élargissement du cercle des personnes ayant le droit de s'abonner à ces newsletters existantes contribue ainsi à plus de transparence administrative.

¹⁸ Cf. *supra* II. 2.

¹⁹ Cf. A-3402/2018, c. 2.2.2, et *supra* II. 2.

²⁰ A-3402/2018, c. 2.2.3.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ Concernant le Tribunal fédéral, cf. Art. 3 des Directives concernant la chronique judiciaire du Tribunal fédéral (RS 173.110.133); concernant le Tribunal pénal fédéral, cf. art. 12 du Règlement du Tribunal pénal fédéral sur les principes de l'information (RS 173.711.33); concernant le Tribunal administratif fédéral, cf. art. 13 du Règlement du Tribunal administratif fédéral relatif à l'information (RS 173.320.4).

²⁴ A-3402/2018, c. 2.3.3.

²⁵ Cf. art. 3 let. c LPD.

²⁶ A-3402/2018, c. 2.3.3.

²⁷ *Ibidem*.

Enfin, au regard du droit à la protection de la sphère privée, il se justifie de ne pas envoyer à l'avocat-blogueur les décisions non anonymisées. Son intérêt principal étant d'informer le public sur la pratique de l'autorité, il n'a pas besoin de recevoir dans sa boîte mail les décisions non ca- viardées.

IV. L'envoi de newsletters: la pratique des autorités

À la suite de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral discuté ci-dessus, nous nous sommes intéressées à la pratique d'autres autorités étatiques en matière d'envoi de newsletters. Lorsque les informations à ce sujet n'étaient pas contenues dans un règlement ou un autre document librement accessible sur le site Internet des autorités, nous leur avons demandé l'accès à ces données, et cela, sur la base des diverses lois sur la transparence. Dans ce qui suit, nous présenterons les résultats de cette recherche suivis d'une brève analyse.

1. Les autorités administratives fédérales

A) La FINMA

La FINMA offre à toute personne la possibilité de s'inscrire sur son site Internet à MyFINMA, un espace contenant des informations que les personnes intéressées peuvent configurer selon leurs intérêts spécifiques. Ce service permet à tout un chacun de recevoir les informations auxquelles il voudrait avoir accès; c'est donc une newsletter personnalisée. En revanche, la FINMA ne connaît pas de newsletter réservée aux journalistes à l'instar de Swissmedic. L'onglet «médi- as» disponible sur le site Internet de la FINMA et où sont publiés les communiqués de presse est par ailleurs accessible à chaque personne intéressée. La question du droit de s'abonner à une newsletter anonymisée réservée aux journalistes ne se pose donc pas pour cette autorité administrative.

B) La COMCO

La COMCO ne met pas à disposition des journalistes des informations spéciales ou non publiées sur son site Internet; elle n'envoie donc pas de newsletters. Les décisions de la COMCO, ainsi que des communications et notes explicatives et parfois des communiqués de presse sont publiés sur son site Internet²⁸. La question du droit de s'abonner à une newsletter anonymisée réservée aux journalistes ne se pose donc pas.

C) La ComCom

À l'instar de la COMCO, la ComCom ne publie pas de newsletters. Elle n'a donc pas non plus une pratique d'information active en faveur des journalistes ou un autre public cible. La ComCom publie cependant sur son site le rapport annuel, des données statistiques ainsi que divers autres documents²⁹. Selon l'actualité, la ComCom publie des communiqués de presse qui sont le cas échéant accompagnés d'une conférence de presse à laquelle sont conviées les journalistes. Là encore, la question du droit de s'abon-

ner à une newsletter anonymisée réservée aux journalistes ne se pose pas.

2. Les autorités judiciaires

A) Le Tribunal fédéral

En plus de sa base de données d'arrêts librement accessible sur son site Internet, le Tribunal fédéral a créé un espace en ligne exclusivement réservé aux journalistes accrédités³⁰. Sur cette plate-forme, ces dernières peuvent notamment trouver l'état de fait des causes qui seront dé- libérées lors de séances publiques. Ces états de fait sont parfois anonymisés, parfois pas – la décision d'anonymisation est prise par la présidence de la Cour concernée dans chaque cas d'espèce. Au vu de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral commenté ci-dessus, nous pensons que toute personne qui a pour pratique d'informer gratuitement le public devrait pouvoir accéder à ces informations anonymisées.

De plus, les journalistes accrédités reçoivent certains arrêts du Tribunal fédéral, sous forme non anonymisée, sept ou trois jours avant leur publication. Cet envoi est néanmoins soumis à embargo³¹. Les journalistes ont ainsi le temps de prendre connaissance de l'arrêt et, éventuellement, de rédiger un article, lequel sera publié en même temps que l'arrêt. Enfin, les journalistes accrédités reçoivent également les communiqués de presse avec un embargo, quelques heures, voire quelques jours, avant leur publication sur internet³².

B) Le Tribunal administratif fédéral

Selon sa Directive concernant la communication de la jurisprudence du 9. 6. 2011³³, le Tribunal administratif fédéral envoie aux journalistes accrédités tous les arrêts matériels des Cours I, II et III ainsi que les arrêts matériels importants des Cours IV, V et VI. Ces arrêts sont en principe remis sous forme non anonymisée³⁴. Néanmoins, dans

²⁸ <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home.html> (tous les liens indiqués dans le présent article ont été vérifiés pour la dernière fois le 15. 11. 2019).

²⁹ <<https://www.comcom.admin.ch/comcom/fr/page-daccueil.html>>.

³⁰ PETER JOSI, *Medienarbeit des Bundesgerichts*, in «Justice – Justiz – Giustizia», 2018/2, N 8; concernant l'accréditation comme instrument de communication active de la part des tribunaux, cf. MASCHA SANTSCHI KALLAY, *Externe Kommunikation der Gerichte, Rechtliche und praktische Aspekte der aktiven und reaktiven Medienarbeit der Judikative*, thèse, Berne 2018, p. 328 ss.

³¹ Au sujet des embargos sur les arrêts, cf. MASCHA SANTSCHI KALLAY, (n. 30), p. 203 ss.

³² Circulaire à tous les journalistes accrédités du 28. 3. 2016 du Secrétaire général du Tribunal fédéral, ch. V.

³³ État au 28. 6. 2016. <https://www.bvger.ch> > Médias > Bases légales > Directive concernant la communication de la jurisprudence. <https://www.bvger.ch/dam/bvger/fr/dokumente/juricom/richtlinie_fuer_diekommunikationderrechtsprechung.pdf.download.pdf/directive_concernantlacommunicationdelajurisprudence.pdf>.

³⁴ Art. 4 al. 6 de la Directive concernant la communication de la jurisprudence du 9. 6. 2011 du Tribunal administratif fédéral.

certaines domaines du droit³⁵, les journalistes reçoivent uniquement les arrêts sous forme anonymisée³⁶. De plus, les journalistes accrédités reçoivent les avis d'audiences publiques, lesquelles sont également annoncées sur le site du Tribunal administratif fédéral et sur Twitter.

À notre avis, en application du principe de l'égalité de traitement en matière d'information active³⁷, l'avocate-blogueuse pourrait également prétendre à recevoir directement dans sa boîte mail les annonces d'audiences ainsi que les arrêts sous forme anonymisée qui sont envoyés aux journalistes accrédités. En effet, l'envoi aux seuls journalistes accrédités ne repose pas sur un motif de confidentialité ou sur un besoin de respect d'un embargo. De plus, ces informations sont également accessibles à tout un chacun sur le site du Tribunal administratif fédéral.

C) *Le Tribunal pénal fédéral*

Le Tribunal pénal fédéral envoie aux journalistes accrédités les actes d'accusation ainsi que les dispositifs, sous forme non anonymisée, des jugements communiqués en audience publique³⁸. Les journalistes accrédités reçoivent également les prononcés destinés à la publication avant leur publication dans la base de données électronique, éventuellement soumis à un embargo. Etant donné que ces informations sont soumises à embargo ou remises sous forme non anonymisée, l'avocate-blogueuse ne pourra pas invoquer l'égalité de traitement pour également les recevoir.

D) *Le Pouvoir judiciaire du canton de Genève*

Le Pouvoir judiciaire genevois informe les journalistes de ses décisions principalement à l'aide de communiqués de presse. Ces derniers sont également disponibles sur le site Internet du Pouvoir judiciaire³⁹ pendant cinq ans⁴⁰; il n'est toutefois pas possible, pour les non-journalistes, de recevoir ces communiqués par e-mail. Les journalistes accrédités reçoivent les décisions uniquement s'ils en font la demande et sans perception d'émolument⁴¹. Ce service est également offert aux avocats, ceux-ci devant néanmoins s'affranchir d'un émolument s'ils désirent en obtenir une copie⁴².

Il est à notre avis critiquable que la possibilité de recevoir les communiqués de presse dans sa boîte mail est donnée aux seuls journalistes accrédités; d'autres personnes devraient avoir la possibilité de s'abonner à cette newsletter. Notons que toutes les autres autorités mentionnées dans cet article, tant administratives que judiciaires, permettent à quiconque de recevoir les communiqués de presse.

E) *L'Ordre judiciaire du canton de Vaud*

L'Ordre judiciaire vaudois accorde aux journalistes accrédités certains avantages. Premièrement, ces derniers reçoivent par courriel le programme des audiences pénales des tribunaux d'arrondissement et de la Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal. Deuxièmement, à l'ouverture d'une audience publique dans une procédure pénale, il leur est remis en main propre une copie de l'acte d'accusa-

tion. Enfin, les journalistes accrédités ont le droit de consulter les jugements pénaux non anonymisés dans les locaux du greffe, au plus tôt le lendemain de sa lecture publique, respectivement le surlendemain de son expédition aux parties. L'Ordre judiciaire vaudois n'envoie donc pas de newsletters contenant des décisions non anonymisées; l'avocate-blogueuse ne peut donc pas invoquer l'égalité de traitement pour avoir droit à recevoir les mêmes informations par mail.

3. *Analyse et perspectives*

Au vu de ce qui précède, nous pouvons faire trois constats. Premièrement, toutes les autorités fédérales et cantonales examinées informent le public de manière active; elles agissent en conformité avec leur obligation générale d'informer qui découle de la Constitution fédérale. Deuxièmement, Swissmedic ainsi que toutes les autorités judiciaires examinées distinguent, dans leur information active, entre journalistes et non-journalistes. Troisièmement, nous avons vu que dans certains cas, cette distinction n'est pas justifiée au regard de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral commenté ci-dessus. Cela est notamment le cas des annonces d'audiences et des arrêts anonymisés du Tribunal administratif fédéral ainsi que des communiqués de presse du Pouvoir judiciaire genevois. Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral et en application du principe de l'égalité de traitement, les non-journalistes, ou du moins les personnes qui informent régulièrement le public dans un certain domaine sans pour autant être journalistes accrédités, devraient avoir le droit de recevoir ces informations sous forme de newsletter, comme c'est le cas pour les journalistes.

Parmi les différentes pratiques analysées, le modèle de la FINMA avec sa plate-forme MyFINMA nous convainc le plus. En effet, la création d'un espace ouvert à toute personne intéressée, contenant toutes les informations, le cas échéant anonymisées, et que les intéressées peuvent configurer selon leurs intérêts spécifiques nous semble la meilleure solution pour l'information active. Une telle plate-forme n'empêcherait pas les journalistes accrédités de recevoir une newsletter spéciale contenant

³⁵ Pour les affaires relevant du droit fiscal, du droit du personnel ou du droit d'asile, les procédures d'entraide administrative et les procédures concernant l'assurance invalidité, le service civil, des examens ou la reconnaissance de diplômes.

³⁶ Art. 4 al. 6 de la Directive concernant la communication de la jurisprudence du 9. 6. 2011 du Tribunal administratif fédéral.

³⁷ Cf. *supra* II. 2.

³⁸ Art. 15 al. 1 let. e du Règlement du Tribunal pénal fédéral sur les principes de l'information du 24. 1. 2012 (RS 173.711.33).

³⁹ <<http://ge.ch/justice/news>>.

⁴⁰ Art. 16 al. 4 RComPJ/GE.

⁴¹ Art. 5 al. 1 let. e RComPJ/GE.

⁴² Art. 28 al. 7 LIPAD/GE; cf. également le récent arrêt du Tribunal fédéral 1C_394/2018 du 7. 6. 2019, commenté in: CÉLIAN HIRSCH, Le principe de la transparence et la publication de tous les arrêts cantonaux, in: <www.lawinside.ch/776/>.

des informations non anonymisées. C'est d'ailleurs également le modèle choisi par l'administration centrale de la Confédération⁴³.

V. Conclusion

Dans cette contribution, nous avons d'abord constaté que les autorités étatiques ont une obligation générale d'informer le public qui découle de la Constitution fédérale. Puisque l'information active constitue une activité étatique au sens de l'art. 5 Cst., les autorités doivent respecter les principes fondamentaux du droit public, et notamment l'égalité de traitement.

Nous avons ensuite commenté l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3402/2018 du 15.2.2019, où l'égalité de traitement n'avait pas été respecté. En effet, Swissmedic n'a, à tort, pas envoyé la newsletter anonymisée à un avocat-blogueur. En revanche, cette autorité avait raison de ne pas envoyer une newsletter non anonymisée à ce même avocat-blogueur.

Dans la dernière partie, nous avons analysé les pratiques d'information active d'autres autorités étatiques. Nous avons constaté que certaines autorités opèrent une distinction entre journalistes et non-journalistes qui n'est à notre avis pas justifiée, étant donné qu'il s'agit dans ces cas de documents anonymisés. Au vu de ce qui précède, nous pouvons donc conclure qu'à certaines conditions, il existe effectivement un droit à la newsletter. L'élargissement du cercle des personnes ayant le droit de s'abonner à certaines newsletters contribuera à plus de transparence administrative.

⁴³ Cf. <www.admin.ch/gov/fr/start/dokumentation/medienmitteilungen/medienmitteilungen-abonnieren.login.html>.