



Master

2023

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

---

## L'intervention des membres d'autorités exécutives dans le débat

---

Dermitzel, Stefania Giovanna

### How to cite

DERMITZEL, Stefania Giovanna. L'intervention des membres d'autorités exécutives dans le débat.  
Master, 2023.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:176755>



**UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE**  
FACULTÉ DE DROIT

Année académique 2023-2024

Mémoire de maîtrise

## **L'intervention des membres d'autorités exécutives dans le débat**

Mémoire dans le cadre du séminaire de maîtrise : « Le débat populaire sous le prisme du droit : la protection de la formation de la volonté populaire lors des campagnes de votations et d'élections »

Sous la direction de la Dre iur. Camilla JACQUEMOUD et des assistants, Madame Tatiana HOLMER et Monsieur Daniel LATTION

Stefania Giovanna DERMITZEL

Date de dépôt : 22 décembre 2023

# Table des matières

Table des abréviations.....	2
Introduction .....	3
1. Le cadre normatif.....	4
A. L'absence de base légale spécifique .....	4
B. Les fondements constitutionnels d'un encadrement.....	5
i. La garantie des droits politiques.....	5
ii. La liberté d'opinion .....	6
iii. Le principe de collégialité.....	8
2. L'état de la jurisprudence .....	8
A. La problématique.....	8
B. Le traitement différencié en fonction de la nature de l'intervention .....	9
i. Les interventions des autorités .....	9
ii. Les interventions des personnes privées .....	12
C. Les interventions des membres d'autorités : la délicate distinction entre intervention privée et intervention officielle .....	13
i. Le principe de l'intervention des membres d'autorités.....	13
ii. La distinction entre intervention privée et intervention officielle.....	14
iii. Les interventions illicites et leurs conséquences .....	15
3. Les critiques au système actuel.....	17
A. Remarques liminaires.....	17
B. Les arguments de la doctrine.....	19
i. La fiction de la distinction entre l'autorité et ses membres.....	19
ii. Le rôle des autorités exécutives dans la société .....	21
iii. Le débat politique et la libre formation de l'opinion .....	22
C. Appréciation personnelle.....	23
Conclusion .....	25
Bibliographie .....	28
Déclaration relative au plagiat.....	30

## Table des abréviations

al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101
consid.	considérant(s)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
éd.	édition
édit.	éditeurs
<i>et al.</i>	<i>et alia/et alii</i> , et les autres
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit
in	dans
let.	lettre
JdT	Journal des Tribunaux
LDP	Loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976, RS 161.1
LOGA	Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997, RS 172.010
N	numéro marginal
p.	page
pp.	pages
par.	paragraphe(s)
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2
PJA	Pratique juridique actuelle
RDS	Revue de droit suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s.	et suivant(e)
ss	et suivant(e)s
Vol.	volume
ZBl	<i>Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht</i>

## Introduction

Pendant la période précédant une votation ou une élection, nous avons l'habitude de recevoir beaucoup d'informations concernant le scrutin. Ces informations prennent différentes formes et proviennent de différentes personnes : il peut s'agir de la position officielle d'une autorité, d'un parti ou même de personnes appartenant aux milieux privés<sup>1</sup>.

Ces différentes interventions dans le débat politique peuvent aider les citoyens à mieux comprendre l'objet sur lequel ils voteront, mais elles peuvent aussi constituer une influence illicite dans le processus de formation de la volonté populaire<sup>2</sup>.

Il serait « utopique » d'imaginer que les citoyens ne soient soumis à aucune influence<sup>3</sup> : les différentes opinions exprimées tout au long du débat politique précédant un scrutin sont utiles pour la formation de la volonté des citoyens, et tous les acteurs participants au débat peuvent *a priori* choisir comment intervenir pour l'emporter sur leurs adversaires<sup>4</sup>.

Toutefois, les citoyens ont le droit de se forger une opinion sans être influencés de manière inadmissible<sup>5</sup>. La problématique réside ainsi précisément dans la définition qu'on souhaite donner aux influences inadmissibles.

Alors que les interventions des autorités sont strictement encadrées, les personnes privées peuvent en principe s'exprimer librement. Les membres d'autorités – qui constituent l'objet d'étude du présent mémoire – occupent une place particulière : il s'agit de personnes privées qui exercent une fonction officielle. Dans quelle mesure sont-ils légitimés à intervenir ? Leurs interventions revêtent-elles un caractère privé ou un caractère officiel ? Quelles règles leur sont applicables ? L'intérêt du sujet réside dans le fait que des règles très différentes s'appliquent en fonction de l'auteur de l'intervention<sup>6</sup>.

La question est plus compliquée que ce que l'on pourrait penser, en raison surtout de l'absence d'une réglementation claire à ce sujet. Pour répondre à ces questions, au titre 1 nous poseront les principes pertinents en la matière, qui permettent de parer partiellement à l'absence de base légale. Ensuite, au titre 2 nous exposeront la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui a développé des critères permettant de distinguer les interventions privées de celles officielles. Bien que la jurisprudence traite de cas cantonaux, les mêmes principes sont transposables au niveau fédéral, étant donné que les mêmes problématiques se posent aux deux niveaux<sup>7</sup>.

La jurisprudence du Tribunal fédéral n'est pourtant pas toujours appliquée de manière claire et uniforme. Au titre 3 nous présenteront ainsi les critiques formulées à son encontre. Nous nous demanderons enfin si une solution plus satisfaisante est envisageable.

Comme le titre de mon travail l'indique, on se concentrera sur les membres d'autorités exécutives. En effet, comme il sera expliqué ultérieurement, les autorités législatives remplissent une fonction

---

<sup>1</sup> CR Cst. I-MARTENET / VON BÜREN, Cst. 34 N 84-102.

<sup>2</sup> *Ibidem*, N 83.

<sup>3</sup> MASMEJAN, L'intervention des autorités, p. 192.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Art. 34 al. 2 Cst. ; ATF 145 I 207, consid. 2.1.

<sup>6</sup> GLASER / LEHNER, Moutier, p. 456 ; MARTENET / VON BÜREN, L'information, p. 57.

<sup>7</sup> BSK BV I-TSCHANNEN, Cst. 34 N 11 ; ZBl 1986 272, consid. 3c.

différente, et des règles et principes différents sont dès lors applicables. Par la suite, l'expression « autorités » désignera ainsi toujours les autorités exécutives, même lorsque cela ne sera pas précisé.

## 1. Le cadre normatif

### A. L'absence de base légale spécifique

Il n'existe, à l'heure actuelle, aucune disposition fédérale qui règle les interventions des membres d'autorités dans le débat politique précédant une élection ou une votation<sup>8</sup> : la question de savoir si de telles interventions revêtent un caractère privé ou officiel, et les règles qui doivent s'y appliquer pour éviter qu'elles soient considérées une influence inadmissible dans la formation de l'opinion populaire, n'est ainsi pas clairement réglée.

Nous verrons que la possibilité d'interventions des membres soulève beaucoup de questions, et il est de ce fait compréhensible que l'élaboration d'une base légale ne représente pas une tâche aisée pour le législateur fédéral. Il serait toutefois opportun d'avoir une disposition qui fixe clairement les principes régissant le sujet.

Au niveau cantonal il n'y a pas non plus de dispositions spécifiques traitant de la question. Les cantons pourraient en prévoir en vertu des compétences parallèles dont ils disposent en la matière, mais ils ont décidé de ne pas faire usage de cette prérogative<sup>9</sup>.

Malgré l'absence d'une base légale spécifique, d'autres dispositions jouent un rôle dans la réglementation de la problématique des interventions des membres d'autorités, sans toutefois la traiter directement.

En effet, en tant que personnes physiques, les membres d'autorités sont titulaires de la liberté d'opinion et peuvent donc *a priori* s'exprimer librement<sup>10</sup>. Ils sont toutefois membres d'une autorité collégiale, et sont de ce fait tenus de défendre les décisions prises par le collège, indépendamment de leur position personnelle<sup>11</sup>. En outre, la garantie des droits politiques protège le corps électoral, lors du débat politique précédant une élection ou une votation, d'influences considérées inadmissibles et qui risquent de fausser le résultat du scrutin<sup>12</sup>. Régler ce type d'interventions signifie trouver un équilibre entre tous ces aspects afin qu'ils n'entrent pas en conflit entre eux.

---

<sup>8</sup> STEINMANN, Interventionen, p. 264.

<sup>9</sup> Art. 42 al. 1 Cst. *a contrario* ; MALINVERNI *et al.*, Vol. I, N 1048, N 1079 et N 1086.

<sup>10</sup> ATF 119 Ia 271, consid. 3d.

<sup>11</sup> MALINVERNI *et al.*, Vol. I, N 152.

<sup>12</sup> ATF 119 Ia 271, consid. 3a.

## B. Les fondements constitutionnels d'un encadrement

### i. La garantie des droits politiques

Désormais prévue à l'art. 34 Cst., la garantie des droits politiques, déjà considérée un droit constitutionnel non écrit<sup>13</sup>, a été insérée dans la Constitution fédérale du 18 avril 1999. Au niveau international la seule<sup>14</sup> disposition en la matière qui lie la Suisse est l'art. 25 let. b *in fine* du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II)<sup>15</sup>, qui protège l' « expression libre de la volonté des électeurs »<sup>16</sup>.

Les droits politiques sont des prérogatives qui permettent à leurs titulaires de participer au processus décisionnel de l'État<sup>17</sup>. Toutes les personnes physiques qui ont la qualité d'électeur selon le droit en vigueur sont titulaires de la garantie des droits politiques<sup>18</sup>. Certaines personnes morales peuvent également se prévaloir de l'art. 34 Cst., à savoir celles « dont l'activité principale entretient un lien étroit avec l'exercice des droits politiques »<sup>19</sup>.

La disposition, qui protège la participation libre et égale du corps électoral aux élections, aux initiatives populaires et aux référendums<sup>20</sup>, est composée de deux alinéas. Le premier alinéa garantit l'exercice effectif et régulier des droits politiques<sup>21</sup>. Il ne définit toutefois pas le contenu exact de ceux-ci<sup>22</sup>, puisqu'il appartient à la législation fédérale et cantonale, voire communale, de les prévoir<sup>23</sup>.

Le second alinéa garantit la liberté de vote et implique que les règles applicables au processus de vote permettent la libre formation et l'expression de l'opinion des citoyens<sup>24</sup>. Pour ce faire, le débat précédant un scrutin doit être transparent, pluraliste et loyal : toute opinion politique doit pouvoir être exprimée librement<sup>25</sup>. Le but de cet alinéa est donc de garantir que toutes les informations et opinions pertinentes puissent circuler librement et qu'elles permettent au corps électoral de se former une opinion et de l'exprimer librement à travers le vote<sup>26</sup>. Pour reprendre les termes du Tribunal fédéral, « L'art. 34 al. 2 Cst. protège la libre formation de l'opinion des citoyens : il garantit ainsi aux citoyens qu'aucun résultat de vote ne soit reconnu s'il ne traduit pas de façon fidèle et sûre l'expression de leur libre volonté. Chaque citoyen doit pouvoir se déterminer en élaborant son opinion de la façon la plus libre et complète possible et exprimer son choix en conséquence. La liberté de vote garantit la sincérité du débat nécessaire au processus démocratique et à la légitimité des décisions prises en

---

<sup>13</sup> ATF 102 Ia 264, consid. 3.

<sup>14</sup> CR Cst. I-MARTENET / VON BÜREN, Cst. 34 N 10.

<sup>15</sup> RS 0.103.2.

<sup>16</sup> CR Cst. I-MARTENET / VON BÜREN, Cst. 34 N 9.

<sup>17</sup> BSK BV I-TSCHANNEN, Cst. 34 N 12.

<sup>18</sup> *Ibidem*, N 21 : en vertu de l'art. 39 Cst., l'art. 136 al. 1 Cst. est pertinent pour ce qui est de la qualité d'électeur au niveau fédéral, alors qu'au niveau cantonal sont pertinentes les dispositions cantonales.

<sup>19</sup> CR Cst. I-MARTENET / VON BÜREN, Cst. 34 N 23.

<sup>20</sup> *Ibidem*, N 25.

<sup>21</sup> *Ibidem*, N 17.

<sup>22</sup> *Ibidem*, N 5 ; MARTENET / VON BÜREN, L'information, p. 58.

<sup>23</sup> CR Cst. I-MARTENET / VON BÜREN, Cst. 34 N 6 et N 7.

<sup>24</sup> *Ibidem*, N 17.

<sup>25</sup> *Ibidem*, N 83.

<sup>26</sup> ATF 145 I 207, consid. 2.1 ; 121 I 252, consid. 2 ; 119 Ia 271, consid. 3a ; MARTENET / VON BÜREN, L'information, p. 58.

démocratie directe »<sup>27</sup>. À cette fin, il est important de déterminer si les influences extérieures portent atteinte aux droits garantis par l'art. 34 Cst.

Etant donné que certaines influences dans le débat politique risquent d'entraver la libre formation de la volonté des citoyens, le Tribunal fédéral a formulé plusieurs exigences visant à protéger la formation de cette volonté, dont l'interdiction d'une influence illicite sur le résultat du scrutin<sup>28</sup>. Les influences qui faussent la perception des citoyens de l'objet et des enjeux du scrutin sont considérées inadmissibles, et doivent être évitées<sup>29</sup>. Pour satisfaire à cette exigence, il est nécessaire de réglementer et de limiter les interventions, ce que le Tribunal a fait en prévoyant un régime juridique différencié en fonction du type d'intervention<sup>30</sup>.

À cet égard, il convient de distinguer entre les interventions des autorités et celles des particuliers<sup>31</sup>.

Ces deux types d'interventions dans le débat politique sont susceptibles d'influer à la fois sur l'égalité et sur la liberté de la participation à l'exercice du pouvoir. Toutefois, comme nous le verrons, les prises de position des autorités sont réglementées de manière beaucoup plus stricte que celles des particuliers, qui sont en principe libres<sup>32</sup>.

Pour synthétiser on peut relever que l'art. 34 Cst. ne se limite pas à garantir les droits politiques en tant que prérogatives dont jouissent leurs titulaires, qui sont protégés tant individuellement que collectivement<sup>33</sup>, mais il contribue également au fondement démocratique de la Suisse<sup>34</sup>. En effet, le processus démocratique doit bénéficier de la confiance des citoyens, qui doivent en outre percevoir les décisions ainsi prises comme étant légitimes<sup>35</sup>. La garantie des droits politiques y contribue puisqu'elle permet à ses titulaires de participer à la vie politique en prenant des décisions qui soient l'expression de leur réelle volonté.

## ii. La liberté d'opinion

D'abord considérée une « liberté non écrite », la liberté d'expression a été consacrée à l'art. 16 Cst. en 1999<sup>36</sup>. Au niveau international elle est également protégée par les art. 10 par. 1 CEDH et 19 Pacte ONU II<sup>37</sup>.

La disposition prévoit au premier et au deuxième alinéas la liberté d'opinion, et au troisième alinéa la liberté d'information. La différence entre ces deux libertés consiste en la personne qu'elles protègent : la liberté d'opinion protège « l'émetteur du message », celui qui forme et exprime son opinion, alors que la liberté d'information protège le droit des « récepteurs » de recevoir le message<sup>38</sup>. Cette dernière garantit en particulier le droit d'accéder à des informations publiques<sup>39</sup> : même si on

---

<sup>27</sup> ATF 145 I 207, consid. 2.1.

<sup>28</sup> ATF 130 I 290, consid. 3.1 ; MARTENET / VON BÜREN, *L'information*, p. 59.

<sup>29</sup> CR Cst. I-MARTENET / VON BÜREN, Cst. 34, N 83.

<sup>30</sup> MARTENET / VON BÜREN, *L'information*, p. 59.

<sup>31</sup> Voir titre 2.

<sup>32</sup> MARTENET / VON BÜREN, *L'information*, p. 57.

<sup>33</sup> CR Cst. I-MARTENET / VON BÜREN, Cst. 34 N 13 et N 14.

<sup>34</sup> *Ibidem*, N 15.

<sup>35</sup> *Ibidem*, N 17.

<sup>36</sup> ATF 96 I 586, consid. 6 ; SGK BV I-RECHSTEINE / ERRASS, Cst. 16 N 1 ; MALINVERNI *et al.*, Vol. II, N 575.

<sup>37</sup> MALINVERNI *et al.*, Vol. II, N 582 et N 584.

<sup>38</sup> *Ibidem*, N 578.

<sup>39</sup> SGK BV I-RECHSTEINER / ERRASS, Cst. 16 N 72.

pourrait se demander si le fait pour des membres d'autorités de diffuser des informations fausses porte atteinte à l'art. 16 al. 3 Cst., on ne s'y attardera pas puisque ce travail examine la question des interventions sous l'angle de l'art. 34 Cst.

La liberté d'opinion protège la formation, l'expression et la diffusion d'une opinion à caractère idéal<sup>40</sup>, notion qui est définie largement et qui comprend « tout jugement, toute appréciation, idée, manifestation de pensée, prise de position, conception, ou création artistique et littéraire »<sup>41</sup>. La protection s'étend à toute opinion, indépendamment de leur contenu, de leur forme et du moyen de transmission et de réception<sup>42</sup>.

La liberté d'opinion, qui garantit les droits de se former un avis dans son propre for intérieur et d'exprimer un tel avis<sup>43</sup>, présente une double dimension : elle est à la fois « élément indispensable à l'épanouissement de la personne humaine » et « fondement de tout état démocratique »<sup>44</sup>. D'une part, il est grâce à l'échange de points de vue différents qu'on peut se forger une opinion et ainsi développer notre personnalité, ce qui en définitive contribue à l'épanouissement de notre personne ; d'autre part, la libre circulation des idées contribue au pluralisme nécessaire dans tout système démocratique de prise de décisions fondé sur la volonté populaire<sup>45</sup>.

La liberté d'opinion est doublement pertinente pour le thème qui nous occupe. En premier lieu, il est possible d'affirmer que l'art. 34 Cst. concrétise l'art. 16 al. 2 Cst. dans la mesure où il protège la libre formation et expression de la volonté des citoyens<sup>46</sup>. En second lieu, la liberté d'opinion des membres d'autorités joue un rôle important dans la réglementation de leurs interventions étant donné qu'elle risque d'entrer en conflit avec la liberté de vote dont jouissent les citoyens. En effet, la liberté d'opinion permet *a priori* aux membres d'autorités d'intervenir librement dans les campagnes précédant une votation ou une élection<sup>47</sup>.

Comme toutes les libertés fondamentales, la liberté d'opinion est susceptible d'être restreinte aux conditions usuelles de l'art. 36 Cst<sup>48</sup>.

S'agissant de la condition de la base légale<sup>49</sup>, il est important de relever que la protection d'un autre droit fondamental ne satisfait pas à cette exigence : une restriction conforme à l'art. 36 Cst. ne peut pas se fonder sur l'art. 34 al. 2 Cst. Pour les personnes qui entretiennent avec l'Etat un rapport de droit spécial, dont les membres d'autorités, la base légale sont les dispositions qui règlent ce rapport de droit spécial<sup>50</sup>.

---

<sup>40</sup> CR Cst. I-COTTIER, Cst. 16 N 29.

<sup>41</sup> MALINVERNI *et al.*, Vol. II, N 601.

<sup>42</sup> *Ibidem*, N 569 ; CR Cst. I-COTTIER, Cst. 16 N 38.

<sup>43</sup> DUBEY, Vol. II, N 2096 et N 2098.

<sup>44</sup> ATF 96 I 586, consid. 6 ; CR Cst. I-COTTIER, Cst. 16 N 14 et N 17.

<sup>45</sup> SGK BV I-RECHSTEINER / ERRASS, Cst. 16 N 6 et 7 ; CR Cst. I-COTTIER, Cst. 16 N 4 ; MALINVERNI *et al.*, Vol. II, N 567 et N 568.

<sup>46</sup> CR Cst. I-MARTENET / VON BÜREN, Cst. 34 N 83.

<sup>47</sup> ATF 119 Ia 271, consid. 3d ; MALINVERNI *et al.*, Vol. II, N 683.

<sup>48</sup> CR Cst. I-COTTIER, Cst. 16 N 44.

<sup>49</sup> DUBEY, Droits fondamentaux, Vol. I, N 497.

<sup>50</sup> *Ibidem*, N 526-528.

Pour ce qui est de la condition de la proportionnalité au sens strict, la garantie de la liberté d'opinion dépend de différents critères, dont la nature du discours<sup>51</sup>. Ainsi, le discours politique, à savoir « tout débat sur un sujet d'intérêt général »<sup>52</sup>, bénéficie d'une protection accrue en raison du rôle essentiel que la diversité et la libre circulation des opinions joue dans un Etat démocratique, ce qui conduit le Tribunal fédéral à admettre avec grande retenue des restrictions à la liberté d'opinion dans ces<sup>53</sup>.

Dans la suite du travail nous verrons quel équilibre a été trouvé entre la garantie des droits politiques des citoyens et la liberté d'opinion des membres d'autorités.

### iii. Le principe de collégialité

En vertu de l'art. 177 al. 1 Cst., le Conseil fédéral prend ses décisions en autorité collégiale<sup>54</sup>. Il s'ensuit de ce principe que les décisions ainsi prises représentent la « volonté commune du gouvernement »<sup>55</sup>. L'autorité apparaît donc de l'extérieur comme une entité unique<sup>56</sup>.

Etant donné que les décisions sont prises collégalement, les membres du Conseil fédéral doivent également adopter un comportement qui reflète et respecte ces décisions, indépendamment de leur opinion personnelle<sup>57</sup>. Ils doivent les défendre envers l'extérieur et exercer une certaine retenue lors de leurs prises de décision publiques<sup>58</sup>. Il s'agit en effet de préserver la confiance que les citoyens reposent dans le Conseil fédéral et dans son action gouvernementale<sup>59</sup>.

Les membres du Conseil fédéral doivent ainsi défendre publiquement les décisions de l'autorité et s'y identifier<sup>60</sup>. Ils doivent d'ailleurs faire preuve d'une certaine retenue également avant la prise de la décision afin de favoriser le fonctionnement collégial de l'autorité<sup>61</sup>.

## 2. L'état de la jurisprudence

### A. La problématique

Comme évoqué précédemment, du fait de leur statut, les membres d'autorités occupent une position particulière : il s'agit de personnes privées qui exercent une fonction officielle. Il est ainsi légitime de se demander comment leurs interventions sont-elles réglementées.

---

<sup>51</sup> MALINVERNI *et al.*, Vol. II, N 677 : « les restrictions varient en fonction de différents critères tels que le contenu du discours et la personne qui le tient ».

<sup>52</sup> *Ibidem*, N 679.

<sup>53</sup> *Ibidem*, N 678 ; CR Cst. I-COTTIER, Cst. 16 N 46 ; MARTENET / VON BÜREN, L'information, p. 72.

<sup>54</sup> MALINVERNI *et al.*, Vol. I, N 150.

<sup>55</sup> CR Cst. I-CARREL, Cst. 177 N 17 ; SGK BV I-EHRENZELLER, Cst. 177 N 18.

<sup>56</sup> SGK BV I-EHRENZELLER, Cst. 177 N 3.

<sup>57</sup> CR Cst. I-CARREL, Cst. 177 N 23 ; MALINVERNI *et al.*, Vol. I, N 152. L'effective portée de l'art. 177 al. 1 Cst. est discutée en doctrine et certains auteurs considèrent que seule la portée organisationnelle est pertinente.

<sup>58</sup> Art. 12 al. 2 LOGA ; CR Cst. I-CARREL, Cst. 177 N 27 ; SGK BV I-EHRENZELLER, Cst. 177 N 11.

<sup>59</sup> SGK BV I-EHRENZELLER, Cst. 177 N 11 et N 15.

<sup>60</sup> *Ibidem*, N 11.

<sup>61</sup> *Ibidem*, N 13.

Le droit fédéral ne fournit pas de solution à cette problématique<sup>62</sup>. Le Tribunal fédéral a été confronté à plusieurs reprises à cette question et il l'a tranchée sur la base des principes de droit exposés dans le premier titre, dont en particulier la garantie de la liberté de vote<sup>63</sup>.

La réponse que le Tribunal fédéral a apportée à cette question est une réponse différenciée suivant s'il s'agit d'une élection ou d'une votation, et en fonction de l'auteur de l'intervention<sup>64</sup>.

La distinction entre élections et votations revêt une importance particulière, puisqu'en matière d'élections les interventions des autorités sont en principe interdites, alors qu'elles sont permises et soumises à certaines exigences en cas de votations<sup>65</sup>. La différence réside dans le fait que l'autorité ne remplit pas de fonction consultative (« *Beratungsfunktion* ») lors des élections, et l'intervention officielle est ainsi en principe interdite<sup>66</sup>.

S'agissant de la position des membres d'autorités, la question de la distinction entre interventions privées et interventions officielles est ainsi de grande importance : assimiler les interventions des membres à celles des autorités revient à les priver de la possibilité de s'exprimer au sujet d'une élection.

Nous verrons que le Tribunal fédéral utilise, pour distinguer les interventions privées de celles officielles lors d'élections, les mêmes critères qu'en matière de votations<sup>67</sup>.

La question des conséquences pratiques que le soutien d'un membre de l'exécutif en faveur de certains candidats pourrait entraîner sur le fonctionnement futur de l'autorité peut rester ouverte dans le présent travail. Elle représente toutefois une réflexion intéressante : si un autre candidat est finalement élu, la collaboration à l'intérieur de l'autorité nouvellement formée risque de ne pas être favorisée<sup>68</sup>.

## **B. Le traitement différencié en fonction de la nature de l'intervention**

### **i. Les interventions des autorités**

Pour pouvoir comprendre les possibilités d'intervention des membres d'autorités, il faut d'abord se pencher brièvement sur la réglementation concernant les autorités et les personnes privées et en étudier les limites respectives.

En règle générale, les interventions des autorités sont strictement réglementées, notamment en cas d'élections, puisque le corps électoral devrait en principe pouvoir forger son opinion sans être influencé par les autorités<sup>69</sup>. Inversement, les particuliers bénéficient en principe de la liberté d'opinion, qui leur permet de s'exprimer librement<sup>70</sup>.

---

<sup>62</sup> STEINMANN, Interventionen, p. 264.

<sup>63</sup> Voir notamment ATF 130 I 290 et 119 Ia 271.

<sup>64</sup> ATF 119 Ia 271, consid. 3a.

<sup>65</sup> Art. 10a LDP ; ATF 118 Ia 259, consid. 4b ; LANGER, *Die Zulässigkeit*, pp. 256-257.

<sup>66</sup> ATF 118 Ia 259, consid. 3c.

<sup>67</sup> LANGER, *Die Zulässigkeit*, pp. 257-258.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 262.

<sup>69</sup> MARTENET / VON BÜREN, *L'information*, p. 59.

<sup>70</sup> BESSON, *Behördliche Information*, p. 355.

Dans la campagne précédant une votation, les autorités restent soumises à des conditions et à des principes assez restrictifs puisque leur intervention doit rester exceptionnelle, même si la pratique a évolué vers un élargissement des possibilités d'intervention<sup>71</sup>. En effet, au vu de la fonction d'information que l'Etat exerce, des interventions sont possibles et mêmes nécessaires<sup>72</sup>. Ainsi, un rapport explicatif, accompagné des recommandations de vote, est adressé aux électeurs avant chaque votation et avant chaque élection<sup>73</sup>.

Exceptionnellement et en présence de motifs pertinents (« *triftige Gründe* »), des informations supplémentaires sont nécessaires<sup>74</sup> : tel est par exemple le cas en présence de votations complexes ou inhabituelles, ou pour rectifier des informations fausses et trompeuses<sup>75</sup>. Dans un tel cas les autorités sont habilitées à agir puisqu'elles remplissent un « rôle de gardien » du processus de formation de l'opinion populaire<sup>76</sup>. Le but de l'intervention doit toujours être celui de l'objectivité du débat public<sup>77</sup>.

Les autorités n'interviennent toutefois pas uniquement pour informer les citoyens<sup>78</sup>, mais elles peuvent également le faire pour défendre la position de la collectivité concernée par l'objet d'une votation<sup>79</sup>. Dans ce cas, il s'agit d'une intervention presque privée, puisque l'autorité expose la question d'appréciation dont il est question de son point de vue<sup>80</sup>. Il doit toutefois apparaître clairement qu'il s'agit d'une prise de position et non pas de rapports officiels, et l'intervention reste soumise aux principes de l'objectivité, de l'exhaustivité, de la proportionnalité et de la transparence<sup>81</sup>. L'autorité doit en outre faire preuve de retenue<sup>82</sup>.

Par conséquent, lorsqu'elle intervient, une autorité doit toujours respecter les principes d'objectivité, d'exhaustivité, de transparence et de proportionnalité pour que son intervention soit licite<sup>83</sup>. Elle n'est toutefois pas soumise, en cas de votations, à un devoir de neutralité<sup>84</sup>.

Ainsi, lorsqu'elle fournit des informations, l'autorité est d'abord soumise à un devoir d'objectivité : elle doit informer de manière correcte et mesurée<sup>85</sup>. Le Tribunal fédéral a même admis que certaines explications contenues dans le livret explicatif pouvaient ne pas être correctes d'un point de vue juridique parce qu'elles exprimaient un jugement de valeur politique et relevaient ainsi du pouvoir d'appréciation de l'autorité : étant donné que ses affirmations ne pouvaient pas être qualifiées de « matériellement insoutenables ou manifestement trompeuses », il s'agissait d'une intervention licite<sup>86</sup>. La conclusion du Tribunal fédéral me paraît pertinente et légitime sur le principe, mais il

---

<sup>71</sup> Comparer par exemple avec l'ATF 112 Ia 335, consid. 4c, où le Tribunal fédéral a considéré que la garantie de la libre formation de la volonté excluait toute intervention des autorités.

<sup>72</sup> ATF 129 I 232, consid. 4.2.1 : « *Beratungsfunktion* » ; MARTENET / VON BÜREN, *L'information*, p. 60.

<sup>73</sup> Art. 11 al. 2 LDP, qui prévoit les exigences que le livret officiel doit satisfaire.

<sup>74</sup> MARTENET / VON BÜREN, *L'information*, p. 60.

<sup>75</sup> ATF 112 Ia 335, consid. 4d ; MARTENET / VON BÜREN, *L'information*, p. 61.

<sup>76</sup> TÖNDURY, *Intervention oder Teilnahme*, p. 346.

<sup>77</sup> MARTENET / VON BÜREN, *L'information*, p. 61.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>79</sup> ATF 130 I 259, consid. 4.1 ; BESSON, *Behördliche Information*, pp. 188-191.

<sup>80</sup> BESSON, *Behördliche Information*, p. 189.

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 189-190.

<sup>82</sup> BESSON, *Behördliche Information*, p. 190.

<sup>83</sup> Art. 10a LDP ; ATF 114 Ia 427, consid. 4b ; 130 I 259, consid. 3.2 ; MARTENET / VON BÜREN, *L'information*, p. 61.

<sup>84</sup> ATF 140 I 338, consid. 5.1 ; 121 I 252, consid. 2.

<sup>85</sup> ATF 130 I 290, consid. 3.2.

<sup>86</sup> ATF 130 I 259, consid. 4.4.

faudrait veiller à ce qu'il apparaisse clairement qu'il s'agit d'une prise de position relevant du pouvoir d'appréciation de l'autorité et non pas de faits juridiquement exacts. Autrement, l'intervention risquerait de représenter une influence inadmissible sur la libre formation de la volonté populaire.

L'autorité doit en outre informer les citoyens de manière exhaustive, sans cacher des éléments importants<sup>87</sup>. Elle doit permettre aux citoyens d'avoir une vision complète sur l'objet de la votation, en présentant les différents arguments en faveur et en défaveur<sup>88</sup>. Il n'est toutefois pas nécessaire qu'ils soient illustrés dans tous les détails, étant donné que les citoyens sont tenus se renseigner également auprès d'autres sources<sup>89</sup>. Il s'agit ainsi de garantir l'égalité des armes parmi les différents points de vue défendus<sup>90</sup>.

À ces exigences s'ajoutent celle de la transparence, qui interdit à l'autorité d'agir « de façon occulte ou un usant d'autres moyens répréhensibles », et celle de la proportionnalité. En vertu de cette dernière, les moyens utilisés par l'autorité doivent être proportionnés aux moyens utilisés par les autres acteurs privés participant à la campagne de votation, à la taille de la collectivité touchée par la votation et à la portée de l'objet soumis à votation<sup>91</sup>.

Lorsque l'autorité viole l'un de ces principes, l'intervention devient illicite<sup>92</sup>. Si les irrégularités constatées sont importantes et susceptibles d'avoir influencé le résultat du scrutin, une annulation de la votation est envisageable<sup>93</sup>. Lorsqu'il n'est pas possible de chiffrer les effets de l'influence inadmissible sur le résultat du scrutin, il convient d'analyser l'ensemble des circonstances, en particulier l'écart des votes et la complexité de l'objet du vote<sup>94</sup>. L'annulation reste toutefois exceptionnelle et il y a lieu d'y renoncer pour des raisons de sécurité du droit : dans un tel cas, seule la constatation par le Tribunal fédéral de la violation de la liberté de vote est possible<sup>95</sup>.

S'agissant des élections, les autorités n'ayant dans ces cas pas de fonction consultative, une intervention est en principe exclue<sup>96</sup>. Elles sont toutefois exceptionnellement légitimées à intervenir lorsqu'une prise de position de leur part « apparaît indispensable pour assurer une formation et une expression libres de la volonté des électeurs »<sup>97</sup>. Dans un tel cas, l'intervention doit être neutre et doit servir pour rectifier des informations manifestement fausses, sans que les autorités fassent elles-mêmes de la propagande<sup>98</sup>. En cas d'irrégularités constatées dans la campagne précédant une élection, les mêmes principes développés en matière de votations s'appliquent<sup>99</sup> : en présence de graves vices ayant eu une influence sur le résultat du scrutin, une annulation de l'élection doit être prise en considération.

---

<sup>87</sup> MARTENET / VON BÜREN, L'information, p. 62.

<sup>88</sup> ATF 130 I 290, consid. 3.2 ; 130 I 259, consid. 4.6 ; MARTENET / VON BÜREN, L'information, p. 62.

<sup>89</sup> ATF 130 I 259, consid. 4.11.

<sup>90</sup> LANGER, Behördliche Stellungnahmen, p. 194.

<sup>91</sup> MARTENET / VON BÜREN, L'information, p. 63 ; BESSON, Behördliche Information, pp. 208-223.

<sup>92</sup> ATF 119 Ia 271, consid. 3b.

<sup>93</sup> *Ibidem* ; MARTENET / VON BÜREN, L'information, p. 67.

<sup>94</sup> ATF 112 Ia 335, consid. 5.

<sup>95</sup> MARTENET / VON BÜREN, L'information, pp. 67-68.

<sup>96</sup> ATF 113 Ia 291, consid. 3b.

<sup>97</sup> ATF 118 Ia 259, consid. 3c = JdT 1994 I 4.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> *Ibidem*.

## ii. Les interventions des personnes privées

En tant que personnes physiques, les particuliers bénéficient de la liberté d'opinion et de la presse<sup>100</sup>, et leurs interventions sont en principe libres<sup>101</sup>. Le principe est donc celui de l'autorégulation du débat : les différents acteurs du débat politique, à savoir les forces politiques et la société privée, doivent contribuer à la formation de l'opinion des citoyens, sans intervention des autorités<sup>102</sup>.

Le Tribunal fédéral considère d'ailleurs que les électeurs sont en mesure « d'opérer les distinctions nécessaires entre les différentes opinions exprimées, de reconnaître les exagérations manifestes et, ensuite, de forger leur propre conviction »<sup>103</sup>. Par conséquent, il leur appartient de se former une opinion en s'informant auprès des différentes sources d'information existantes<sup>104</sup>.

La protection fournie par la garantie de la liberté de vote peut toutefois jouer un rôle également lors d'interventions privées. Le Tribunal fédéral reconnaît qu'elles aussi, tout en étant autorisées, sont susceptibles d'exercer une influence inadmissible sur le débat et ainsi sur la formation de la volonté des électeurs<sup>105</sup>. Dans sa jurisprudence constante, il arrête que tel est le cas lorsque « des informations manifestement inexacts et fallacieuses sont publiées à une date si proche du scrutin que les citoyens n'ont, dans certains cas, plus la possibilité de se renseigner à d'autres sources fiables »<sup>106</sup>. En effet, malgré le principe de l'autorégulation du débat, dans un tel cas l'intervention interviendrait à un stade si tardif de celui-ci qu'il serait très compliqué pour les autres acteurs privés de rectifier à temps de tels propos<sup>107</sup>. La sanction envisageable dans un tel cas est en principe l'annulation de la votation<sup>108</sup>.

Même dans un tel cas l'annulation de la votation reste exceptionnelle : d'une part, le Tribunal fédéral considère que les électeurs devraient être en mesure d'apprécier le bien-fondé des différentes prises de position ; d'autre part, les personnes privées bénéficiant de la liberté d'opinion, leur participation dans la campagne précédant une votation devrait en principe être libre, à la fois au niveau du contenu et de la forme<sup>109</sup>. S'agissant des interventions privées, étant donné que des propos inexacts ou fallacieux sont impossibles à exclure, une certaine tolérance à leur égard s'impose<sup>110</sup>.

Les mêmes principes s'appliquent en cas d'élection, mais de manière plus restrictive en raison des conséquences pratiques que l'annulation d'une élection pourrait engendrer, telle que la remise en question de l'existence et de la composition de l'autorité, et la légitimité des activités qu'elle a entreprises depuis son entrée en fonction<sup>111</sup>. Selon la formule du Tribunal fédéral, « il faut qu'une

---

<sup>100</sup> GRISEL, Droits fondamentaux, N 196 ; Les questions touchant à la liberté de la presse ne seront toutefois pas traitées.

<sup>101</sup> MARTENET / VON BÜREN, L'information, p. 57. Sous réserve des limites fixées par le droit pénal et par le droit civil de la protection de la personnalité.

<sup>102</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 1P.377/2003 du 4 novembre 2003, consid. 2.1 ; MARTENET / VON BÜREN, L'information, p. 60.

<sup>103</sup> ATF 119 Ia 271, consid. 3c = JdT 1995 I 77.

<sup>104</sup> ATF 130 I 259, consid. 4.11.

<sup>105</sup> ATF 119 Ia 271, consid. 3c.

<sup>106</sup> ATF 119 Ia 271, consid. 3c = JdT 1995 I 77.

<sup>107</sup> ATF 118 Ia 259, consid. 3.

<sup>108</sup> ATF 119 Ia 271, consid. 3c.

<sup>109</sup> *Ibidem* ; 118 Ia 259, consid. 3c.

<sup>110</sup> ATF 102 Ia 264, consid. 3.

<sup>111</sup> ATF 102 Ia 264, consid. 3.

influence déterminante de la propagande illicite sur le résultat de l'élection apparaisse non seulement possible [...] mais encore indubitable ou tout au moins hautement vraisemblable »<sup>112</sup>.

## **C. Les interventions des membres d'autorités : la délicate distinction entre intervention privée et intervention officielle**

### **i. Le principe de l'intervention des membres d'autorités**

Selon sa jurisprudence constante, le droit de vote « donne au citoyen le droit d'exiger que le résultat d'une votation ou d'une élection ne soit pas reconnu s'il n'est pas l'expression fidèle et sûre de la libre volonté du corps électoral. Il faut assurer à chaque électeur la faculté de former son opinion et d'établir son choix de la manière la plus complète et la plus libre possible »<sup>113</sup>. Ce droit peut être violé soit par des irrégularités procédurales, soit par une influence illicite exercée sur la formation de la volonté populaire<sup>114</sup>.

En outre, « le déroulement des élections et des votations doit être organisé de manière à garantir l'expression libre et souveraine de la volonté de l'électeur. Est notamment protégé le droit de l'électeur actif de ne pas être mis sous pression ou de ne pas être influencé d'une manière inadmissible, que ce soit lors de la formation ou de l'expression de sa volonté politique »<sup>115</sup>. Il est en effet essentiel qu'aucune intervention ne nuise à la libre formation de la volonté et ne fausse le résultat du vote<sup>116</sup>.

La question qui se pose est celle de la concrétisation de cette garantie de la liberté de vote, et en particulier des limites des différentes interventions qui peuvent avoir lieu pendant la campagne politique précédant une votation ou une élection. De telles limitations sont en effet essentielles pour garantir la libre formation de la volonté populaire, qui ne doit pas être influencée de manière inadmissible<sup>117</sup>.

Nous avons déjà évoqué que les membres d'autorités constituent une sorte de catégorie intermédiaire entre les autorités et les particuliers. S'agissant de leurs interventions, dont le principe n'est pas remis en discussion<sup>118</sup>, la solution du Tribunal fédéral est ainsi plus nuancée.

Le principe est celui de l'intervention libre : en tant que personnes physiques titulaires de la liberté d'opinion, il n'est pas possible de leur interdire de participer à une campagne ni de s'exprimer librement à ce sujet, pour autant qu'elles n'interviennent pas avec des moyens répréhensibles<sup>119</sup>. Il est d'ailleurs usuel qu'elles fassent partie du comité référendaire ou de celui d'initiative<sup>120</sup>. Leurs interventions sont donc assimilées à celles des particuliers<sup>121</sup>.

---

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> ATF 119 Ia 271, consid. 3a = JdT 1995 I 77.

<sup>114</sup> ATF 102 Ia 264, consid. 3.

<sup>115</sup> ATF 130 I 290, consid. 3.1 = JdT 2006 I 384.

<sup>116</sup> ATF 114 Ia 427, consid. 4a ; 130 I 290, consid. 4.1. Voir également BESSON, Behördliche Information, p. 183.

<sup>117</sup> ATF 112 Ia 335, consid. 4d.

<sup>118</sup> BESSON, Behördliche Information, p. 267.

<sup>119</sup> ATF 112 Ia 335, consid. 4c ; 98 Ia 615, consid. 4b : « soweit dies nicht mit verwerflichen Mitteln, z.B. unter Verwendung öffentlicher Gelder, irreführender Angaben usw., erfolgt ».

<sup>120</sup> ATF 112 Ia 335, consid. 4c.

<sup>121</sup> MARTENET / VON BÜREN, L'information, p. 69.

Il n'est toutefois pas exclu que l'intervention d'un membre d'autorité puisse revêtir un caractère officiel et être ainsi soumise aux exigences qui régissent les interventions des autorités<sup>122</sup>.

Afin de déterminer si l'intervention litigieuse constitue une intervention privée ou officielle, le Tribunal fédéral a développé des critères<sup>123</sup>.

## ii. La distinction entre intervention privée et intervention officielle

Nous avons vu que les interventions des membres sont en principe considérées des interventions privées. La pratique du Tribunal fédéral est assez large en la matière. Il reconnaît par exemple comme usuel et légitime le fait pour le membre d'autorité d'invoquer sa fonction officielle lors de ses interventions privées dans le but de montrer sa connaissance en la matière et son engagement politique<sup>124</sup>.

Il existe toutefois une limite à ce principe, à savoir que l'intervention doit apparaître comme étant privée<sup>125</sup>. Cette limite n'est pas respectée dans deux hypothèses : en premier lieu, l'intervention acquiert un caractère officiel lorsqu'elle prend une apparence officielle<sup>126</sup>. Le Tribunal fédéral analyse dans ce cas la forme et le contenu de l'intervention en fonction de la perception du citoyen moyen, à savoir « un citoyen ni plus, ni moins intéressé que la moyenne à la vie politique »<sup>127</sup>. Il examine donc si la prise de position pouvait, dans son contenu et dans sa forme, susciter chez l'électeur moyennement attentif et intéressé à la politique l'impression qu'il s'agissait d'un propos à caractère officiel<sup>128</sup>.

En second lieu, l'intervention du membre d'autorité doit être considérée officielle lorsque son caractère privé n'apparaît pas clairement<sup>129</sup>. En effet, une certaine autorité est associée aux fonctions officielles, et cette autorité risque d'empêcher les citoyens de s'apercevoir du caractère faux ou trompeur des informations ainsi délivrées, en particulier lorsqu'une rectification n'est plus possible<sup>130</sup>.

Au sujet de la qualification des interventions des membres d'autorités, il convient de mentionner que la pratique au niveau cantonale se distingue parfois de celle fédérale, ce qui contribue à l'imprévisibilité et à l'insécurité juridique en la matière.

Dans un arrêt de 2021, le Tribunal administratif du canton de Zurich a été confronté à l'intervention de cinq membres du gouvernement en faveur d'un candidat à l'élection au Conseil d'Etat<sup>131</sup>. Le Conseil d'Etat du canton de Zurich n'était pas entré en matière faute d'acte du Conseil d'Etat contre lequel recourir. Le Tribunal fédéral avait alors été saisi et avait qualifié cette intervention de privée, notamment en raison du fait qu'uniquement cinq membres sur sept avaient participé à l'annonce dans

---

<sup>122</sup> ATF 119 Ia 271, consid. 3d.

<sup>123</sup> Voir en particulier ATF 130 I 190 et 119 Ia 271.

<sup>124</sup> ATF 119 Ia 271, consid. 3d.

<sup>125</sup> ATF 130 I 290, consid. 3.3.

<sup>126</sup> *Ibidem*.

<sup>127</sup> MARTENET / VON BÜREN, *L'information*, p. 69.

<sup>128</sup> ATF 130 I 290, consid. 3.3.

<sup>129</sup> ATF 119 Ia 271, consid. 3d.

<sup>130</sup> *Ibidem* : « wenn das Behördemitglied eine bewusst falsche oder täuschende Sachdarstellung geben würde, die wegen der Autorität seines Amtes nicht ohne weiteres als solche erkannt würde ».

<sup>131</sup> Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2020.00405 du 7 janvier 2021.

le *Tages-Anzeiger* et que cette-ci ne contenait aucun élément – ni un logo ni le nom du canton – qui permettait de penser qu’il s’agissait d’un communiqué officiel du Conseil d’Etat<sup>132</sup>.

Le Tribunal administratif zurichois a toutefois par la suite confirmé sa position et qualifié l’intervention d’officielle, étant donné que les fonctions officielles des conseillers d’Etat étaient mentionnées et que l’annonce contenait des éléments que les cinq membres avaient pu apprendre grâce à l’exercice de leur fonction (tel que la collaboration du candidat avec le Conseil d’Etat)<sup>133</sup>. Le Tribunal administratif a ensuite ajouté que, même si l’on voulait qualifier l’intervention de privée, elle aurait éveillé l’impression d’officialité, ce qui n’est pas admissible<sup>134</sup>. Le résultat aurait donc été le même.

Après avoir qualifié l’intervention, le Tribunal fédéral se demande si elle est licite et, dans la négative, quelle sanction est envisageable.

### iii. Les interventions illicites et leurs conséquences

Après avoir qualifié l’intervention de privée ou d’officielle, le Tribunal fédéral détermine si elle est licite. Pour ce faire, il applique les règles que nous avons exposé précédemment : si l’intervention est privée, elle est libre pour autant que des informations fausses ne soient pas délivrées à une date si proche du scrutin qu’une rectification n’est plus possible<sup>135</sup>. Inversement, lorsque l’intervention est officielle, elle doit répondre aux exigences qui régissent les interventions des autorités, dont notamment les principes d’objectivité, d’exhaustivité, de proportionnalité et de transparence<sup>136</sup>.

Pour ce qui est de la sanction en cas d’intervention illicite, les mêmes principes régissant les interventions des autorités et ceux des particuliers s’appliquent<sup>137</sup> : l’annulation du scrutin est envisageable mais exceptionnelle et limitée aux cas où des irrégularités importantes ont pu avoir un effet sur le résultat du scrutin<sup>138</sup>.

Des considérations liées à la sécurité du droit et au principe de la proportionnalité peuvent toutefois s’opposer à l’annulation du scrutin : le Tribunal fédéral se limitera alors à constater dans les considérants de son arrêt la violation de la Constitution fédérale<sup>139</sup>. À titre d’exemple, l’annulation d’une élection peut être jugée disproportionnée en considération notamment du fait que les membres nouvellement élus ont déjà commencé à accomplir certaines activités<sup>140</sup>.

Lorsqu’il applique ces principes aux circonstances du cas concret, le Tribunal fédéral n’est pas toujours si rigoureux. Il arrive en effet qu’il ne distingue pas les deux étapes du raisonnement, à savoir la qualification de l’intervention et ensuite sa licéité, mais qu’il conduit une appréciation d’ensemble pour déterminer si les citoyens « ont été informés de manière adéquate »<sup>141</sup>.

---

<sup>132</sup> Arrêt du TF 1C\_662/2019 du 10 juin 2020, consid. 2.3.3 et 2.3.4.

<sup>133</sup> Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2020.00405 du 7 janvier 2021, consid. 2.5.

<sup>134</sup> *Ibidem*, consid. 2.7.

<sup>135</sup> ATF 119 Ia 271, consid. 3c ; MARTENET / VON BÜREN, *L’information*, p. 57.

<sup>136</sup> Art. 10a LDP ; ATF 130 I 259, consid. 3.2 ; MARTENET / VON BÜREN, *L’information*, p. 61.

<sup>137</sup> ATF 118 Ia 259, consid. 3c.

<sup>138</sup> ATF 130 I 259, consid. 3.4.

<sup>139</sup> ATF 129 I 185, consid. 8.3. Ces considérations valent également pour les élections, ATF 113 Ia 291, consid. 4a.

<sup>140</sup> ATF 129 I 185, consid. 8.3.

<sup>141</sup> ATF 130 I 259, consid. 5.3 = JdT 2006 I 384.

Nous allons exposer des exemples qui montrent bien, à mon avis, les problèmes que la jurisprudence du Tribunal fédéral pose : d'une part, les critères pertinents pour qualifier l'intervention du membre d'autorité ne sont pas toujours clairs ; d'autre part, le raisonnement en deux étapes est souvent remplacé par une appréciation de l'ensemble des circonstances.

Dans un arrêt de 1972, le Tribunal fédéral a d'abord considéré que l'intervention d'un membre d'autorité dans le débat précédant une votation n'était pas inadmissible puisqu'elle reprenait la position défendue par l'autorité dans le rapport explicatif<sup>142</sup>. Ensuite il s'est penché sur la question de savoir s'il s'agissait d'une intervention officielle, étant donné que la publication du membre avait un aspect très similaire au matériel officiel délivré par l'autorité. Il est arrivé à la conclusion que les deux se distinguaient clairement et que la publication mentionnait explicitement qu'elle avait été compilée et éditée par une fondation privée : il s'agissait ainsi clairement d'une publication privée<sup>143</sup>.

Il me semble que la conclusion du Tribunal fédéral est convaincante. À mon avis, toutefois, le raisonnement n'est pas totalement clair : notre Haute Cour a commencé par déclarer l'intervention admissible, sans se demander si elle revêt un caractère officiel ou privé, en se basant sur le fait qu'elle reprenait la position officielle de l'autorité. Malgré ceci, il a ensuite qualifié la publication de privée.

Dans l'arrêt, le Tribunal fédéral a d'ailleurs rappelé que les interventions privées bénéficient d'une grande protection et qu'elles sont rarement considérées illicites<sup>144</sup>. Étant donné que les citoyens disposaient de suffisamment de temps pour se renseigner auprès d'autres sources et que les opposants de l'initiative auraient eu la possibilité de rectifier les informations erronées, les interventions en question n'étaient pas illicites<sup>145</sup>.

Dans un autre arrêt de 1993, le Tribunal fédéral a dû déterminer si la prise de position dans un journal local du président de la commune de Wallisellen en faveur d'une initiative populaire cantonale avait influencé de manière illicite le résultat de la votation. Le président de la commune, qui était d'ailleurs membre du comité d'initiative, avait signé sa prise de position en mentionnant sa fonction officielle. Le Tribunal fédéral a considéré que cette mention servait pour montrer qu'il avait des compétences dans la matière qui était objet de la votation et qu'elle n'était pas suffisante pour éveiller chez un lecteur moyen l'impression qu'il s'agissait d'une communication officielle de la commune<sup>146</sup>. La prise de position litigieuse était d'ailleurs clairement unilatérale, « voire polémique », et elle ne pouvait par conséquent pas être perçue comme officielle<sup>147</sup>. Le Tribunal fédéral a également relevé que les opposants à l'initiative auraient eu suffisamment de temps pour rectifier les informations fournies par le président de la commune<sup>148</sup>. Dans de telles circonstances, la prise de position n'était pas illicite<sup>149</sup>.

Cet arrêt montre bien, à mon avis, que le Tribunal fédéral ne procède pas toujours par étapes, en se demandant d'abord si l'intervention est privée ou officielle, et dans un second temps si elle est licite. Il a analysé l'ensemble des circonstances pour déterminer si le président de la commune avait exercé une influence illicite. Notre Haute Cour a d'ailleurs également pris en considération le débat politique dans son ensemble : étant donné que les adversaires de l'initiative avaient fait une publicité largement

---

<sup>142</sup> ATF 98 Ia 615, consid. 4b.

<sup>143</sup> *Ibidem*.

<sup>144</sup> *Ibidem*.

<sup>145</sup> *Ibidem*, consid. 4b et 4c.

<sup>146</sup> ATF 119 Ia 271, consid. 5d.

<sup>147</sup> ATF 119 Ia 271, consid. 5d = JdT 1995 I 77.

<sup>148</sup> ATF 119 Ia 271, consid. 5d.

<sup>149</sup> *Ibidem*.

supérieure à celle de ses partisans, les affirmations tendancieuses ou fallacieuses de ces-derniers ont pu être « neutralisées »<sup>150</sup>. Il n'était donc pas possible de soutenir que ces affirmations avaient exercé une influence décisive sur le résultat du scrutin<sup>151</sup>.

Il est à mon avis légitime de se demander s'il se justifie d'utiliser le critère du caractère polémique de la prise de position pour qualifier cette-dernière. En effet, qualifier de privée une déclaration polémique revient à la soumettre au régime moins strict des interventions des particuliers et donc, *a priori*, de la considérer admissible. Inversement, une prise de position objective ou légèrement partielle (« *eine sachliche oder bloss leicht einseitige Stellungnahme* ») serait qualifiée d'officielle et soumise à des conditions plus sévères, avec le risque d'être considérée inadmissible<sup>152</sup>.

Dans un autre arrêt de 2004, le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de savoir si la votation zurichoise ayant pour objet la révision du code de procédure cantonal avait été influencée de manière illicite par les interventions, entre autres, de certains membres du gouvernement. Dans ces articles de presse, les conseillers d'Etat ont défendu la position officielle de l'autorité et ont répondu aux critiques des opposants au projet de révision en les qualifiant par exemple de « reproches absolument ridicules »<sup>153</sup>.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral n'a pas procédé en suivant les critères que nous avons exposé auparavant. Au contraire, il a dans un premier temps expliqué que ces prises de position ne pouvaient pas être trompeuses ou inadmissibles étant donné qu'elles représentaient la réaction aux critiques « virulentes » qui avaient été formulées à l'encontre du projet de révision<sup>154</sup>. Il a ensuite pris en considération le débat politique dans son ensemble, en soulignant que la presse s'en était occupée de manière exhaustive et que les tons avaient été exagérés des deux côtés<sup>155</sup>. Ce qui a été déterminant selon le Tribunal fédéral est que les citoyens aient été informés de manière adéquate<sup>156</sup>. Dans ces circonstances, aucune influence illicite n'a été exercée et le résultat du scrutin n'a pas été faussé<sup>157</sup>.

### 3. Les critiques au système actuel

#### A. Remarques liminaires

Nous venons de voir que les interventions des membres d'autorités sont en principe considérées privées, à moins que le caractère privé n'apparaisse pas clairement ou que le membre n'ait utilisé sa fonction pour donner une apparence officielle à son propos. Il s'ensuit que ces prises de position sont libres, sous réserve des limites déjà exposées.

La solution jurisprudentielle adoptée par le Tribunal fédéral est critiquée par une partie de la doctrine<sup>158</sup>. Il y a deux grands courants : d'une part, les auteurs qui considèrent que les membres

---

<sup>150</sup> ATF 119 Ia 271, consid. 5e = JdT 1995 I 77.

<sup>151</sup> *Ibidem*.

<sup>152</sup> BESSON, Behördliche Information, p. 266.

<sup>153</sup> ATF 130 I 290, consid. 5.1 = JdT 2006 I 384.

<sup>154</sup> *Ibidem*, consid. 5.3.

<sup>155</sup> *Ibidem*.

<sup>156</sup> *Ibidem*.

<sup>157</sup> *Ibidem*, consid. 6.

<sup>158</sup> BESSON, Behördliche Information, p. 268 ; GLASER / LEHREN, Moutier, p. 462 ; LANGER, Die Zulässigkeit, pp. 253-255 ; STEINMANN, Interventionen, p. 265.

d'autorités devraient pouvoir s'exprimer librement<sup>159</sup> ; d'autre part, ceux qui mettent en discussion le bien-fondé de la distinction entre les autorités et leurs membres et qui plaident pour l'assimilation de ces deux types d'interventions<sup>160</sup>.

Dans le premier cas, une plus grande importance est accordée à la liberté d'opinion dont les membres jouissent en tant que personnes physiques<sup>161</sup>. Par conséquent, le fait qu'ils exercent une fonction publique ne devrait pas justifier une restriction à leurs libertés fondamentales : comme déjà évoqué, la liberté d'opinion jouit d'une protection accrue en raison du rôle démocratique qu'elle joue, et les droits garantis par l'art. 34 Cst. ne l'emportent donc pas<sup>162</sup>.

Dans le second cas, le statut spécial des membres, qui les place dans une situation différente par rapport à celle dans laquelle se trouve toute autre personne physique, justifie de restreindre leur liberté d'opinion et de reconnaître un poids plus important à la liberté de vote<sup>163</sup>.

Dans les pages qui suivent j'exposerai les principaux arguments qui peuvent être invoqués à l'appui de l'une ou de l'autre thèse. Il ne s'agit toutefois pas d'une présentation exhaustive du débat doctrinal. À titre d'exemple, j'ai choisi de ne pas traiter la question du droit à l'information dont jouissent les citoyens en vertu de l'art. 16 al. 1 et 3 Cst.<sup>164</sup>, même s'il s'agit d'une réflexion pertinente pour l'analyse des possibilités d'intervention des autorités et de leurs membres. En effet, en fonction des limites qu'on fixe à ce droit à l'information, les possibilités d'intervention des autorités pourraient se voir élargies – peut-être même jusqu'à leur reconnaître un devoir d'information – et, par conséquent, également celles des membres<sup>165</sup>.

Il faut enfin noter que beaucoup d'autres questions connexes à celle de l'intervention des membres d'autorités se posent, mais qu'elles ne seraient pas approfondies non plus. En premier lieu, étant donné que nous nous demandons s'il est légitime d'assimiler les interventions des membres à celles des autorités, il est licite de questionner la réglementation de ce dernier type d'interventions. En effet, la question de l'assouplissement des exigences relatives aux interventions des autorités, et le subséquent élargissement de leurs possibilités d'intervention, est fortement discutée en doctrine, et le Tribunal fédéral ne semble pas exclure une ouverture dans ce sens<sup>166</sup>. Il est ainsi possible que certains auteurs plaideraient pour l'assimilation des interventions des membres à celles des autorités si ces dernières étaient soumises à des exigences moins strictes. Il s'agit d'une question complexe qui ne peut pas être approfondie dans ce travail, mais qui mérite d'être mentionnée.

En second lieu, la sanction en cas de violation de l'art. 34 Cst. découverte après le scrutin, à savoir l'annulation du scrutin, est également critiquée<sup>167</sup>. Il est vrai en effet qu'une annulation est possible, mais elle est exceptionnelle et soumise à des conditions très strictes<sup>168</sup>. Lorsque ces conditions ne sont

---

<sup>159</sup> MALINVERNI *et al.*, Vol. I, N 959.

<sup>160</sup> LANGER, Die Zulässigkeit, pp. 253-55 et p. 262 ; STEINMANN, Interventionen, p. 265.

<sup>161</sup> MALINVERNI *et al.*, Vol. I, N 959.

<sup>162</sup> CR Cst. I-COTTIER, Cst. 16 N 46.

<sup>163</sup> *Ibidem*, N 20 ; DUBEY, Vol. II, N 2252-2254.

<sup>164</sup> SGK BV I-RECHSTEINE / ERRASS, Cst. 16 N 89.

<sup>165</sup> Ce que d'ailleurs plusieurs auteurs soutiennent, voir par exemple : MAHON, L'information par les autorités, pp. 232-233.

<sup>166</sup> ATF 119 Ia 271, consid. 6d ; MASMEJAN, L'intervention des autorités, p. 198 ; STEINMANN, Interventionen, p. 268.

<sup>167</sup> LANGER, Behördliche Stellungnahmen, pp. 180 et 204-205.

<sup>168</sup> ATF 129 I 185, consid. 8.1, 8.3 et 9.

pas réalisées, seule la constatation de la violation par le Tribunal fédéral est envisageable<sup>169</sup>. S'il est justifié d'admettre une annulation du scrutin avec grande retenue<sup>170</sup>, il n'en reste pas moins que la simple constatation dans le dispositif de la décision ne me paraît pas suffisante. D'autre part, il est difficile d'imaginer une alternative convaincante<sup>171</sup>. Il s'agit dans ce cas aussi d'une réflexion très complexe, qui ne peut par conséquent pas être abordée dans le cadre de ce travail.

## B. Les arguments de la doctrine

### i. La fiction de la distinction entre l'autorité et ses membres

La première question qu'il faut se poser est celle de la justification et de la praticabilité de la distinction entre les autorités et leurs membres<sup>172</sup>. Cette distinction peut paraître une « fiction » si on reconnaît aux propos des membres d'autorités un bonus d'autorité (« *Autoritätsbonus* ») découlant de leur fonction et dont il peut être compliqué de faire abstraction<sup>173</sup>. Il paraît d'ailleurs difficile de distinguer les membres de l'autorité qu'ils représentent étant donné que normalement ils tiennent des propos précisément en vertu de leur qualité officielle<sup>174</sup>.

Cette question revient à se demander si les citoyens accordent une valeur accrue à ces prises de position du fait de la position que les membres occupent à l'intérieur de la société<sup>175</sup>. Ils ne peuvent en effet pas être considérés des personnes privées moyennes, mais au contraire ils travaillent pour la collectivité qui les emploie et s'intéressent ainsi davantage aux problématiques d'intérêt public. Il est alors possible que l'autorité rattachée à leur fonction ne puisse pas être ignorée et qu'ils ne soient jamais vraiment considérés des simples personnes privées.

Cet argument serait d'autant plus vrai pour les membres d'autorités exécutives, lesquelles ne seraient pas clairement orientées politiquement en tant qu'autorités collégiales<sup>176</sup>. En d'autres mots, les autorités exécutives seraient perçues comme des entités, et il ne serait ainsi pas aisé, ou même pas possible, d'identifier individuellement leurs membres et de les séparer de l'autorité en tant que telle. La distinction des deux ne serait par conséquent pas opérée par les électeurs<sup>177</sup>.

Il faut ensuite distinguer entre les membres qui défendent la position de l'autorité et ceux qui expriment une opinion contraire. Certains auteurs considèrent que, lorsque le membre contredit la position officielle de l'autorité, le caractère privé de cette intervention apparaîtrait clairement. Par conséquent, seules les prises de position individuelles qui reprennent l'opinion exprimée par l'autorité poseraient des difficultés<sup>178</sup>.

D'autres auteurs considèrent à l'inverse que la prise de position d'un membre sera toujours associée à celle de l'autorité qui l'emploie et que donc, indépendamment de son contenu, l'intervention des

---

<sup>169</sup> MARTENET / VON BÜREN, *L'information*, pp. 67-68.

<sup>170</sup> ATF 130 I 290, consid. 4.d ; MARTENET / VON BÜREN, *L'information*, pp. 67, 73 et 75.

<sup>171</sup> LANGER, *Behördliche Stellungnahmen*, p. 205.

<sup>172</sup> MAHON, *L'information par les autorités*, p. 244 ; LANGER, *Die Zulässigkeit*, p. 255.

<sup>173</sup> LANGER, *Die Zulässigkeit*, p. 253 ; BESSON, *Behördliche Information*, p. 268 ; STEINMANN, *Interventionen*, p. 265.

<sup>174</sup> MASMEJAN, *L'intervention des autorités*, p. 193.

<sup>175</sup> TÖNDURY, *Intervention oder Teilnahme*, p. 349.

<sup>176</sup> LANGER, *Die Zulässigkeit*, p. 254.

<sup>177</sup> *Ibidem*.

<sup>178</sup> MARTENET / VON BÜREN, *L'information*, pp. 69-70.

membres devrait toujours être assimilée à celle de l'autorité et respecter donc les mêmes exigences d'objectivité, exhaustivité, transparence et proportionnalité<sup>179</sup>.

Il serait légitime de se demander si la distinction ne devrait en principe déjà être exclue en vertu du principe de la collégialité lorsque la prise de position individuelle contredit celle de l'autorité<sup>180</sup>. Il n'est pas possible de donner une réponse à cette question dans le présent travail, étant donné que la portée exacte de ce principe est objet de débats dans la doctrine<sup>181</sup>, mais même si on admet que le membre puisse défendre une position qui est contraire à celle de l'autorité, son intervention devrait respecter les principes de l'objectivité et de la transparence<sup>182</sup>. Si toutefois le membre reprend l'opinion exprimée par l'autorité, cette intervention personnelle pose également des difficultés, puisqu'elle contreviendrait au principe de la transparence<sup>183</sup>. En effet, il ne serait pas clair si la prise de position du membre représente son opinion personnelle ou celle de l'autorité.

La distinction entre l'autorité et ses membres est en outre rendue difficile par le fait que le Tribunal fédéral admet qu'ils mentionnent leur fonction officielle dans leurs prises de position afin de montrer leur engagement dans les questions d'intérêt public<sup>184</sup>. Si l'on voulait admettre qu'il est possible de faire abstraction de la fonction exercée par le membre, il serait pertinent d'interdire aux membres d'utiliser leur fonction officielle lors de leurs prises de position, ce que certaines communes ont d'ailleurs déjà fait<sup>185</sup>. Ceci ne résoudrait toutefois pas complètement le problème, puisque certains membres sont reconnaissables même en l'absence de toute mention à leur position officielle<sup>186</sup>. Il me paraît donc qu'il n'est pas vraiment possible de distinguer le membre du rôle qu'il occupe.

Il faut aussi mentionner que les pratiques cantonales et fédérales à propos de la qualification des interventions des membres d'autorités diffèrent, et que certains tribunaux cantonaux se fondent précisément sur l'utilisation de la fonction officielle pour assimiler l'intervention à l'autorité<sup>187</sup>. Cette pratique pose à mes yeux des problèmes, en particulier de prévisibilité, et il serait judicieux de l'harmoniser.

Il y a enfin le risque que les membres usent de leur liberté d'opinion pour contourner les exigences existantes pour les interventions des autorités : la distinction entre les membres et les autorités pourrait ainsi porter atteinte à l'art. 34 al. 2 Cst<sup>188</sup>.

Pour résumer, selon certains auteurs il ne serait pas possible de faire abstraction de l'autorité de la fonction des membres d'autorités<sup>189</sup>. Leurs prises de position devraient dès lors toujours être considérées comme représentant l'opinion de l'autorité exécutive dont ils font partie, et leurs interventions devraient toujours être soumises à aux exigences applicables aux interventions

---

<sup>179</sup> BESSON, Behördliche Information, p. 268.

<sup>180</sup> LANGER, Die Zulässigkeit, p. 255.

<sup>181</sup> CR Cst. I-CARREL, Cst. 177 N 23-29.

<sup>182</sup> BESSON, Behördliche Information, p. 268.

<sup>183</sup> LANGER, Die Zulässigkeit, p. 256.

<sup>184</sup> ATF 130 I 290, consid. 3.3 ; 119 Ia 271, consid. 3d.

<sup>185</sup> LANGER, Die Zulässigkeit, p. 256.

<sup>186</sup> *Ibidem* ; HANGARTNER, PJA 1994 243, p. 246.

<sup>187</sup> Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2020.00405 du 7 janvier 2021 ; LANGER, Die Zulässigkeit, p. 260.

<sup>188</sup> LANGER, Die Zulässigkeit, pp. 254-255.

<sup>189</sup> BESSON, Behördliche Information, p. 262.

officielles<sup>190</sup>. Le principe de collégialité pose en outre plusieurs questions complexes pour lesquelles il est difficile de trouver une réponse et qui relèvent essentiellement de la portée de ce principe, mais qui méritent d'être mentionnées en raison du lien qu'elles entretiennent avec le sujet de ce travail.

## ii. Le rôle des autorités exécutives dans la société

Pour pouvoir déterminer les limites qui devraient s'imposer aux interventions des membres, il faut encadrer le rôle que les autorités exécutives jouent dans l'Etat et ainsi aussi dans la société. Il s'agit d'une question très strictement liée à celle, centrale pour l'objet de ce travail, de la distinction – ou assimilation – entre les autorités et leurs membres. En effet, si l'on considère qu'il n'est pas possible de faire complètement abstraction de la fonction officielle des membres, le rôle des autorités exécutives joue un rôle important pour déterminer les exigences auxquelles soumettre leurs interventions.

L'Etat est « détenteur et fournisseur d'informations » et il entretient avec les citoyens des « relations de communication »<sup>191</sup> : il est important qu'il se trouve dans une situation d'échange avec les citoyens, et ceci même dans la période précédant une votation<sup>192</sup>. Les autorités devraient dès lors pouvoir participer au débat, pour autant que leurs interventions ne faussent pas le débat<sup>193</sup>. En se basant sur ces arguments, formulés pour les interventions officielles des autorités, on pourrait reconnaître les mêmes principes aussi pour les membres d'autorités.

En effet, il est possible de considérer que l'information et la communication des autorités « tendent [...] 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. »<sup>194</sup>. Par extension on pourrait imaginer qu'une prise de position des autorités portant sur les votations pourrait les rapprocher aux citoyens, étant donné qu'elles seraient parties actives du processus démocratique<sup>195</sup>. Les membres devraient en effet être toujours, et en particulier pendant la période précédant un scrutin, entretenir un dialogue avec les citoyens<sup>196</sup>.

Il est en outre reconnu que le rôle d'orientation et la fonction consultative du gouvernement sont importants dans une Etat démocratique, et qu'il est nécessaire de pouvoir contrebalancer les prises de position unilatérale d'acteurs privés puissants, tels que les lobbies et les partis politiques<sup>197</sup>.

Ceci est d'autant plus important si on considère que les canaux d'informations modernes sont toujours plus puissants et qui « tendent à surcharger les citoyens »<sup>198</sup>. Dans un tel contexte, il est fondamental que le débat politique soit le plus complet que possible<sup>199</sup>. Ainsi, il faudrait que les membres d'autorités puissent y prendre part, et ceci non seulement dans un souci de respect de leur liberté

---

<sup>190</sup> *Ibidem*, pp. 266-268 ; STEINMANN, Interventionen, p. 265.

<sup>191</sup> MAHON, L'information par les autorités, p. 212.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 243.

<sup>193</sup> *Ibidem*.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 218.

<sup>195</sup> MASMEJAN, L'intervention des autorités, p. 199.

<sup>196</sup> BESSON, Behördliche Information, p. 267.

<sup>197</sup> HANGARTNER, PJA 1994 243, pp. 246-247.

<sup>198</sup> MAHON, L'information par les autorités, p. 244.

<sup>199</sup> *Ibidem*.

d'opinion, mais aussi pour garantir la liberté de vote des citoyens<sup>200</sup>. En outre, les nouveaux canaux de communication permettent un débat très intense au sujet du scrutin, ce qui contrebalance dans une certaine mesure le poids de l'Etat et ses possibilités de s'exprimer<sup>201</sup> : il n'est à mon avis plus vrai que l'Etat bénéficie de possibilités d'expression beaucoup plus élevées et plus puissantes que les acteurs privés, et ceci ne devrait plus être utilisé comme argument pour limiter les interventions étatiques ni celles des membres d'autorités.

### iii. Le débat politique et la libre formation de l'opinion

Pour que la libre formation de la volonté soit pleinement réalisée, il faut également s'intéresser à la qualité du débat politique<sup>202</sup>. En effet, une large information de la population est nécessaire pour qu'elle puisse effectivement participer à la prise de décisions démocratique et pour qu'elle puisse ensuite mieux les accepter<sup>203</sup>. Il est essentiel que toutes les opinions puissent circuler librement pour que le corps électoral puisse bénéficier d'un processus correct de formation de sa volonté<sup>204</sup>. Ainsi, il est important que tous les acteurs puissent participer au débat politique et ainsi contribuer au processus démocratique.

En outre, la richesse et de la diversité du débat démocratique jouent un rôle essentiel dans le processus de formation de l'opinion : la libre circulation d'opinions différentes contribue à la qualité de la prise de décisions<sup>205</sup>. La garantie des droits politique devrait donc tolérer et favoriser la « lutte d'influences » qui est susceptible de se créer dans la campagne précédant un scrutin<sup>206</sup>.

Les membres d'autorités, du fait de la fonction qu'ils exercent, s'intéressent à la politique plus que l'électeur moyen<sup>207</sup>. Il pourrait ainsi être légitime de soutenir que leurs interventions sont susceptibles d'apporter des contributions de valeur au débat politique. Il est vrai que le principe même de l'intervention n'est pas mis en discussion<sup>208</sup>, et que le point central de la question réside dans les modalités de l'intervention<sup>209</sup>. S'agissant des interventions des autorités par exemple, le Tribunal fédéral reconnaît parfois une obligation d'intervenir des autorités pour « sauvegarder la libre formation de l'opinion des électeurs »<sup>210</sup>, mais il encadre strictement ces interventions quant à leur forme<sup>211</sup>.

Au-delà de la valeur de la contribution des membres d'autorités dans le débat politique, il faut ainsi se demander quelles limites poser aux possibilités d'intervention et leur raison d'être. Il s'agit en effet de limitations qui visent à éviter des abus qui pourraient porter atteinte à la liberté de vote<sup>212</sup>.

---

<sup>200</sup> CR Cst. I-MARTENET / VON BÜREN, Cst. 34 N 83.

<sup>201</sup> AUER, Zur Behördenkommunikation, p. 177.

<sup>202</sup> 119 Ia 271, consid. 3a ; MARTENET / VON BÜREN, L'information, p. 58.

<sup>203</sup> ATF 96 I 586, consid. 6 ; MAHON, L'information par les autorités, pp. 213-214.

<sup>204</sup> MARTENET / VON BÜREN, L'information, p. 73.

<sup>205</sup> DUBEY, Droits fondamentaux, Vol. II, N 5252.

<sup>206</sup> *Ibidem*, N 5253.

<sup>207</sup> LANGER, Die Zulässigkeit, p. 253.

<sup>208</sup> BESSON, Behördliche Information, p. 267.

<sup>209</sup> MAHON, L'information par les autorités, p. 235.

<sup>210</sup> ATF 116 Ia 466, consid. 6a ; MASMEJAN, L'intervention des autorités, p. 193.

<sup>211</sup> ATF 121 I 252, consid. 2.

<sup>212</sup> MASMEJAN, L'intervention des autorités, p. 199.

Les exigences relatives aux interventions dans le débat politique dépendent de la capacité que l'on reconnaît aux citoyens de se former une opinion malgré les influences extérieures auxquelles ils sont soumis. Il est possible de considérer qu'il faut faire confiance à leur capacité de distinguer les différents points de vue défendus pendant la campagne et de se décider en se basant sur leur propre opinion<sup>213</sup>. Dans ce cas, il n'y aurait pas la nécessité de les protéger envers toute prise de position exagérée et unilatérale, puisqu'ils sont des « êtres rationnels » en mesure, en principe, de se forger une propre opinion et de juger des informations qui leur sont délivrées<sup>214</sup>. En effet, reconnaître la liberté d'opinion et d'expression signifie aussi accepter le risque d'informations unilatérales ou fausses<sup>215</sup>.

D'autre part, on pourrait argumenter que la démocratie directe peut se réaliser pleinement uniquement en l'absence d'intervention étatique et qu'on devrait donc laisser aux citoyens de pouvoir se décider librement<sup>216</sup>. Les autorités devraient se limiter aux informations officielles, sans procéder à d'autres prises de position. Ainsi, si on admet qu'il n'est pas possible de distinguer l'autorité de ses membres et qu'ils doivent être assimilés, la même limitation devrait s'imposer également aux interventions des membres. En effet, il est vrai que les interventions des autorités peuvent contribuer à l'égalité politique, en particulier à l'égalité matérielle des chances, lorsqu'elles visent à rectifier des propos erronés ou trompeurs tenus lors des campagnes précédant un scrutin<sup>217</sup>. En même temps, il est également imaginable que la façon d'intervenir des autorités puisse comporter une diminution injustifiée des chances.

### **C. Appréciation personnelle**

J'estime que la problématique centrale est l'absence d'une base légale qui régleme clairement les interventions des membres d'autorités. Si le législateur fédéral avait fixé dans une disposition le principe en vertu duquel ce type d'interventions sont privées ou officielles, ou s'il avait prévu les exigences auxquelles elles sont soumises comme il l'a fait pour les autorités à l'art. 10a al. 2 LDP, la sécurité et la prévisibilité juridiques en bénéficierait.

Il est vrai que d'autres questions se poseraient, comme il est aujourd'hui le cas s'agissant de la réglementation des interventions des autorités<sup>218</sup>, mais à tout le moins la qualification des interventions des membres serait claire. Je considère en effet que la possibilité que ces interventions revêtent un caractère privé ou officiel en fonction des circonstances nuit à la sécurité du droit : elles devraient toujours être considérées privées ou officielles, ce qui représenterait l'avantage de la prévisibilité.

De cette absence de base légale fédérale découle la jurisprudence du Tribunal fédéral qui, comme je l'ai précédemment exposé, fixe des critères qui ne sont pas clairs ni appliqués toujours de manière cohérente<sup>219</sup>.

---

<sup>213</sup> ATF 117 Ia 271, consid. 3c ; HANGARTNER, PJA 1994 243, p. 245.

<sup>214</sup> HANGARTNER, Die demokratische Rechte, p. 1030.

<sup>215</sup> MAHON, L'information par les autorités, p. 239.

<sup>216</sup> HANGARTNER, PJA 1994 243, pp. 246-247.

<sup>217</sup> CR Cst. I-MARTENET / VON BÜREN, Cst. 34, N 46.

<sup>218</sup> Telles que la sévérité des exigences auxquelles sont soumises les interventions des autorités. Voir par exemple MARTENET / VON BÜREN, L'information, p. 64 ; BESSON, Behördliche Information, pp. 128-132.

<sup>219</sup> Comparer par exemple l'ATF 130 I 259, consid. 5.3 avec l'ATF 119 Ia 271.

Dans ses arrêts, le Tribunal fédéral expose de manière théorique le raisonnement qu'il convient de suivre s'agissant des interventions des membres d'autorités : il faut d'abord qualifier l'intervention de privée ou d'officielle, et ensuite déterminer si elle est licite<sup>220</sup>. Etant donné qu'en principe les interventions des membres d'autorités sont des interventions privées, le Tribunal fédéral admet assez facilement le caractère privé de ces interventions, même lorsque les membres mentionnent leur fonction officielle dans leur prise de position.

Ensuite, le Tribunal fédéral se demande si l'intervention est licite et, dans la négative, si une annulation du scrutin est envisageable<sup>221</sup>.

Après avoir exposé ces principes, le Tribunal fédéral poursuit ensuite à leur application au cas concret. Toutefois, à mon avis, la concrétisation de ces critères n'apparaît pas clairement dans sa jurisprudence : sans vraiment procéder à un raisonnement en deux étapes, le Tribunal fédéral analyse toutes les circonstances du cas d'espèce afin de déterminer si, dans le contexte général, les citoyens ont été informés de manière adéquate<sup>222</sup>. Il en résulte que les interventions inadmissibles ou à tout le moins problématiques se retrouvent souvent « relativisées » du fait de l'intensité de la campagne médiatique<sup>223</sup>.

Il apparaît ainsi que le Tribunal fédéral accorde une grande importance à la liberté d'opinion des membres d'autorités et qu'il la protège de manière accrue. Nous avons vu que la liberté d'opinion joue un rôle cardinal dans une société démocratique, puisqu'elle garantit la libre circulation des idées et de ce fait le pluralisme. Il n'est ainsi *a priori* pas injustifié de lui accorder une valeur si significative : les membres d'autorités peuvent contribuer à la richesse et à la diversité du débat politique, à la fois en tant que personnes privées que comme représentants de la collectivité qui les emploie.

À mon avis, toutefois, les interventions des membres devraient être assimilées à celles de l'autorité, et ainsi soumises aux mêmes exigences. Cette position se justifie d'abord par le fait que la distinction entre l'autorité et ses membres me paraît « artificielle »<sup>224</sup>. Il est légitime de se demander dans quelle mesure les citoyens sont en mesure de faire abstraction de la fonction officielle qu'ils exercent, même lorsque les propos paraissent exagérés et pourraient par conséquent être considérés comme des prises de position privées. En outre, il est également vrai que souvent ils ont l'occasion de s'exprimer à propos d'un scrutin précisément grâce à la fonction qu'ils exercent.

Une certaine valeur sera toujours accordée aux propos tenus par les membres d'une autorité et il sera ainsi très difficile de faire abstraction de l'autorité qui y est rattachée. Ceci est en particulier vrai s'agissant d'autorités exécutives, composées d'un nombre restreint de membres et régies par le principe de collégialité. Précisément en vertu du principe de collégialité les membres devraient défendre envers l'extérieur la position assumée par l'autorité, sans chercher à contourner cette exigence en soutenant qu'ils se sont exprimés à titre privé.

---

<sup>220</sup> Par exemple : ATF 130 I 259, consid. 3.3 et 3.4.

<sup>221</sup> ATF 118 Ia 259, consid. 3.

<sup>222</sup> ATF 130 I 290, consid. 5.3.

<sup>223</sup> LAGER, Behördliche Stellungnahmen, p. 205.

<sup>224</sup> STEINMANN, Interventionen, p. 265.

Les agents d'Etat doivent en effet tolérer des restrictions plus importantes à leur liberté d'opinion<sup>225</sup> : s'agissant de personnes qui se trouvent dans une relation particulière avec la collectivité qui les emploie, ils ont à son égard un devoir de diligence et un devoir de fidélité qui les oblige à se comporter de manière conforme aux intérêts de la collectivité<sup>226</sup>. Ces personnes doivent par conséquent faire preuve de retenue lors de l'exercice de leur liberté d'opinion<sup>227</sup>.

Je considère en outre que la distinction entre intervention privée et intervention officielle des membres en fonction de la perception du citoyen moyen est également une « fiction »<sup>228</sup>, qui n'est d'ailleurs pas toujours facile à opérer<sup>229</sup>. L'assimilation des interventions des membres à celles des autorités présenterait par conséquent un avantage de simplicité et de praticité, tout en reflétant un équilibre entre la liberté d'opinion, la liberté de vote et le principe de la collégialité que j'estime satisfaisant.

En même temps, il est important que les membres, tout comme les autorités, puissent participer au débat politique. Nous avons vu qu'un débat pluraliste, diversifié, complet et libre contribue à la liberté d'opinion. Les membres d'autorités, du fait de la fonction qu'ils exercent, s'intéressent à la politique plus que l'électeur moyen et en sont plus informés<sup>230</sup>. Partant, leurs interventions sont susceptibles d'apporter des contributions de valeur au débat politique et devraient de ce fait être permises et encouragées. C'est pourquoi je trouve souhaitable que les possibilités d'intervention des autorités, et ainsi celles des membres, soient élargies<sup>231</sup>, ce qui permettrait en outre de mieux respecter la liberté d'opinion des membres.

Accorder aux membres la possibilité d'intervenir, tout en prévoyant des exigences à respecter, constituerait à mon avis une solution juste et équilibrée, qui tiendrait compte de tous les intérêts présents, notamment la liberté de vote des citoyens, le principe de collégialité et la liberté d'opinion des membres.

## Conclusion

Nous avons vu que les interventions dans les campagnes précédant une votation ou une élection – qu'elles soient le fait d'une autorité, d'un particulier ou d'un membre d'autorité – soulèvent beaucoup de questions.

La problématique centrale est celle de la licéité de l'intervention : les influences extérieures ne sont *a priori* pas à condamner et à interdire, mais elles seraient au contraire à encourager<sup>232</sup>. En effet, elles peuvent jouer un rôle important dans la formation de la volonté populaire et de ce fait contribuer à garantir la liberté de vote prévue à l'art. 34 al. 2 Cst.

Avant de se poser la question de la distinction des influences licites de celles inadmissibles, il s'impose d'abord de qualifier le type d'intervention dont il est question. S'agissant des interventions

---

<sup>225</sup> GRISEL, Droits fondamentaux, N 62.

<sup>226</sup> DUBEY, Droits fondamentaux, Vol. II, N 2252.

<sup>227</sup> *Ibidem*.

<sup>228</sup> LANGER, Die Zulässigkeit, p. 253.

<sup>229</sup> ATF 130 I 290, consid. 3.3 ; 119 Ia 271, consid. 3d.

<sup>230</sup> LANGER, Die Zulässigkeit, p. 253.

<sup>231</sup> Comme une partie de la doctrine le demande, voir par exemple : BESSON, Behördliche Information, pp. 128-133.

<sup>232</sup> DUBEY, Droits fondamentaux, Vol. II, N 5268.

des membres d'autorités, le Tribunal fédéral considère qu'elles constituent en principe des interventions privées : en vertu de la liberté d'opinion, elles sont soumises à des exigences très souples, pour autant que le caractère privé apparaisse clairement<sup>233</sup>.

Toutefois, si le Tribunal fédéral qualifie de telles interventions d'officielles, il leur applique les exigences développées en matière d'interventions des autorités, qui sont beaucoup plus strictes.

Les critères jurisprudentiels qui permettraient de distinguer les interventions privées de celles officielles ne sont toutefois pas toujours clairs ni appliqués avec la même rigueur. Se pose donc la question de la pertinence et de la praticabilité d'une réglementation si nuancée.

Une partie de la doctrine soutient qu'une distinction entre interventions privées et interventions officielles des membres d'autorités ne se justifie pas<sup>234</sup> : pour des raisons de praticité et de sécurité juridique, il serait mieux d'abandonner cette distinction. Se pose alors la question d'une solution alternative : faudrait-il assimiler les interventions des membres à celles des autorités ? Faudrait-il considérer que ces interventions revêtent toujours un caractère privé ?

Nous avons vu que la doctrine est partagée et il n'apparaît pas de manière évidente laquelle des deux solutions pourrait être la plus satisfaisante. Trouver une solution signifie opérer une difficile balance des intérêts entre plusieurs clauses importantes, dont notamment la liberté d'opinion et la liberté de vote. La difficulté du sujet réside précisément dans la complexité de cette opération.

Pour ma part, je considère qu'il se justifierait d'appliquer toujours les mêmes règles aux interventions des membres d'autorités, sans opérer de distinctions ultérieures. Il n'est en revanche pas évident de décider comment ces prises de position devraient-elles être qualifiées. Tout en reconnaissant l'important rôle que la liberté d'opinion joue dans une société démocratique, j'estime que les propos des membres d'autorités ne devraient pas bénéficier de sa protection accrue. Nous avons vu que, de par leur statut, ils occupent une position particulière qui les distingue clairement des autres personnes privées : ils font partie d'une autorité et en conséquence la représentent envers l'extérieur, sans qu'il soit possible de faire abstraction de la fonction qu'ils revêtent.

Pour ces raisons, même si je reconnais la capacité des citoyens de former librement leurs opinions en se basant sur l'ensemble des influences auxquelles ils sont soumis, je suis convaincue que les interventions des membres devraient être assimilées à celles des autorités et être soumises aux mêmes exigences.

Une question différente se pose ensuite, à savoir celle du bien-fondé de la réglementation des interventions officielles. Sans pouvoir approfondir le sujet, nous avons brièvement évoqué certaines critiques qui touchent aux interventions des autorités, dont le manque de clarté du Tribunal fédéral concernant un éventuel devoir d'intervention des autorités et l'excessive rigueur dans l'application des principes qui régissent la question.

J'estime qu'il serait intéressant et utile de traiter les interventions des autorités et celles des membres de la même manière et simultanément, et de se demander par exemple quelles seraient les conséquences sur les prises de position des membres au cas où un devoir d'intervention des autorités devrait être expressément reconnu. À mon avis, un élargissement des possibilités d'intervention des

---

<sup>233</sup> ATF 130 I 290, consid. 3.3.

<sup>234</sup> STEINMANN, Interventionen, pp. 264-265.

autorités, et de celles des membres en conséquence, constituerait une solution plus adéquate et plus respectueuse de la liberté d'opinion des membres.

En tout état de cause, il serait souhaitable que le législateur fédéral prévoie une réglementation claire qui fixe les différentes conditions et exigences concernant les interventions des membres d'autorités. En effet, la position parfois peu claire ou peu cohérente du Tribunal s'explique aussi par le fait que des règles univoques en la matière manquent et qu'il serait ainsi opportun, pour un souci de sécurité et de prévisibilité juridiques, que le législateur fédéral s'en occupe<sup>235</sup>. Il est même légitime se demander si une réglementation serait en mesure de résoudre la problématique, étant donné qu'il serait difficile de prévoir une réglementation complète à ce sujet<sup>236</sup>. Tout en reconnaissant les difficultés que cette tâche pose, j'estime que le législateur fédéral devrait se pencher sur la question et prévoir à tout le moins les principes de l'intervention des membres d'autorités.

---

<sup>235</sup> LAGER, Behördliche Stellungnahmen, p. 205.

<sup>236</sup> GLASER / LEHREN, Moutier, p. 462 ; LANGER, Die Zulässigkeit, p. 262.

## Bibliographie

### a) Manuels et monographies

BESSON Michel, *Behördliche Information vor Volksabstimmungen : verfassungsrechtliche Anforderungen an die freie Willensbildung der Stimmberechtigten in Bund und Kantonen*, thèse, Berne 2003.

DUBEY Jacques, *Droits fondamentaux, Volume I : Notion, garantie, restriction et juridiction*, Bâle 2018.

DUBEY Jacques, *Droits fondamentaux, Volume II : Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques*, Bâle 2018.

GRISEL Etienne, *Droits fondamentaux : libertés idéales*, Berne 2008.

HANGARTNER Yvo *et al.*, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2023.

MALINVERNI Giorgio *et al.*, *Droit constitutionnel suisse, Volume I : L'Etat*, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2021.

MALINVERNI Giorgio *et al.*, *Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux*, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2021.

### b) Commentaires de loi

CARREL Matthieu, Art. 177 Cst., *in* : MARTENET Vincent / DUBEY Jacques (édit.), *Constitution fédérale, Commentaire romand*, Bâle 2021.

COTTIER Bertil, Art. 16 Cst., *in* : MARTENET Vincent / DUBEY Jacques (édit.), *Constitution fédérale, Commentaire romand*, Bâle 2021.

EHRENZELLER Bernhard *et al.* (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 4e éd., Zurich / St. Gall 2023.

EHRENZELLER Bernhard, Art. 177 BV, *in* : EHRENZELLER Bernhard *et al.* (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 4e éd., Zurich / St. Gall 2023.

HERTIG Maya, Art. 16 BV, *in* : WALDMANN Bernhard *et al.* (édit.), *Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar*, Bâle 2015.

MAHON Pascal, Commentaire à l'art. 10a LDP, *in* : GLASER Andreas *et al.* (édit.), Commentaire en ligne de la Loi fédérale sur les droits politiques, 2023, accessible sur : <https://onlinekommentar.ch/fr/kommentare/bpr10a> (26.11.2023).

MARTENET Vincent / DUBEY Jacques (édit.), *Constitution fédérale, Commentaire romand*, Bâle 2021.

MARTENET Vincent / VON BÜREN Théophile, Art. 34 Cst., *in* : MARTENET Vincent / DUBEY Jacques (édit.), *Constitution fédérale, Commentaire romand*, Bâle 2021.

RECHSTEINER David / ERRASS Christoph, Art. 16 BV, *in* : EHRENZELLER Bernhard *et al.* (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 4e éd., Zurich / St. Gall 2023.

STEINMANN Gerold / BESSON Michel, Art. 34 BV, in : EHRENZELLER Bernhard *et al.* (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 4e éd., Zurich / St. Gall 2023.

TSCHANNEN Pierre, Art. 34 BV, in : WALDMANN Bernhard *et al.* (édit.), *Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar*, Bâle 2015.

WALDMANN Bernhard *et al.* (édit.), *Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar*, Bâle 2015.

c) Articles parus dans les revues ou contributions à un ouvrage collectif

AUER Christoph, *Zur Behördenkommunikation im Vorfeld von Abstimmungen*, ZBl 121/2020 p. 177 s.

GLASER Andreas / LEHNER Irina, *Moutier, quo vadis ? Die Aufhebung der Volksabstimmung über den Kantonswechsel*, PJA 2019 p. 452 ss.

HANGARTNER Yvo, *Bundesgericht, I. Öffentlichrechtliche Abteilung, 4.8.1993, A. und Mitbeteiligte c. Gemeinde Wallisellen, Regierungsrat und Kantonsrat des Kantons Zürich (IP.420, 450, 452 und 460/1991 und IP.108, 110 und 112/1993), staatsrechtliche Beschwerden*, PJA 1994 p. 243 ss.

LANGER Lorenz, *Behördliche Stellungnahmen und der Schutz der freien Willensbildung: Grenzen der Kategorisierung*, ZBl 121/2020 p. 179 ss.

LANGER Lorenz, *Die Zulässigkeit individueller Stellungnahmen von Regierungsmitgliedern: Zwischen Meinungsfreiheit und (un)verfälschter Willensbildung*, ZBl 122/2021 p. 247 ss.

MAHON Pascal, *L'information par les autorités*, RDS 1999 II p. 199 ss.

MARTENET Vincent / VON BÜREN Théophile, *L'information émanant des autorités et des particuliers en vue d'un scrutin, à l'aune de la liberté de vote*, RDS 2013 I p. 57 ss.

MASMEJAN Denis, *L'intervention des autorités avant les votations à la lumière des développements récents*, Medialex 2006 p. 191 ss.

MÜLLER Georg, *Die Behörden im Abstimmungskampf : vom Neutralitätsgebot zur Teilnahmepflicht*, in : AUER Andreas / ZEN-RUFFINEN Piermarco (édit.), *De la Constitution : études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle / Frankfurt a.M. 1996.

STEINMANN Gerold, *Interventionen des Gemeinwesens im Wahl- und Abstimmungskampf*, PJA 1996 p. 256 ss.

TÖNDURY Andrea Marcel, *Intervention oder Teilnahme ? Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Kommunikation im Vorfeld von Volksabstimmungen*, ZBl 112/2011 p. 341 ss.

## **Déclaration relative au plagiat**