

Note

Pour la version originale du texte cf. EVA MARIA BELSER/GÉRALDINE CATTILAZ, *Der grundrechtliche Anspruch auf Zugang zu Information und Dokumenten, Ein Blick auf das Freiburger InfoG aus der Perspektive der Rechte Einzelner*, in: Waldmann/Bergamin (éds), 10 ans LInf Fribourg, Stämpfli Editions, Berne 2021, 65–91.

Le droit fondamental d'accès à l'information et aux documents

Un éclairage sur la LInf fribourgeoise dans la perspective des droits individuels

EVA MARIA BELSER/GÉRALDINE CATTILAZ*

Table des matières

I. Introduction.....	2
II. Le champ d'application de la liberté de se procurer de l'information	4
A. La limitation aux sources accessibles de manière générale en droit international et fédéral	5
1. L'accessibilité de manière générale à l'information.....	5
2. La critique de la portée limitée du champ d'application et son extension par la jurisprudence.....	6
B. L'accès aux sources non accessibles de manière générale selon le droit cantonal	10
1. Le droit constitutionnel d'accès aux informations qui ne sont pas accessibles de manière générale	11
2. La mise en œuvre du droit fondamental dans la LInf.....	12
III. La gestion des conflits entre droits fondamentaux.....	14
A. L'obligation pour les organes publics de fournir des informations ...	15
B. L'accès à l'information fondé sur d'autres droits fondamentaux	17
IV. La titularité.....	19
V. Les restrictions	21
A. Base légale et exigences	22
B. Pesée des intérêts	24
VI. Conclusion	28

* Traduit de l'allemand par Mme MARLÈNE COLLETTE, Dr. iur., avocate.

I. Introduction

- 1 Le droit fondamental à la liberté d’information (liberté d’accès à l’information, transparence de l’information) est l’un des droits fondamentaux les plus récents. Il représente le rejet du secret d’Etat en faveur d’une action publique et transparente de l’Etat et de son administration. Il garantit aux citoyennes et aux citoyens un droit fondamental de pouvoir savoir, en tout temps, ce que fait – ou ne fait pas – l’Etat et de pouvoir révéler au grand jour les actions des pouvoirs publics. Le droit d’accès à l’information est un aspect de la liberté d’information, qui est elle-même comprise comme une composante de la liberté d’opinion¹ et lui est étroitement liée². La liberté d’information en général et l’accès à l’information en particulier sont aussi inextricablement liés à la démocratie et à l’Etat de droit. Si l’action des pouvoirs publics est rendue publique et que tous les citoyens ont accès aux documents de l’administration, le public a de meilleures possibilités de connaître, de juger et, si nécessaire, de critiquer le comportement de l’Etat. L’importance de ces libertés fondamentales pour la démocratie et l’Etat de droit ne peut donc être sous-estimée³.
- 2 Désormais, le droit fondamental d’accès à l’information a trouvé sa place dans le droit international, national et infranational. Le Tribunal fédéral suisse avait déjà reconnu explicitement dans un arrêt de 1978 que la liberté d’information était une composante non écrite de la liberté d’opinion. Il a considéré que la liberté de recevoir et de communiquer des nouvelles et des opinions comprenait également la liberté «de s’informer aux sources accessibles de manière générale»⁴. Avec la révision de la Constitution fédérale en 1999, ce droit fondamental a été explicitement inscrit à l’art. 16 al. 3 Cst. Le canton de Fribourg a également reconnu la liberté d’opinion et d’information dans sa constitution de 2004 et a introduit un droit à l’information. Au niveau du droit international, la liberté d’information et le droit d’accès à l’information qui y est associé relèvent non seulement des garanties générales des droits de l’Homme de la CEDH et du Pacte II des Nations Unies, mais aussi de traités internationaux ayant un champ d’application particulier, à savoir

¹ Ainsi dans l’art. 10 de la CEDH et l’art. 19 du Pacte ONU II.

² Cela vaut notamment pour l’art. 16 Cst., à propos duquel il est admis que la liberté d’opinion et la liberté d’information représentent les deux faces d’une même médaille, cf. HÄNER, BSK BV, Art. 16 N 2; mais aussi art. 19 Cst. Fribourg.

³ ATF 104 Ia 88 consid. 5.c.; BARRELET, 157 ss; BELSER/WALDMANN, chap. 5 N 24; SUTTER, digma 2004, 150 ss.

⁴ ATF 104 Ia 88 Regeste, cf. aussi consid. 4.

la convention d’Aarhus, qui garantit l’accès à l’information en matière d’environnement.

Les garanties fondamentales du droit national et international sont généralement formulées de manière large et indéterminée. Cela s’applique en particulier au droit fondamental de la liberté d’information, dont le champ d’application n’est pas défini dans les codifications du droit international et national ou n’est défini que par le recours à d’autres termes tout aussi larges et indéterminés (par exemple, «sources accessibles de manière générale»). Il appartient donc au législateur et aux tribunaux de concrétiser et de développer ce droit. La question de la liberté d’action des parlements de déterminer – et de restreindre – l’accès aux informations et aux documents est actuellement l’une des questions les plus controversées en matière de liberté d’information.³

Après les premiers Etats précurseurs, à savoir la Suède et la Finlande, de plus en plus d’Etats ont adopté des lois sur la transparence et l’information à partir des années 1970, qui ont concrétisé le droit fondamental à la liberté d’information⁴. La Suisse a adopté sa loi sur la transparence en 2004. Le législateur fédéral a ainsi achevé le changement de paradigme, passant du principe du secret sous réserve de transparence au principe de base de la transparence sous réserve du secret au niveau fédéral⁵. Toutefois, le droit fédéral ne s’applique qu’à l’administration fédérale, aux services du Parlement et aux autres acteurs exerçant des compétences souveraines de la Confédération (art. 2 al. 1 LTrans). La concrétisation de la liberté d’information et du droit d’accès à l’information serait donc resté très incomplète si les cantons n’avaient pas également agi sur le plan législatif⁶. C’est particulièrement vrai dans un Etat fédéral comme la Suisse. Les cantons disposent non seulement de vastes domaines d’autonomie dans lesquels ils élaborent et appliquent eux-mêmes le droit, mais ils exécutent aussi la plus grande partie du droit fédéral. L’accès à l’information dans les cantons signifie donc l’accès à l’activité des cantons dans leurs sphères d’autonomie et l’accès à la gestion décentralisée du droit fédéral.

Dans le canton de Fribourg, la loi sur l’information et l’accès aux documents est entrée en vigueur en 2011. Elle complète le changement de⁵

⁵ Pour un aperçu de l’évolution du principe de transparence dans le contexte international, voir MABILLARD/PASQUIER.

⁶ Entre autres, BOLLER/HUNKEMÖLLER, AJP 2020, 771; HÄNER, ZBl 104/2020, 282 s.

⁷ Pour un aperçu de l’évolution du principe de transparence en Suisse, voir HÄNER, ZBl 104/2020; HUSI-STÄMPFLI, Jusletter 27 mai 2019 (qui évoque notamment le scepticisme en Suisse lors de l’introduction du principe de transparence).

paradigme vers la transparence et la promotion de la transparence au niveau cantonal⁸ et mérite une publication commémorative pour fêter ses 10 ans!

- ⁶ Cet article voudrait contribuer à cette célébration. Il évalue la LInf au regard du droit fondamental d'accès à l'information. A cette fin, il aborde d'abord certaines questions relatives au champ d'application (II.) et indique comment traiter la concurrence entre droits fondamentaux (III.). Avant d'aborder les possibilités de restreindre le droit fondamental (V.), il convient de mettre en lumière certains aspects liés à la titularité du droit fondamental (IV.).

II. Le champ d'application de la liberté de se procurer de l'information

- ⁷ La liberté d'information protège le droit de recevoir, d'accéder et de diffuser librement des informations comme on le souhaite⁹. Ses différentes composantes garantissent ainsi un droit de recevoir librement des informations sans restrictions ni obstacles de la part de l'Etat (*liberté de réception*), ainsi qu'un droit d'accéder librement à l'information et de la communiquer à volonté (*liberté d'accès et de diffusion de l'information*)¹⁰. Toutefois, il n'est pas facile de déterminer la portée matérielle ou la protection de la liberté d'information. Cela s'applique avant tout à la liberté d'obtenir des informations, qui permet aux individus de rechercher activement des informations et d'en prendre connaissance. En droit fédéral et international, la liberté d'obtenir des informations est fondamentalement limitée aux sources généralement accessibles. Cependant, il n'est pas évident de savoir quelles sources sont accessibles au public et qui peut les consulter (A.). Cela est d'autant plus intéressant que la constitution fribourgeoise – et la LInf – ne connaissent pas cette restriction du champ d'application (B.).

⁸ Voir la contribution de NICOLAS SCHMITT sur le contexte historique de la LInf dans cet ouvrage; également, VOLLEY, RFJ/FZR 2009, N 1 ss.

⁹ ATF137 I 8 consid. 2.3.1; voir aussi MENSCHING, Beck-Komm. EMRK, Art. 10 N 20; KLEY/TOPHINKE, SGK BV, Art. 16 N°34 ss.

¹⁰ HERTIG, BSK BV, Art. 16 N 19.

A. La limitation aux sources accessibles de manière générale en droit international et fédéral

Au niveau du droit international, un droit général d'accès à l'information est inscrit à l'art. 10 CEDH et à l'art. 19 Pacte ONU II; au niveau national, l'art. 16 al. 3 Cst. garantit un tel droit en Suisse. En vertu du droit international et du droit constitutionnel, le droit d'accès à l'information est toutefois limité aux sources accessibles de manière générale (1.). Cette restriction du champ de protection de l'accès à l'information provenant de sources accessibles de manière générale fait toutefois l'objet de critiques croissantes (2.).

1. L'accessibilité de manière générale à l'information

Alors que l'art. 16 al. 3 Cst. soumet expressément la liberté d'information à la condition qu'une source soit accessible au public¹¹, cette limitation du champ d'application résulte d'une jurisprudence – qui se développe toutefois – de la CEDH¹². Les dispositions du droit international et constitutionnel limitent donc la liberté d'obtenir des informations aux sources accessibles de manière générale, sans cependant préciser quelles informations, catégories ou types d'informations sont considérées comme accessibles de manière générale. Il peut donc être assez difficile de savoir dans le détail si une source d'information est généralement accessible – et relève donc de la protection de la liberté d'information – ou si elle est inaccessible ou secrète et ne donne pas lieu à des demandes d'accès.

En ce qui concerne la définition des sources accessibles de manière générale, il convient de tenir compte de certains aspects qui découlent d'autres droits fondamentaux ou constitutionnels¹³. Selon la Constitution fédérale, les séances parlementaires sont généralement des sources

¹¹ Art. 16 al. 3 Cst.: «Toute personne a le droit de recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles (...).» [souligné par les auteurs].

¹² CourEDH, requête N° 19101/03 du 10 juillet 2006 (Sdružení Jihočeské Matky/Tschechische Republik) § 1.1 : «la liberté de recevoir des informations, mentionnée au paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention, concerne avant tout l'accès à des sources générales d'information» [souligné par les auteurs]; voir aussi MENSCHING, Beck-Komm. EMRK, Art. 10 N 21, ATF 113 Ia 309 consid. 4.a et TF 1P.772/2005 du 6 février 2006 consid. 2 avec les références.

¹³ Voir à ce sujet chap. III.

accessibles (art. 158 Cst.), mais pas les séances des commissions parlementaires. Les registres publics ainsi que les audiences publiques des tribunaux et les prononcés de jugement sont également accessibles de manière générale (art. 16 al. 3 en liaison avec l'art. 30 al. 3 Cst.), mais pas les dossiers de procédures d'enquête pénale¹⁴.

¹¹ En outre, la question de l'accessibilité de manière générale peut être assez controversée. La jurisprudence n'a pas encore réussi, jusqu'à présent, à définir en termes généraux quelles informations et sources d'information doivent être considérées comme généralement accessibles. Les tribunaux se réfèrent à la législation spéciale concrétisant le droit à l'information pour définir le champ d'application de ce dernier.

¹² Ainsi, par exemple, le Tribunal fédéral a considéré que les informations ou les sources d'information qui sont accessibles de manière générale sont «définies dans une large mesure par la formulation et la qualification faites par le constituant et le législateur»¹⁵. Selon cette jurisprudence, il appartient principalement au législateur de déterminer le droit d'accès à l'information, dans le cadre des définitions et des valeurs de la Constitution (et du droit international). Par conséquent, les autorités politiques disposent d'un pouvoir discrétionnaire considérable lorsqu'elles déterminent le droit fondamental d'accès aux documents officiels. C'est essentiellement de leurs décisions législatives que dépend l'accès ou non d'une personne à une source d'information.

1. La critique de la portée limitée du champ d'application et son extension par la jurisprudence

¹³ La limitation du droit à une information généralement accessible ainsi que le large pouvoir discrétionnaire dont dispose le législateur pour déterminer quelles sources sont ou doivent être considérées comme généralement accessibles ont été de plus en plus critiqués ces derniers temps.¹⁶ Dans la doctrine, on fait valoir, entre autres, que l'approche selon laquelle le législateur peut limiter le droit à sa guise est aujourd'hui

¹⁴ Entre autres, ATF 127 I 145, ATF 120 Ia 190, ATF 108 Ia 275.

¹⁵ Entre autres, arrêt du TF 1P.772/2005 du 6 février 2006 consid. 2.

¹⁶ Cf. entre autres : ATF 137 I 8 consid. 2.7, avec dans un *obiter dictum*, une analyse critique exprimée par la doctrine; voir également, KLEY/TOPHINKE, SGK BV, Art. 16 N 37 avec la référence à un arrêt de la CourEDH; HERTIG, BSK BV, Art. 16 N 33 avec les références.

dépassée. Au contraire, tout refus d'accès à une information ou à un document doit être considéré comme une ingérence dans la liberté d'information et examiné sur la base des motifs justificatifs habituels¹⁷.

Cette critique s'inscrit dans le cadre d'une évolution juridique vers plus de transparence de l'Etat, qui a été reprise par le législateur et qui n'a pas laissé les tribunaux indifférents. Avec la consécration légale du principe de transparence dans l'administration, que la Confédération et les cantons ont mis en œuvre, la transparence – et l'obligation de justifier le secret – est clairement affirmé¹⁸. Sous l'influence notamment de la jurisprudence de Strasbourg, le Tribunal fédéral a également assoupli sa position sur la question de l'accessibilité des sources d'information et limité le pouvoir discrétionnaire des autorités chargées de l'élaboration et de l'application des lois.

14

Dans un arrêt de 2006, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'existant pas de droit fondamental à pouvoir filmer dans une prison. Les prisons n'étant généralement pas accessibles, les professionnels des médias ne pouvaient pas invoquer la liberté d'information¹⁹. Dans l'ATF 137 I 8, le Tribunal fédéral – tout en reprenant un arrêt de la CourEDH²⁰ – a toutefois nuancé sa décision antérieure dans un *obiter dictum* et s'est demandé s'il entendait également à l'avenir s'en tenir à sa jurisprudence restrictive. Bien que se fondant – comme la Cour européenne des droits de l'Homme – sur la liberté des médias et non sur la liberté d'information, le Tribunal fédéral a d'abord affirmé le droit d'une personne travaillant dans les médias d'accéder à un établissement pénitentiaire. Ensuite, dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a également répondu aux critiques exprimées par la doctrine à propos de son précédent arrêt sur l'accessibilité de manière générale à une source d'information. Selon la doctrine, la limitation aux sources généralement accessibles «apparaît insatisfaisante et ne se justifie guère aujourd'hui, car la transparence indispensable à une société démocratique peut difficilement être assurée lorsque l'Etat détermine lui-même, pour l'essentiel, le champ d'activité en matière d'information et, par sa décision sur l'accessibilité au public, définit en même temps lui-même de manière contraignante la portée du champ d'application du droit fondamental de la liberté d'information». Enfin, le Tribunal fédéral a considéré qu'au vu de cette critique exprimée par la doctrine et de ses propres déclarations dans la nouvelle décision concernant la liberté des médias, il semblait «douteux» que la jurisprudence sur la liberté d'information puisse être maintenue conformément à sa décision antérieure. Le Tribunal fédéral a

¹⁷ HERTIG, BSK BV, Art. 16 N 25; MÜLLER/SCHEFER, 541; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II, N 566.

¹⁸ Voir la contribution de NICOLAS SCHMITT sur la genèse de la LInf dans cet ouvrage. Ainsi, grâce à la consécration du principe de transparence, le grand public peut accéder à davantage d'informations qu'à l'époque du principe du secret; voir aussi MABILLARD/PASQUIER, 301 ss; SUTTER, Digma 2004, 150 ss.

¹⁹ Arrêt TF 1P.772/2005 du 6 février 2006.

²⁰ CourEDH, requête N 34124/06 du 21 juin 2012 (Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG/Schweiz).

toutefois laissé cette question ouverte, car les faits de l'ATF 137 I 8 relevaient de la protection de la liberté des médias alors que la question de la pesée des intérêts et le test de proportionnalité à effectuer pour déterminer la légalité d'une restriction à cette liberté étaient les mêmes que pour la liberté d'information²¹.

La question de savoir si l'on peut suivre le point de vue exprimé par la doctrine, selon lequel les explications du Tribunal fédéral dans l'ATF 137 I 8 consid. 2.7 doivent être comprises en ce sens que le Tribunal fédéral a qualifié de douteuse la limitation du champ d'application de la liberté d'information aux sources accessibles de manière générale, ou si le Tribunal fédéral est plutôt d'avis que, dans sa décision antérieure, l'accès à l'établissement pénitentiaire aurait dû être accordé au moins sur la base de la liberté des médias, peut être laissée ouverte à ce stade. Les deux interprétations des positions du Tribunal fédéral ont en commun que le droit d'accès à l'information tend à être accordé de manière plus généreuse. Si la limitation du champ d'application de la liberté d'information aux sources généralement accessibles devait être complètement abandonnée, cela nécessiterait probablement une modification de la Constitution²². Dans ces conditions, il semble plus facile d'interpréter très largement la notion de sources accessibles de manière générale et de concevoir le principe de la transparence de l'Etat de manière toujours plus large et les exceptions au principe de transparence de manière toujours plus étroite. Le champ d'application de la liberté d'accès à l'information peut également être élargi en déduisant des droits à l'information d'autres droits fondamentaux, comme celui de la liberté des médias²³.

Cette dernière voie a été empruntée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans son arrêt Magyar Helsinki Bizottság/Hongrie du 8 novembre 2016, elle a jugé que l'art. 10 CEDH garantit non seulement le droit de recevoir et de diffuser des informations sans ingérence, mais aussi le droit d'obtenir des informations détenues par les autorités publiques²⁴. Le fait que la CEDH contienne également une garantie d'accès à l'information n'était pas clair jusqu'à cet arrêt²⁵. Contrairement à l'art. 19 du Pacte ONU II et à l'art. 16 Cst., l'art. 10 CEDH ne garantit pas explicitement le droit d'accès à l'information. La Cour européenne des droits de l'Homme – se référant à la consécration d'un tel droit d'accès à l'information dans presque tous les Etats contractants ainsi que dans

²¹ Pour le tout: ATF 137 I 8, en particulier consid. 2.7.

²² D'autant plus que la réserve de l'accessibilité générale des sources – comme déjà expliqué (chap. II A. 1. ci-dessus) – est explicitement ancrée dans le texte de la constitution fédérale.

²³ Cf. les explications du chap. III. B.

²⁴ CourEDH, requête N° 18030/11 du 8 novembre 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn).

²⁵ Cf. la jurisprudence de la CourEDH citée par la CourEDH, dans la requête N° 18030/11 du 8 novembre 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn) N° 126 ss, notamment les références des arrêts principaux CourEDH Serie A N° 116 du 26 mars 1987 (Leander/Suède), CourEDH Serie A N° 160 du 7 juillet 1989 (Gas-kin/Royaume-Uni), mais aussi des décisions plus récentes de la CourEDH telles que la requête N° 42639/04 du 13 septembre 2005 (Royaume-Uni).

divers traités internationaux, y compris le Pacte ONU II²⁶ – a affirmé un droit d'accès à des informations détenues par les autorités publiques sur la base de l'art.10 CEDH. La Cour européenne des droits de l'Homme subordonne l'existence d'un tel droit à quatre conditions. Premièrement, l'accès à l'information doit être effectivement nécessaire à l'exercice de la liberté d'opinion; le but et l'objectif de l'accès à l'information doivent donc être l'exercice de la liberté d'opinion²⁷. Deuxièmement, les informations demandées doivent être d'intérêt public²⁸. Troisièmement, on suppose que «the person seeking access to the information in question does so with a view to informing the public in the capacity of a public 'watchdog'» qui, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, s'applique ou pourrait s'appliquer notamment aux journalistes, aux ONG, aux chercheurs universitaires, aux auteurs d'ouvrages traitant des «matters of public concern» ou encore le cas des blogueurs²⁹. Enfin, les informations demandées doivent être «ready and available»³⁰. Dans sa décision, la Cour européenne des droits de l'Homme a qualifié le refus d'accès à des informations provenant de sources qui ne sont pas généralement accessibles de violation de l'art.10 de la CEDH.

La doctrine a estimé, après ces arrêts, que le Tribunal fédéral et la Cour européenne des droits de l'Homme avaient élargi le champ d'application du droit d'accès à l'information et, en particulier, la notion de sources généralement accessibles³¹. Le constat est sans aucun doute correct. Il ne faut toutefois pas oublier que le Tribunal fédéral, dans l'ATF 137 I 8, a (encore) laissé ouverte la question d'une extension du champ d'application et que la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas non plus expressément étendu le champ d'application du droit d'accès à l'information. Elle a plutôt déduit de la liberté d'opinion prévue à l'art. 10 de la CEDH un droit fondamental d'accès à l'information, subordonné à différentes conditions.

Comme le Tribunal fédéral, la Cour européenne des droits de l'Homme n'a donc pas tant affirmé un droit général d'accès à l'information fondé sur la liberté d'information, mais a plutôt fait dériver un droit d'accès à l'information de la liberté d'opinion et de la liberté des médias. Néan-

15

16

²⁶ CourEDH, requête N° 18030/11 du 8 novembre 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn) N° 138 ss.

²⁷ CourEDH, requête N° 18030/11 du 8 novembre 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn) N° 157 s.

²⁸ CourEDH, requête N° 18030/11 du 8 novembre 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn) N° 160 ss.

²⁹ CourEDH, requête Nr. 18030/11 du 8 novembre 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn) N° 164 ss.

³⁰ CourEDH, requête N° 18030/11 du 8 novembre 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn) N° 169 ss.

³¹ Cf. notamment HERTIG, BSK BV, Art. 16 N 33 s.; concernant la CEDH, cf. FLÜCKINGER/JUNOD, Jusletter 27 février 2017.

moins, la jurisprudence récente indique que le droit à l'information limite le pouvoir de décision de l'Etat en matière d'accès à l'information et aux documents. Il est vrai que l'information doit être accessible et disponible pour qu'un droit existe. Toutefois, si une information disponible est d'intérêt public et que celui qui demande l'information poursuit l'objectif de la rendre accessible au public, le destinataire de ce droit fondamental ne peut pas rejeter la demande en faisant valoir que l'information n'est pas accessible de manière générale. Des développements similaires apparaissent également dans le domaine du droit international public. Le rapporteur spécial des Nations-Unies sur la liberté d'opinion a, par exemple, déclaré dans un rapport que le droit d'accès à l'information en vertu de l'art. 19 du Pacte ONU II n'est pas limité aux informations provenant de sources généralement accessibles, mais se réfère à toutes les informations qui sont «of public interest»³². Dans ce contexte, l'intérêt public doit être interprété de manière très large³³.

B. L'accès aux sources non accessibles de manière générale selon le droit cantonal

17 En droit international et en droit constitutionnel, la portée du droit d'accès aux informations et aux documents de l'Etat n'a pas été résolue de manière définitive. Si le droit – tel qu'il est expressément prévu dans la Constitution fédérale – ne s'applique qu'aux sources accessibles de manière générale, la question se pose de savoir quelle est la marge de manœuvre dont disposent les autorités étatiques pour décider de l'accessibilité et quand les tribunaux peuvent, par exemple sur la base de l'intérêt public de l'information, en ordonner l'accès. Au niveau du canton de Fribourg, ces questions ne semblent pas se poser à première vue car la constitution cantonale ne subordonne pas le droit fondamental d'accès à l'information à l'accessibilité générale des sources (1.). Cependant, lorsqu'il s'agit des exceptions légales à la transparence ou à l'accessibilité de l'information, les mêmes questions se posent au final (2.).

³² Rapport des «United Nations Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression» sur le droit d'accès à l'information du 4 septembre 2013 [A/68/362], notamment N° 18 s.

³³ «Joint Declaration» des «United Nations Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression», des «Representative on Freedom of the Media of the Organization for Security and Co-operation in Europe» et le «Special Rapporteur on Freedom of Expression of the Organization of American States» du 6 décembre 2004.

1. Le droit constitutionnel d'accès aux informations qui ne sont pas accessibles de manière générale

La constitution cantonale du canton de Fribourg consacre un droit fondamental d'accès à l'information³⁴ qui va plus loin que les garanties correspondantes de la Constitution fédérale, de la CEDH et du Pacte ONU II. Contrairement aux garanties (minimales) du droit supérieur, l'art. 19 Cst. Fribourg ne limite pas le droit d'accès à l'information aux informations provenant de sources accessibles de manière générale. Ainsi, selon le libellé de l'art. 19 al. 2 Cst. Fribourg, le droit à l'information est garanti et toute personne peut consulter des documents officiels, pour autant qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose. Cela signifie que les documents officiels – qu'ils soient accessibles de manière générale ou non – peuvent être consultés, pour autant que la pesée des intérêts ne s'y oppose pas³⁵. Dans le Message fédéral concernant la garantie de la Constitution du canton de Fribourg du 22 décembre 2004, l'art. 19 al. 2 Cst. a été explicitement mentionné comme une disposition qui va au-delà des garanties du droit fédéral³⁶.

Lors de l'introduction du principe de transparence aux documents administratifs, le canton de Fribourg a choisi d'ancrer dans la Constitution un droit d'accès aux documents officiels en tant que droit fondamental subjectif. Tous les cantons ne l'ont pas fait - bien que le principe de transparence des documents administratifs soit désormais appliqué dans tous les cantons³⁷. Par exemple, certains cantons ont introduit le droit d'accès au niveau législatif mais ne l'ont pas inscrit dans leur constitution cantonale. D'autres l'ont inscrit dans leur constitution cantonale, non comme un droit fondamental, mais comme un principe de l'activité de l'Etat. Dans le message, le Conseil d'Etat fribourgeois souligne également l'importance particulière que le canton souhaite accorder au droit d'accès à l'information: «en mettant sur le même pied droit d'accès aux documents et droit à la protection des données personnelles, la Constitution fribourgeoise empêche d'accorder la priorité à la protection des données (comme le font p. ex. les lois JU, GE ou même fédérale): le caractère relativement absolu de celle-ci doit donc être relativisé. L'inverse est également vrai : la transparence de l'administration ne doit pas devenir une transparence des administré-e-s. – Enfin, les limites du droit d'accès que le projet a été chargé de fixer doivent respecter les principes applicables à toute restriction d'un droit fondamental».³⁸

18

³⁴ Art.19 Cst. Fribourg.

³⁵ Cf. BARRELET, 161 ss.

³⁶ Message concernant la garantie de la Constitution du canton de Fribourg, FF 2005, 366 s.

³⁷ Pour un aperçu de la réglementation dans les cantons de Suisse romande cf. BOIL-LAT/WERLY, ASDPO, Annuaire 2019/2020.

³⁸ Pour le tout: Message LInf, 934.

19 Le canton de Fribourg s'est ainsi clairement prononcé en faveur d'un droit fondamental d'accès aux informations officielles. Comme le souligne le Conseil d'Etat, ceci est important à plusieurs égards³⁹.

- Premièrement, le droit fondamental d'accès à l'information se trouve ainsi sur le même plan que le droit fondamental à la protection de la vie privée et contre l'utilisation abusive des données à caractère personnel, ce qui empêche que le droit de l'individu à l'autodétermination en termes d'information prime sur le droit des autres individus à l'information, et que le droit d'obtenir des informations soit automatiquement perdant lors de la mise en balance des deux revendications⁴⁰.
- Deuxièmement, le droit constitutionnel permet aux tribunaux de contrôler non seulement les décisions individuelles mais aussi les lois d'exécution à l'aune du droit constitutionnel et de refuser d'appliquer des lois violant le principe de proportionnalité⁴¹. Grâce à la garantie complète d'accès prévue par le droit cantonal, les normes créées par le législateur n'apparaissent pas comme des définitions du champ d'application des droits fondamentaux, mais comme des limitations au droit fondamental, qui peuvent et doivent être examinées selon les critères habituels (niveau normatif, densité normative, intérêt public et proportionnalité).

2. *La mise en œuvre du droit fondamental dans la LInf*

20 Tout comme la liberté d'obtenir des informations est garantie par la Constitution fédérale et le droit international, le droit d'accès à l'information prévu par le droit cantonal doit être précisé dans une loi d'exécution. Parce que la LInf met en œuvre une exigence constitutionnelle qui va plus loin que le droit fédéral et international, la loi qui comme la constitution cantonale, ne comporte aucune réserve quant à l'accessibilité générale de la source d'information, va aussi *a priori* au-delà des exigences du droit supérieur.

³⁹ Sur la concrétisation du droit d'accès à l'information officielle au niveau constitutionnel dans le canton de Fribourg et ses effets, voir également VOLLERY, RFJ/FZR 2009, N 36 ss.

⁴⁰ Cf. sur la concurrence et la collision des droits fondamentaux, voir BELSER/WALDMANN/MOLINARI, chap. 8; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 7; sur la relation entre le droit à l'information du public et la protection des données dans le contexte de la LInf voir aussi VOLLERY, RFJ/FZR 2009, N 19 ss.

⁴¹ Sur le contrôle abstrait des normes, voir entre autres, BELSER/WALDMANN/MOLINARI, chap. 9 N 13.

En définissant les termes et en organisant la pesée des intérêts, la LInf influence également le champ de protection matériel de la liberté d'information. Tout d'abord, elle précise le cercle des informations généralement accessibles en définissant dans son chapitre 2.1 les séances qui sont publiques⁴². En particulier, elle qualifie comme publiques les séances plénières des autorités législatives⁴³, celles des autres organes délibératifs de personnes morales de droit public⁴⁴, les débats et les prononcés de jugement des autorités judiciaires⁴⁵. Elle répond ainsi aux exigences des droits fondamentaux, selon lesquelles ces sources doivent précisément être accessibles à tous⁴⁶. A ce stade, il est toutefois intéressant de noter que la LInf introduit une certaine réserve à l'accessibilité générale «par la petite porte» en désignant les procès-verbaux des séances non publiques comme non accessibles selon l'art. 29 al. 1 lit. b sous l'intitulé «Cas particuliers – Accès exclu».

Au chapitre 3, «Accès aux documents officiels»⁴⁷, la LInf concrétise également le droit fondamental d'accès aux documents officiels prévu par la constitution fribourgeoise. Par exemple, la LInf contient une définition de la notion de «document officiel»⁴⁸. A première vue, cette définition suppose un caractère large. Il s'agit non seulement de toutes les informations enregistrées sur tout support et relatives à l'exécution d'une tâche publique, mais aussi des documents créés par un procédé électronique dans lequel les informations en question sont extraites d'une base de données⁴⁹. Toutefois, par exemple *a contrario*, les informations qui ne sont pas stockées sur un support informatique ou qui doivent d'abord être créées, mais qui ne peuvent pas être «simplement» extraites d'une base de données ne sont pas concernées. On peut donc affirmer que, selon la conception des règles relatives au stockage sur un support informatique ou sur l'enregistrement dans une base de données,

⁴² Art. 4–7 LInf.

⁴³ Art. 4 al. 1 lit. a LInf.

⁴⁴ Art. 4 al. 1 lit. b LInf ; Ceci au moins dans la mesure où la composition de ces organes est comparable à celle d'une assemblée générale ou d'une assemblée de délégués.

⁴⁵ Art. 4 Al. 1 lit. c LInf.

⁴⁶ Cf. chap. II. A. 1 (également chap. III. B).

⁴⁷ Art. 20–30 LInf.

⁴⁸ Art. 22 al. 1–3 LInf; cf. aussi Message LInf, 944, la notion de «document officiel» est définie plus ou moins de la même manière partout en Suisse et dans les recommandations du Conseil de l'Europe, on ne peut donc pas vraiment s'en écarter; à propos de l'expression «document officiel» cf. aussi VOLLERY, RFJ/FZR 2009, N 44 ss.

⁴⁹ Art. 22 al. 1 et 2 LInf.

le champ d'application du droit d'accès à l'information peut être plus ou moins limité en pratique. En vertu de l'art. 22 al. 3 LInf, les documents qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration ou qui sont destinés à un usage personnel ne sont pas des documents officiels. Ici aussi, il existe une certaine marge de manœuvre, en partie due à la pratique consistant à déterminer quand un document est considéré comme ayant atteint son stade définitif d'élaboration. En outre, la LInf contient également des règles concernant la pesée des intérêts à effectuer dans le cadre de la décision d'accorder ou de refuser l'accès à un document officiel⁵⁰. Ces questions seront abordées dans le chapitre sur les limitations du droit fondamental d'accès à l'information⁵¹.

²³ A l'heure actuelle - pour autant que l'on puisse en juger - aucun droit d'accès à l'information au-delà du droit d'accès aux documents officiels accordé en vertu de LInf n'a (encore) été déduit par la jurisprudence sur la base de l'art. 19 al. 2 Cst. Fribourgeoise⁵². Cependant, une telle interprétation du champ d'application matériel du droit fondamental constitutionnel d'accès à l'information, allant au-delà de LInf, n'est pas théoriquement exclue. Par exemple, une extension du champ d'application à (certains types) d'informations non couvertes par la définition légale d'un document officiel serait concevable. Dans ce cas, la LInf ne serait plus conforme à la constitution cantonale ou aux droits fondamentaux. On peut toutefois se demander si le législateur ne choisira pas plutôt la voie d'une modification de la loi (LInf) en cas de changement éventuel dans la détermination des informations auxquelles le droit d'accès du public s'étend ou devrait s'étendre. Ce fut le cas, par exemple, après la ratification de la Convention d'Aarhus par la Suisse, à la suite de laquelle la LInf a été modifiée en conséquence⁵³.

III. La gestion des conflits entre droits fondamentaux

²⁴ Le droit « général » d'accès à l'information qui découle de la liberté d'information a une portée différente en fonction de la loi applicable et peut prêter à discussion dans ces cas particuliers. Cependant, dans de

⁵⁰ Art. 25–30 LInf.

⁵¹ Chap. III.

⁵² Ou également sur la base de la CEDH respectivement de l'art. 16 Cst. fédérale.

⁵³ Cf. Message sur la modification de la LInf, 2647 ss; Concernant la mise en œuvre de la Convention d'Aarhus en Suisse, cf. ERRASS, URP 2004, 47 ss et FLÜCKIGER, URP 2009.

nombreux cas, le devoir d’information des autorités (A.) ou d’autres garanties concurrentes des droits fondamentaux créent un droit « spécial » d’accès à l’information (B.) et complètent ainsi la liberté de recherche d’informations.

A. L’obligation pour les organes publics de fournir des informations

L’accès aux informations et aux documents officiels de l’Etat peut résulter du fait qu’un organisme public est tenu d’informer activement le public. Contrairement à l’obligation passive d’informer, selon laquelle les informations doivent être divulguées sur demande, les destinataires des droits fondamentaux sont tenus de divulguer les informations pertinentes de leur propre chef dans le cas de l’obligation active d’informer.⁵⁴ Un tel devoir actif d’informer en tant que devoir général des organes publics ne peut découler ni du droit international⁵⁵ ni de la liberté d’information⁵⁶ garantie par le droit constitutionnel fédéral ou cantonal.

Cependant, des obligations d’information sont partiellement prévues par la loi. Par exemple, le Conseil fédéral est tenu de veiller à l’information du public (art. 10 al. 1 LOGA). Sous réserve de dispositions particulières pour la protection d’intérêts publics ou privés prépondérants, il doit assurer une information cohérente, rapide et continue sur son appréciation de la situation, sa planification, ses décisions et les mesures qu’il prend. (art. 10 al. 2 et 3 LOGA). Il est également tenu d’entretenir des relations avec le public (art. 11 LOGA). Enfin, le porte-parole du Conseil fédéral, en collaboration avec les services de l’administration fédérale, doit veiller à ce que des mesures appropriées soient prises pour informer le public (art. 34 al. 1 LOGA).

25

26

27

⁵⁴ BARRELET, 161 s.; BRUNNER, ZBl 111/2010, 599; EPINEY/FASNACHT/PIRKER/REITEMEYER, chap. A. N 6; FLÜCKIGER, URP 2009, 752; HERTIG, BSK BV, Art. 16 N 28.

⁵⁵ Cf. Concernant art. 10 CEDH entre autres: CourEDH, requête Nr. 18030/11 du 8 novembre 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn) N° 127 s. avec les références à d’autres jurisprudences.

⁵⁶ Cf. Concernant l’art. 16 Cst. féd. entre autres: ATF 113 Ia 309 consid. 4.b, toutefois, à cette époque, la liberté d’information n’était qu’un droit fondamental non écrit.

Certaines obligations d’information de l’Etat peuvent également être déduites des art. 2 et 8 de la CEDH⁵⁷. Toutefois, ces obligations d’information active ne vont pas très loin ; le domaine d’application le plus important est l’obligation d’informer activement en cas de danger (imminent) pour la santé humaine. La Convention d’Aarhus est donc plus importante pour les devoirs d’information active en matière d’environnement.⁵⁸ Elle contient d’autres obligations d’information plus générales, telles que l’obligation de publier un rapport sur l’état de l’environnement⁵⁹ et l’obligation de diffuser des documents officiels et les bases légales⁶⁰. Toutefois, étant donné que ces obligations d’information active sont décrites en termes très généraux et qu’elles sont aussi partiellement nuancées par des formulations telles que «dans le cadre de la législation nationale»⁶¹ ou «(publication de faits et d’analyses des faits) qui, de son avis (celui de la Partie à la Convention d’Aarhus), sont pertinents et importants pour élaborer les propositions concernant les mesures essentielles à prendre en matière d’environnement»⁶², il existe une marge d’appréciation relativement large dans le domaine de l’obligation d’information active⁶³.

- 28 L’art. 8 al. 1 let. a de la LInf contient une obligation active de fournir des informations. Selon cette disposition, les organismes publics ont le devoir de veiller à ce que le public reçoive régulièrement des informations générales sur leurs activités. Toutefois, cette obligation active de fournir des informations peut également être limitée en cas d’intérêt public ou privé prépondérant⁶⁴. En ce qui concerne les modalités de l’information, la LInf dispose que l’information doit être fournie rapidement et être objective, complète, pertinente et claire, et qu’elle doit être diffusée par les moyens de communication appropriés, principalement par les médias et les technologies modernes de communication⁶⁵. Ce devoir général d’information des autorités était déjà reconnu en principe dans le canton de Fribourg avant l’introduction de la LInf, ceci dans différentes

⁵⁷ Cf. CourEDH, requête N° 48939/99 du 30 novembre 2004 (Öneryildiz/Türkei) N° 89 ss; EGMR, requête N° 14967/89 du 19 février 1998 (Guerra et autres/Italien) N° 56 ss.

⁵⁸ Art. 5 Convention d’Aarhus, cf. ausi EPINEY/FASNACHT/PIRKER/REITEMEYER, en particulier chap. B. II. N 19 ss; ERRASS, URP 2004, 69 ss.

⁵⁹ Art. 5 al. 4 Convention d’Aarhus.

⁶⁰ Art. 5 al. 5 Convention d’Aarhus.

⁶¹ Art. 5 al. 2 Convention d’Aarhus.

⁶² Art. 5 al. 7 lit. a Convention d’Aarhus.

⁶³ EPINEY/FASNACHT/PIRKER/REITEMEYER, notamment chap. F. II. N 239 ss.

⁶⁴ Art. 10 al. 1 LInf.

⁶⁵ Art. 9 LInf.

lois spéciales et sous différentes formes⁶⁶. En inscrivant l’obligation active d’informer dans la LInf, elle a toutefois été déclarée d’application générale - du moins pour les organes qui font partie du champ d’application de la loi (art. 8 et 9 LInf)⁶⁷.

En reconnaissant une obligation active d’information non seulement dans le domaine de l’environnement, mais pour les activités des organismes publics en général, la LInf va fondamentalement au-delà du niveau d’information (active) requis par le droit fondamental. Contrairement à d’autres cantons, où l’obligation active d’informer est limitée aux activités d’intérêt général⁶⁸, la LInf va relativement loin en ne prévoyant pas une telle limitation. Les organismes publics ne peuvent donc pas s’abstenir de fournir activement des informations en arguant que l’activité concernée n’est pas d’intérêt général. Cependant, dans la pratique, il y aura probablement une certaine sélection des informations publiées.⁶⁹ La question de savoir si les autorités remplissent suffisamment leur obligation active de fournir des informations dans le cadre de la LInf ne peut être déterminée qu’en examinant la pratique. L’inscription dans la loi sur la liberté d’information d’une obligation active d’une portée assez étendue de fournir des informations (du moins en théorie), qui ne se limite pas aux activités d’intérêt public, doit toutefois être appréciée de manière positive. En effet, ce n’est pas aux autorités elles-mêmes de déterminer ce qui est d’intérêt public et ce qui ne l’est pas.

29

B. L’accès à l’information fondé sur d’autres droits fondamentaux

Dans certaines circonstances, une prétention plus étendue (ou concurrente) d’accès à l’information peut être dérivée de droits fondamentaux autres que la liberté de recherche d’informations. Par exemple, un droit d’accès à l’information peut découler de la liberté des médias ou de la science (art. 17 et 20 Cst.), du principe de la公开ité de la justice (art. 30 al. 3 Cst.), du droit d’être entendu (selon l’art. 29 al. 2 Cst.), des droits politiques fondamentaux (art. 34 Cst.) ou du droit à l’autodétermination

30

⁶⁶ Message LInf, 965 pour un aperçu des activités d’information d’office en Suisse cf. BRUNNER, ZBl 111/2010, 598.

⁶⁷ Message LInf, 965.

⁶⁸ Entre autres, art. 16 al. 1 IG BE, art. 4 al. 1 OeffG SG, art. 3 al. 1 LInf VD, § 14 Al. 1 IDG ZH.

⁶⁹ Cf. la contribution de NICOLAS SCHMITT sur les Voix de la pratique dans cet ouvrage.

en matière d'information (art. 13 Cst.) ou, par exemple, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, peut être reconnu sur la base des art. 2 et 8 CEDH⁷⁰.

Dans la pratique, on constate que le droit général à l'information découlant de la liberté d'information est généralement relégué au second plan par rapport au droit d'accès à l'information découlant d'autres droits fondamentaux. Le Tribunal fédéral a ainsi examiné dans ces cas concernant tant la liberté des médias que la liberté d'information, si la liberté des médias était concernée et, dans l'affirmative, il a indiqué que la question de savoir si, outre la liberté des médias, la liberté d'information était également concernée pouvait rester ouverte. Le Tribunal fédéral justifie que la pesée des intérêts et le contrôle de proportionnalité à effectuer dans le cadre de l'art. 36 Cst. restent les mêmes, que ce soit au titre de la liberté d'information ou de la liberté des médias⁷¹. En conséquence, il semble assumer la subsidiarité de la liberté de recherche d'informations. En ce qui concerne le principe de la publicité de la justice (art. 30 al. 3 Cst.), le Tribunal fédéral a explicitement indiqué que ce principe concrétise la liberté d'information dans le domaine des procédures judiciaires⁷².

Le chapitre précédent a déjà mentionné deux décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme dans lesquelles elle a déduit un droit à l'information du droit à la vie et du droit au respect de la vie privée et familiale⁷³. En ce qui concerne la décision dans l'affaire Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie, également citée ci-dessus, on pourrait même soutenir que la Cour européenne des droits de l'Homme - même si elle se réfère explicitement au droit à l'information en tant que découlant de l'art. 10 CEDH – n'a pas déduit ce droit directement d'un droit général d'accès à l'information, mais l'a plutôt conçu comme un aspect partiel de la liberté d'opinion⁷⁴ en lien avec d'autres droits fondamentaux tels que la liberté des médias. En particulier, les conditions d'accès, selon lesquelles l'information doit être nécessaire à l'exercice de la liberté d'opinion et la personne qui demande l'information doit revendiquer son rôle de «public watchdog», indiquent que la Cour européenne des droits de l'Homme ne reconnaît pas un droit général d'accès à l'information qui serait indépendant des autres droits fondamentaux.

³¹ La LInf tient compte des demandes d'accès à l'information découlant d'autres droits fondamentaux en ce qu'elle ne prévoit pas un catalogue «thématisé» d'exceptions qui excluraient en principe certains documents officiels du droit d'accès. On peut se demander si l'exclusion de l'accès à certains documents, prévue à l'art. 29 al. 1 LInf, à savoir les

⁷⁰ Cf. les arrêts cités dans le chap III A. ci-dessus.

⁷¹ Cf. notamment ATF 137 I 209 consid. 4.2; ATF 137 I 8 consid. 2.7; ATF 141 I 211 consid. 3.1; ATF 143 I 194.

⁷² ATF 137 I 16 consid. 2.2.

⁷³ Cf. les arrêts cités dans le chap III A. ci-dessus.

⁷⁴ Sur cette différence structurelle (liberté d'information en tant qu'aspect partiel de la liberté d'opinion vs. liberté d'information en tant que droit fondamental distinct, bien qu'étroitement lié à la liberté d'expression).

procès-verbaux de réunions non publiques ainsi que les opinions personnelles, les échanges d'idées et les déclarations de nature politique ou stratégique dans les notes internes servant aux réunions des organes publics, est compatible avec les droits fondamentaux spécifiques à l'information, ce qui devra probablement être clarifié dans des cas individuels. Cela est d'autant plus vrai que le droit d'accès à l'information n'est pas absolu, mais peut être restreint, ce qui sera examiné plus en détail dans un chapitre ultérieur⁷⁵.

En ce qui concerne les demandes d'information spécifiques découlant d'autres droits fondamentaux, la LInf se réfère en partie à des législations spécifiques⁷⁶. Cela s'applique aux procédures civiles, pénales, administrative et d'arbitrage en cours et à l'accès d'une personne aux données à caractère personnel la concernant («droit d'accès»).

32

IV. La titularité

Le titulaire d'un droit fondamental est la personne qui peut l'invoquer et faire valoir les droits qui en découlent⁷⁷. En ce qui concerne le droit d'accès à l'information, il est généralement contesté que toute personne physique ou morale peut l'invoquer, quels que soient sa nationalité, son lieu de résidence ou son siège social⁷⁸. Le droit fondamental inscrit à l'art. 19 al. 2 Cst. de Fribourg repose également sur l'hypothèse d'une titularité des droits fondamentaux étendue⁷⁹. La LInf dispose également expressément que toute personne physique ou morale a le droit d'accéder aux documents officiels⁸⁰. Il n'est pas nécessaire que la personne qui invoque le droit d'accès à l'information puisse faire valoir un intérêt (réel ou légal) à accéder à l'information. La liberté d'accès à l'information est en principe inconditionnelle⁸¹. Ce n'est que lors de la pesée avec des intérêts privés et publics opposés (et non lors de la détermination de la titularité) que le but de l'exercice des droits fondamentaux doit être pris en compte. Cela vaut également pour la CEDH. Dans

33

⁷⁵ Chap. V.

⁷⁶ Art. 21 LInf.

⁷⁷ Notamment: BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Chap. 4 N 1 ss; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 5.

⁷⁸ Pour la Cst. voir HERTIG, BSK BV, Art. 16 N 7; concernant la CEDH voir MENSCHING, Beck-Komm. EMRK, Art. 10 N 5.

⁷⁹ Message LInf, 934; également BARRELET, 161 s.

⁸⁰ Art. 20 al. 1 LInf.

⁸¹ BARRELET, 161 s.; Message LInf, 934.

sa décision Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie, la Cour semble supposer que seules les personnes qui exercent une fonction de *public-watchdog* peuvent faire valoir un droit d'accès à l'information⁸². Il est toutefois admis que toute personne bénéficie, en principe, du droit à la liberté d'opinion et d'information en vertu de l'art. 10 CEDH⁸³. En droit européen également, les intérêts des titulaires de droits fondamentaux ne sont donc déterminants que dans le processus de pesée des intérêts.

34 La question de savoir si les personnes morales de droit public, par exemple les municipalités, sont également titulaires du droit d'accès à l'information n'a pas été clarifiée de manière concluante⁸⁴. En principe, les personnes morales de droit public sont les destinataires des droits fondamentaux, et non les titulaires des droits fondamentaux. Toutefois, comme pour les autres droits fondamentaux, les personnes morales de droit public peuvent également être considérées comme des titulaires de droits fondamentaux dans des cas exceptionnels. C'est le cas si elles sont touchées par l'action de l'Etat de la même manière que les particuliers ou si elles sont touchées dans leur droit à l'autonomie garanti par les droits fondamentaux ou par la loi (par exemple, les communautés religieuses reconnues de droit public, les universités). Dans ce cas, l'autorité étatique est simultanément la destinataire des droits fondamentaux et la titulaire des droits fondamentaux⁸⁵.

35 Une appréhension large des droits fondamentaux est étayée par le fait que le droit d'accès à l'information peut en principe être revendiqué par toute personne sans avoir à démontrer un intérêt particulier⁸⁶ et que l'objectif de transparence des processus étatiques est d'autant mieux réalisé que le nombre de personnes pouvant faire valoir des droits fondamentaux est élevé. Dans le même temps, il ne faut toutefois pas oublier que la liberté de recherche d'informations (à l'instar d'autres droits fondamentaux) est conçue pour permettre aux particuliers de faire valoir des droits contre l'Etat⁸⁷ – et non pour permettre à un acteur étatique de faire valoir des droits contre un autre. Il semble donc judicieux, même dans le domaine de la liberté de recherche d'informations, de s'en tenir aux règles générales selon lesquelles les personnes morales de droit public

⁸² Cf. chap. II. B. 2.

⁸³ Cf. MENSCHING, Beck-Komm. EMRK, Art. 10 N 5.

⁸⁴ Cf. aussi les commentaires sur cette problématique dans la contribution de BERNHARD WALDMANN dans cet ouvrage (en particulier N 18 et n. 44).

⁸⁵ Cf. pour l'ensemble notamment: BELSER/WALDMANN/MOLINARI, chap. 4 N 19 ss; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 5 N 23 ss.

⁸⁶ Ceci, du moins selon l'art. 19 Cst. Fribourg; cf. aussi Message LInf, 934.

⁸⁷ Notamment KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 4 N 1.

ne sont qu’exceptionnellement titulaires de la liberté d’information. Toutefois, comme d’autres personnes, elles peuvent également être en mesure d’invoquer d’autres droits fondamentaux (par exemple, la liberté de religion, la liberté de la science, les droits procéduraux) afin d’obtenir l’accès à l’information. Si, en revanche, les personnes morales de droit public ne sont touchées ni de la même manière que les particuliers ni dans leur autonomie, elles ne peuvent pas invoquer la liberté de recherche d’informations. Dans ces cas, elles doivent être orientés vers la voie de l’assistance administrative⁸⁸.

V. Les restrictions

Le droit fondamental d’accès à l’information – qu’il découle de la liberté d’information ou d’un autre droit fondamental – n’est pas absolu⁸⁹, mais peut être légalement restreint sous certaines conditions⁹⁰. Ces exigences diffèrent en fonction de la source de droit - et parfois aussi en fonction du droit fondamental. Ainsi, dans le champ d’application de la Constitution fédérale, c’est l’art. 36 prévoyant que les restrictions aux droits fondamentaux nécessitent une base légale, les restrictions graves devant être prévues par une loi au sens formel (al. 1), et devant être justifiées par un intérêt public ou la protection des droits fondamentaux d’autrui (al. 2) et être proportionnées (al. 3), qui est déterminant. Cette règle a été reprise quasi telle quelle à l’art. 38 Cst. de Fribourg. La CEDH ne contient pas de règle générale sur les atteintes aux droits fondamentaux, mais précise les conditions de restrictions dans les articles correspondants⁹¹. En général - et en particulier sur la base de la jurisprudence de la CourEDH - on peut toutefois dire que, même selon la CEDH, une restriction à un droit fondamental nécessite une base juridique et doit être nécessaire dans une société démocratique⁹².

⁸⁸ Cf. Sur la relation entre la LInf et l’assistance administrative, la contribution de FLORIAN BERGAMIN/CLAUDIA HÖCHNER dans ce volume, chiffre V.A.

⁸⁹ Cf. à titre d’exemple ATF 143 I 194 consid. 3.1 s.; CourEDH, requête N° 18030/11 du 8 novembre 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn); également HERTIG, BSK BV, Art. 16 N 35 ss; MENSCHING, Beck-Komm. EMRK, Art. 10 N 36 ss; sur les limites du droit à l’information selon la LInf cf. VOLLEY, RFJ/FZR 2009, N° 49 ss.

⁹⁰ Concernant les restrictions des droits fondamentaux en général parmi beaucoup d’autres: BELSER/WALDMANN/MOLINARI, chap. 7; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 9.

⁹¹ BELSER/WALDMANN/MOLINARI, chap. 7 N 16 ss.

⁹² Cf. IBID., 7 N 17 avec les références à la jurisprudence de la CourEDH.

³⁷ Nous présentons ci-après quelques réflexions sur la base légale, notamment sur la densité normative, ainsi que sur la pesée des intérêts, et évaluons la LInf à cet égard. L'examen de la proportionnalité n'est pas abordé en détail, car il est principalement pertinent dans le cadre d'un cas particulier.

Certains des problèmes abordés ci-dessous - notamment en ce qui concerne la pesée des intérêts - se posent, selon la source juridique ou l'interprétation de cette source juridique, soit dans le domaine de la définition du champ de protection du droit d'accès à l'information, soit dans l'évaluation d'une restriction. Comme expliqué ci-dessus, la LInf, en tant que loi d'application, définit le champ de protection du droit fondamental d'accès à l'information, c'est-à-dire qu'elle définit (partiellement) l'existence d'un droit d'accès. D'autre part, elle fournit également une base juridique pour la restriction du droit fondamental d'accès à l'information.

A. Base légale et exigences

³⁸ La LInf fournit une base juridique formelle et peut donc – sous réserve du respect des autres conditions de restriction – également justifier une restriction grave au droit fondamental d'accès à l'information.

³⁹ Cependant, toutes les bases juridiques ne sont pas suffisantes pour justifier les atteintes aux droits fondamentaux. En outre, le principe de légalité et la sécurité juridique (prévisibilité et prédictibilité de l'action de l'Etat), exigent que la norme juridique qui prévoit une restriction aux droits fondamentaux doit être suffisamment et adéquatement précise. La norme juridique doit être «formulée avec une précision telle que les justiciables puissent se comporter en conséquence et reconnaître les conséquences de certains comportements avec un degré de certitude adapté aux circonstances»⁹³. Toutefois, le degré de certitude requis ne peut être déterminé de manière abstraite en ce qui concerne la densité normative nécessaire. Elle dépend plutôt, entre autres, «de la diversité des circonstances à régler, de la complexité et de la prévisibilité des décisions requises dans le cas d'espèce, des destinataires de la norme, de la gravité de l'atteinte aux droits constitutionnels et de la décision qui n'est possible et appropriée qu'en concrétisant le cas d'espèce»⁹⁴. Le fait que la base légale permettant une restriction aux droits fondamentaux accorde à l'autorité compétente une marge d'appréciation n'est donc pas exclu en soi. Par exemple, il n'est pas possible de renoncer complètement à

⁹³ Notamment ATF 139 I 280 consid. 5.1.; ATF 125 I 361 consid. 4.a., les deux avec les références.

⁹⁴ ATF 141 I 201 consid. 4.1.

l'utilisation de termes généraux qui ne peuvent pas être formellement définis sans ambiguïté, mais doivent être interprétés par l'autorité. A défaut, la diversité des circonstances ne pourrait être prise en compte. Ainsi, les obligations de prévisibilité sont moins strictes «s'il s'agit de réglementer des circonstances différentes dans lesquelles des différenciations sont appropriées dans l'intérêt de la flexibilité ou de la justice dans des cas individuels»⁹⁵.

Dans le domaine du droit d'accès à l'information en particulier, il faut, dans la plupart des cas, mettre en balance les intérêts contradictoires (publics et privés) au maintien du secret ou à la publication. Le champ d'application de la LInf en tient compte en limitant le droit d'accès en présence d'un intérêt public ou privé prépondérant (contraire)⁹⁶. Cependant, ces notions juridiques d'intérêt public ou privé prépondérant sont indéterminées et doivent être définies par l'interprétation. La LInf permet de remédier à cette situation en concrétisant partiellement ces concepts juridiques indéterminés, d'une part en établissant des présomptions indiquant dans quels cas un intérêt public existe⁹⁷, et d'autre part en énumérant des exemples dans lesquels un intérêt public ou privé prépondérant est reconnu⁹⁸. Toutefois, même dans le cadre de ces précisions juridiques des notions d'intérêt public et privé, les descriptions et la terminologie restent relativement vagues⁹⁹.

L'utilisation de termes généraux et peu précis ne signifie pas pour autant que la LInf est insuffisante en tant que base juridique pour les restrictions au droit d'accès à l'information au regard de la densité normative nécessaire. Au contraire, certains termes ne peuvent pas être définis plus concrètement et, dans le sens d'une certaine flexibilité dans la pesée des intérêts, il est également bénéfique de ne pas définir plus précisément les limites du droit d'accès à l'information. Cela s'applique, tout d'abord, au fait que les intérêts publics qui peuvent plaider en faveur du secret de l'information sont difficiles à décrire en détail. Deuxièmement, il faut tenir compte du fait que les autorités doivent généralement faire

⁹⁵ ATF 125 I 361 consid. 4.a.

⁹⁶ Art. 10 al. 1 LInf, art. 25 LInf. L'art. 19 al. 2 Cst. Fribourg prévoit déjà que les documents officiels ne peuvent être consultés que si aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.

⁹⁷ Art. 12 LInf.

⁹⁸ Art. 26–28 LInf; de sorte que ces dispositions peuvent également être comprises comme des présomptions (ou même en partie comme des fictions) au sens juridique.

⁹⁹ Par exemple, les termes «sécurité et ordre publics» à l'art. 26 al. 1 lit. a LInf, la qualification «d'atteinte aux relations extérieures du canton» à l'art. 26 al. 1 lit. b LInf ou le critère du caractère abusif d'une demande à l'art. 26 al. 2 lit. a LInf.

40

41

face à des conflits de droits fondamentaux lorsque des intérêts privés entrent en conflit avec la liberté de recherche d'informations. Les droits fondamentaux des tiers, tels que leur droit à la vie privée et à l'autodétermination en matière d'information, sont également des principes ouverts et indéterminés. En raison de la diversité des situations et des intérêts (par exemple le nombre de titulaires de droits fondamentaux concernés, la sensibilité des données personnelles, etc.), le législateur n'a guère d'autre choix que de charger les autorités de faire une pesée relativement ouverte des intérêts.

B. Pesée des intérêts

- 42 S'il est prévu une base juridique pour une atteinte aux droits fondamentaux, il convient d'examiner l'intérêt public (ou les droits fondamentaux des tiers) et la proportionnalité. Un intérêt est qualifié de public s'il est reconnu comme un intérêt légitime à long terme pour le grand public au sein du système juridique et dans la société¹⁰⁰. Cette «définition» indique déjà que la compréhension de ce qui est qualifié d'intérêt public n'est pas la même partout et à tout moment, mais qu'elle est plutôt variable dans le temps et l'espace¹⁰¹. Les intérêts publics comprennent, d'une part, les biens dits de police (ordre, sécurité, santé, tranquillité publique, etc.), mais aussi «les valeurs culturelles, écologiques et sociales telles qu'elles s'expriment notamment dans les tâches de l'Etat» et doivent être précisés à la lumière du système de valeurs de l'ordre juridique global¹⁰². La CEDH est plus spécifique quant aux intérêts à prendre en considération. En ce qui concerne la liberté d'information, selon l'art. 10 al. 2 CEDH, les intérêts suivants doivent être pris en compte pour justifier une atteinte: la sécurité nationale, l'intégrité territoriale ou la sûreté publique, la défense de l'ordre et la prévention du crime, la protection de la santé ou de la morale, la protection de la réputation ou des droits d'autrui, empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire.
- 43 Dans ce contexte, la qualification d'intérêt public prépondérant ne pose probablement pas de problème du point de vue des droits fondamentaux pour la grande majorité des situations désignées comme telles à l'art. 26

¹⁰⁰ BELSER/WALDMANN/MOLINARI, chap. 7 N 35 ss.

¹⁰¹ Notamment ATF 142 I 49 consid. 8.1.; BELSER/WALDMANN/MOLINARI, chap. 7 N 36; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 9 N 112.

¹⁰² ATF 142 I 49 consid. 8.1.

LInf¹⁰³. Toutefois, dans certaines situations, cette évaluation dépend également de la manière dont elle est traitée dans la pratique. Ainsi, une interprétation trop extensive, de la question de savoir quand la prise de décision par un organe public ou l'exécution de décisions par l'organe public peut être entravée de manière significative en raison d'une demande d'information, n'est plus couverte par la notion d'intérêt public prépondérant pour les droits fondamentaux.

La formulation potestative choisie par le législateur fribourgeois pourrait éventuellement poser problème. Ainsi, selon le texte de loi, un intérêt public prépondérant n'est pas seulement reconnu lorsque l'octroi de l'accès (à l'information) menace par exemple la sécurité et l'ordre publics, mais lorsqu'il peut menacer la sécurité et l'ordre publics.¹⁰⁴ Il est en principe concevable que des informations ou des documents doivent rester confidentiels pour des raisons de sécurité afin d'éviter des dangers futurs. Néanmoins, cette disposition légale ne semble pas dépourvue de tout problème de transparence. En tout état de cause, seules des menaces imminent et graves pour la sécurité et l'ordre publics peuvent être considérées comme un intérêt public prépondérant justifiant une restriction à la liberté de recherche d'informations. Une vague référence à d'éventuels dangers futurs n'est pas suffisante.

On peut également se demander si le fait que la position de négociation de l'organe public puisse être mise en difficulté¹⁰⁵ ou que l'approbation de la demande soit associée à un effort manifestement disproportionné¹⁰⁶ constituent des intérêts publics prépondérants du point de vue des droits fondamentaux. Dans le cadre de cette dernière situation, le Tribunal fédéral a jugé, dans un arrêt concernant la loi sur l'information et la protection des données du canton de Schaffhouse, que la disposition selon laquelle l'accès à un document officiel est subordonné à la preuve d'un intérêt digne de protection en cas d'effort particulier que cela représente pour l'autorité, n'est pas insoutenable ou arbitraire¹⁰⁷. On peut en conclure que la prise en compte de l'effort que représente pour l'autorité l'octroi d'un droit d'accès à l'information peut très bien être utilisée comme critère dans le cadre de la pesée des intérêts. En tout état de cause, il n'est pas arbitraire d'exiger la preuve d'un intérêt particulier dans ce cas et de ne pas accorder l'accès sans condition. L'art. 26 al. 2

44

45

¹⁰³ Par exemple, concernant les menaces à la sécurité et à l'ordre public (art. 26 al. 1 lit. a LInf).

¹⁰⁴ Art. 26 al. 1 lit. a–e LInf.

¹⁰⁵ Art. 26 al. 1 lit. e LInf.

¹⁰⁶ Art. 26 al. 2 lit. b LInf.

¹⁰⁷ ATF 144 I 170 consid. 7.4.–7.8.

lit. b LInf apparaît donc fondamentalement justifiable du point de vue des droits fondamentaux, d'autant plus que pour admettre l'existence d'un intérêt public pour refuser l'accès, il est explicitement exigé que l'effort soit «manifestement» disproportionné et que, même dans ce cas, l'organe public doit faire valoir un intérêt public prépondérant, qui doit être mis en balance avec l'intérêt du titulaire des droits fondamentaux dans le cadre du contrôle de proportionnalité.

46

En ce qui concerne le critère de compromettre la position de négociation de l'Etat, le message sur la LInf précise qu'il doit s'agir de négociations en cours ou qui auront lieu dans un avenir suffisamment proche. L'idée sous-jacente à ce critère est que les deux parties à la négociation doivent être sur un pied d'égalité en ce qui concerne les informations dont elles disposent, les documents en question devant réellement menacer la position de négociation de l'organe public, ce qui ne peut être vérifié qu'au cas par cas¹⁰⁸. Cette idée est compréhensible dans son principe et il se peut également que dans certaines situations, il soit dans l'intérêt public de restreindre le droit à l'information de l'ayant droit en faveur de la position de négociation de l'organe public. Toutefois, il est soutenu ici que l'intérêt public prépondérant ne peut pas être la position de négociation de l'organe public (et sa protection) en tant que telle, mais plutôt que la protection de la position de négociation de l'organe public doit être justifiée par un (autre) intérêt public, tel que la sécurité et l'ordre publics ou la garantie du processus décisionnel de l'organe public ou l'exécution de ses décisions. Dans ce contexte, l'art. 26 al. 1 lit. e LInf peut être considéré comme plutôt problématique du point de vue des droits fondamentaux.

47

L'examen de la protection des droits fondamentaux des tiers dans le cadre de la pesée des intérêts ne sera que brièvement abordé ici. Le droit d'accès à l'information peut notamment affecter la protection de la vie privée des tiers¹⁰⁹. La LInf reprend cette problématique en affirmant qu'il existe un intérêt privé prépondérant qui entre en conflit avec le droit d'accès à l'information si l'accès peut porter atteinte à la protection des données personnelles et que la divulgation de ces données personnelles n'est autorisée que sous certaines conditions¹¹⁰. Ainsi, la protection du droit fondamental des tiers à la vie privée est en principe suffisamment prise en compte. Les exigences relatives à la divulgation des

¹⁰⁸ Message LInf, 946.

¹⁰⁹ Notamment art. 13 Cst. féd. et art. 12 Cst. FR.

¹¹⁰ Art. 11 et art. 27 LInf; Cf. pour une discussion détaillée de la protection des droits de la personnalité dans le cadre de l'information d'office du public BRUNNER, ZBl 111/2010, 606 ss.

données à caractère personnel sont formulées de manière équilibrée. Si le droit à la liberté d'information entre en conflit avec le droit à l'autodétermination en matière d'information, il est nécessaire de procéder à une évaluation au cas par cas, en tenant compte éventuellement de normes juridiques spéciales de protection des données¹¹¹. Il est remarquable que l'art. 12 LInf guide cette mise en balance au moyen d'une présomption: selon cette disposition, en cas de conflit entre la liberté d'information et l'autodétermination en matière d'information, il faut partir du principe qu'il existe un intérêt public prépondérant à la divulgation de l'information. Toutefois, la présomption ne s'applique que si les données à caractère personnel auxquelles l'accès est demandé concernent un membre d'un organe public et que les informations portent sur ses fonctions ou ses activités au service de cet organe. Elle cesse cependant de s'appliquer lorsque des données sensibles au sens de la loi sur la protection des données ou un autre intérêt particulier de la personne concernée sont en jeu¹¹². Dans ces conditions – et compte tenu de l'intérêt public particulier que présentent les informations sur les personnes relevant du service public – on peut supposer que la disposition citée offre des possibilités suffisantes pour la protection du droit à la vie privée des membres des autorités concernées.

Dans l'ensemble, la LInf prévoit une approche différenciée des conflits de droits fondamentaux entre la liberté de recherche d'informations et la protection de la vie privée. Cela est particulièrement vrai par rapport à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration. Alors que la LInf régit la divulgation des données personnelles dans ses aspects généraux et particuliers, la loi fédérale renvoie, en ce qui concerne les données personnelles qui ne peuvent pas être anonymisées, à la loi sur la protection des données, qui n'autorise la communication en vertu de l'art. 19 LPD qu'à des conditions restrictives. Dans ce domaine également, il est donc évident que le législateur cantonal a voulu aller au-delà des exigences minimales du droit fédéral en matière d'accès aux informations et aux documents et empêcher que la protection des données ne prime par principe¹¹³.

48

¹¹¹ Cf. art. 11 al. 1 lit. a–c et art. 27 al. 1 lit. a–c LInf.

¹¹² Art. 12 al. 1 et 3 LInf.

¹¹³ Cf. Chap. II B.1.

VI. Conclusion

- 49 Un regard sur la LInf du point de vue des droits individuels montre que la loi ne mérite pas uniquement une publication commémorative en raison de son 10^{ème} anniversaire. Elle ne se contente pas de mettre en œuvre le changement de paradigme du principe du secret au principe de transparence au niveau cantonal et de se conformer aux exigences du droit supérieur. Elle prévoit plutôt – comme le fait déjà la Constitution cantonale – un droit plus étendu d'accès aux informations et aux documents, et concrétise ce droit en le pondérant de manière différenciée avec les intérêts publics et privés, relevant des droits fondamentaux notamment.
- 50 Comme les autres lois sur la transparence et l'information, la LInf a une double fonction: en tant que loi d'application, elle concrétise le droit fondamental d'accès à l'information d'une part et sert de base juridique pour la restriction de ce droit d'autre part. Cette double fonction met en lumière un problème particulier du droit fondamental de la liberté de recherche d'informations. Comme le champ d'application du droit fondamental est ouvert, indéterminé et en partie controversé, il n'est pas clair d'emblée si le législateur concrétise le champ d'application selon son appréciation (et s'il dispose d'un pouvoir d'appréciation à ce sujet) ou si la loi doit plutôt être considérée comme une restriction du champ d'application (entendu au sens large) qui ne peut subsister que si elle résiste au contrôle judiciaire de l'intérêt public et de la proportionnalité.
- 51 C'est précisément à cet égard que les autorités constitutionnelles et législatives du canton de Fribourg se sont engagées dans une voie plutôt favorable aux droits fondamentaux : ils ne limitent pas le droit d'accès à l'information et aux documents aux sources généralement accessibles. Dans l'intérêt de la transparence des activités étatiques, de la libre formation de l'opinion publique, de l'encouragement à la participation à la vie publique et du renforcement de la confiance du public dans les organes publics,¹¹⁴ la loi prévoit un large champ d'application – tout à fait conforme aux dispositions de la Constitution cantonale.
- 52 Ainsi, dans le cadre de la LInf, les autorités ne disposent pas d'un pouvoir d'appréciation leur permettant de limiter le droit fondamental d'accès à l'information par une interprétation restrictive des sources généralement accessibles. La titularité du droit fondamental d'accès à l'information est également largement définie dans son principe. Du point de vue des droits fondamentaux – mais aussi de la démocratie et de l'Etat

¹¹⁴ Art. 1 al. 2 LInf.

de droit – il faut également apprécier positivement le fait que la LInf prévoit une obligation active d'informer pour les autorités, qui ne se limite pas aux activités d'intérêt général. A cet égard, la loi va même au-delà du minimum requis par les droits fondamentaux sur deux aspects : d'abord, en prévoyant une obligation active d'informer et, ensuite, par une formulation élargie de cette obligation d'informer.

Malgré cette attitude fondamentalement très favorable à l'information de la part du législateur fribourgeois, il ne faut pas perdre de vue que la LInf accorde également aux autorités une marge d'appréciation assez large dans certains cas – par exemple, dans la définition de la notion de «document officiel» qui est pertinente pour le droit d'accès ou dans l'aménagement de la pesée des intérêts dans le cadre d'une éventuelle restriction du droit d'accès. La conformité de toute concrétisation ou restriction aux droits fondamentaux est déterminée dans ces cas par la manière dont elle est traitée en pratique. En raison de la diversité des situations et des intérêts, il est toutefois inévitable – et même exigé dans une certaine mesure du point de vue des droits fondamentaux – d'accorder aux autorités chargées d'appliquer le droit la possibilité de procéder à une pesée des intérêts au cas par cas.⁵³

Seuls quelques aspects de la LInf, qui sont liés à la pesée des intérêts dans le cadre de la restriction du droit à l'information, ne vont pas sans poser problème du point de vue des droits fondamentaux. Il s'agit de la formulation potestative retenue à l'art. 26 al. 1 lit. a–e LInf et du critère de fragilisation de la position de négociation de l'organe public qualifié d'intérêt public prépondérant à l'art. 26 al. 1 lit. e LInf. Dans les deux cas, les garanties des droits fondamentaux exigent une interprétation prudente des restrictions prévues par la loi.⁵⁴

Dans l'ensemble, la LInf accorde un droit d'accès aux informations et aux documents qui est conforme au droit supérieur et le dépasse sur des points décisifs. En droit international et fédéral, le concept de sources généralement accessibles et la question encore plus fondamentale de savoir si cette restriction du champ d'application est justifiée font l'objet d'un débat animé depuis plusieurs années. Tant dans le domaine de la CEDH que dans celui du Pacte II des Nations Unies, on assiste à des développements qui visent à élargir le champ d'application. La majorité des spécialistes sont également d'avis que ce n'est pas rendre justice à la grande importance de la liberté d'information que de confier (uniquement) son organisation au législateur. Si cette évolution se poursuit, le champ d'application étroit de l'art. 16 al. 3 Cst. et sa concrétisation au niveau fédéral par la loi sur le principe de la transparence seront probablement soumis à une pression croissante. Les autorités constitutionnelles et législatives fribourgeoises peuvent toutefois envisager cette

évolution avec sérénité, car elles ont toutes deux franchi le pas vers une liberté d'information garantie de manière globale il y a maintenant quelques années.