

Note

Pour la version originale du texte cf. FLORIAN BERGAMIN/CLAUDIA HÖCHNER, *Regelungsgegenstand und Geltungsbereich des InfoG, Ein Überblick unter besonderer Berücksichtigung von Abgrenzungsschwierigkeiten zu anderen Erlassen*, in: Waldmann/Bergamin (éds), *10 ans LInf Fribourg*, Stämpfli Editions, Berne 2021, 93–119.

Objet et champ d’application de la LInf

Un aperçu portant une attention particulière aux questions de délimitation avec d’autres textes légaux

FLORIAN BERGAMIN/CLAUDIA HÖCHNER*

Table des matières

I.	Introduction	2
II.	Objet de la LInf	3
	A. Objet de réglementation et base légale	3
	B. Information du public	3
	1. En général.....	3
	2. Publicité des séances	4
	3. Devoir d’informer	5
	C. Accès aux documents officiels	9
	1. En général.....	9
	2. Principes régissant l’accès.....	9
	3. Etendue et limites de l’accès	10
III.	Champ d’application	11
	A. À raison des personnes.	11
	B. À raison de la matière	12
	1. En général.....	12
	2. Pour ce qui concerne l’accès aux documents officiels	13
IV.	Délimitations entre la LInf et d’autres lois	15
	A. Dispositions spéciales.....	15
	B. Dispositions exclues du champ d’application de la LInf	18
	C. Relation avec la LTrans	19
V.	Quelques exemples concrets d’application et de délimitation .21	
	A. Accès par le biais de l’entraide administrative	21
	B. Droit d’accès compte tenu du secret de fonction	22
	C. Consultation des actes de procédure	23
	D. Accès aux données personnelles.....	25
	E. Accès aux documents archivés	26
VI.	Appréciation	27

* Traduit de l’allemand par M. NICOLAS SCHMITT, Dr. iur.

I. Introduction

- 1 Quiconque souhaite obtenir des informations sur les activités de l'État ou avoir accès à des documents officiels est souvent confronté à une question cruciale: *existe-t-il un droit à l'information et à la consultation et, dans l'affirmative, quelle en est la base légale?* En fait, les législations de la Confédération, des cantons et des communes renferment toute une série de textes contenant des dispositions sur la publicité ou le secret des activités de l'État, mais aussi sur l'accès à ses documents officiels.
- 2 Certains *droits à l'information et à la consultation bénéficient même d'un ancrage au niveau des droits fondamentaux*: ainsi, dans une procédure civile, pénale ou administrative, les parties ont le droit de consulter tous les actes susceptibles de fonder la décision ou le jugement attendus (art. 29 al. 2 Cst. féd.); dans le même ordre d'idées, l'audience et le prononcé du jugement sont en principe publics (art. 30 al. 3 Cst. féd.). La Constitution fédérale (art. 16 al. 3) garantit au surplus le droit de recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser, tandis que dans le canton de Fribourg, l'article 19 al. 2 Cst. cant. consacre également un droit à l'information et à la consultation des documents officiels.
- 3 Ces droits reconnus comme fondamentaux sont mis en œuvre par différentes lois. Au moment de procéder à cette *application du droit*, il peut s'avérer délicat de déterminer les bases juridiques applicables à un besoin d'information bien précis, de délimiter les objets des différents textes juridiques et de définir les relations entre règles générales («*lex generalis*») et spéciales («*lex specialis*»).
- 4 Notre contribution s'inscrit précisément dans ce contexte. Elle tente d'abord de clarifier, d'une part l'objet de la réglementation (ch. II), et de l'autre le champ d'application (ch. III) de la loi fribourgeoise sur l'information et l'accès aux documents (LInf).
- 5 Après ce premier examen de son contenu et de son orientation, notre recherche va s'attacher à tracer la frontière entre la LInf et d'autres textes de lois qui portent également sur la transparence et l'accès à l'information (ch. IV). Enfin, elle abordera la question de savoir comment il est possible d'apprécier l'accès donné par la LInf par rapport à celui qui découle d'autres législations (spéciales) (ch. V).

II. Objet de la LInf

A. Objet de réglementation et base légale

L'objet de réglementation définit le contenu d'un texte de loi ou la matière 6
qu'il englobe¹. L'article premier al. 1 de la loi sur l'information et l'accès
aux documents précise explicitement l'objet de la LInf: la loi *régit l'infor-*
mation du public sur les activités étatiques et règle le droit d'accès de toute
personne aux documents officiels.

Par la suite, ces deux objets distincts seront présentés d'une manière elle 7
aussi distincte (ch. II.B et II.C).

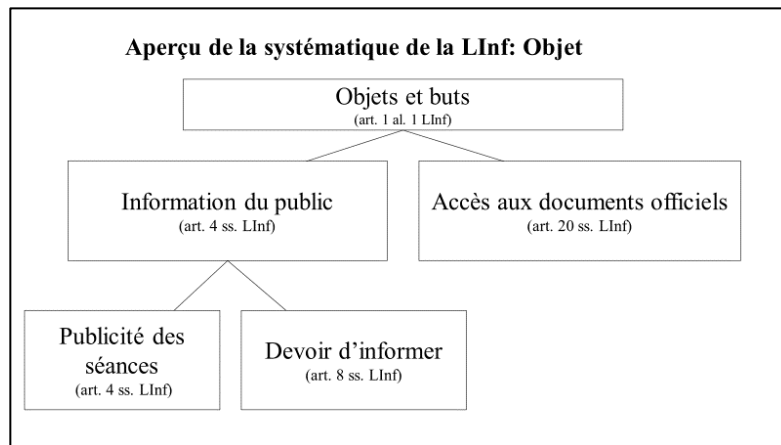


Tableau des auteurs.

B. Information du public

1. En général

La notion d'«*information du public*» est réglementée dans le deuxième cha- 8
pitre de la LInf (art. 4 à 16). Elle recouvre la publicité des séances (ch.
II.B.2) et le devoir d'informer, lui-même subdivisé en trois volets: l'obliga-
tion générale d'information, la réponse aux demandes de renseignements et
la réserve de devoirs spécifiques d'information (ch. II.B.3).

9

¹ Cf. MÜLLER/UHLMANN, N 185.

Les articles 17 à 19 LInf relèvent également de l'information du public: ils établissent des principes et des règles facilitant l'accès des médias aux séances publiques et à l'information.

- 10 Pour l'essentiel, la LInf prend le relais de la réglementation et de la pratique préalablement en vigueur dans le canton de Fribourg². Mais elle ne se borne pas à l'ancrage d'éléments préexistants: la loi complète et précise ce premier volet qu'est l'information du public³.

2. *Publicité des séances*

- 11 La LInf énumère de manière exhaustive les *séances* qui, en principe, sont publiques: il s'agit, d'une part, des séances plénières des autorités législatives cantonale, communales et intercommunales, mais également des séances d'autres organes délibératifs de personnes morales de droit public (art. 4 al. 1 lit. a–b LInf) et, d'autre part, des débats et des prononcés de jugement des autorités judiciaires (art. 4 al. 1 lit. c LInf). Les autres séances des organes publics se tiennent en principe à huis clos et ne sont donc pas publiques (art. 5 al. 1 LInf). Au cas par cas, il est cependant possible de déroger tant au principe de transparence qu'à celui du secret (art. 4 al. 2, resp. 5 al. 2 LInf). Les modalités des réunions publiques et tenues à huis clos sont également fixées par la loi (art. 6 ss LInf).
- 12 Par ailleurs, la LInf réserve la *législation spéciale* relative au secret des délibérations lors des séances des organes publics (art. 4 al. 3, art. 5 al. 1 et art. 7 al. 2 LInf). Concrètement, elle fait référence aux dispositions suivantes:
- Une première loi spéciale régit la publicité des séances plénières et des commissions du Grand Conseil (art. 98 ss LGC). La publicité des séances du Grand Conseil est déjà garantie par la constitution cantonale (art. 96 al. 2 Cst. cant.)⁴. L'article 119 LGC prévoit cependant la possibilité de séances tenues à huis clos.
 - La loi sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration précise que les séances du gouvernement cantonal ne sont pas publiques (art. 33 al. 4 LOCEA).
 - À l'instar des séances de l'exécutif cantonal, celles de l'exécutif communal ne sont pas accessibles à tout un chacun: la loi sur les communes

² Message LInf, 929, 931; cf. également VOLLERY, RFJ/FZR 2009, N 10.

³ Message LInf, 929.

⁴ En l'occurrence, par rapport à la LInf, la Constitution cantonale ne représente pas une *lex specialis* mais le droit supérieur.

dispose que les réunions des conseils communaux ne sont pas publiques, sous réserve des dispositions de la LInf concernant le huis clos (art. 62 al. 3 LCo).

- La loi sur la justice déclare simplement que les délibérations ne sont pas publiques (art. 128 al. 1 LJ). En revanche, la publicité des débats et du prononcé du jugement est déjà garantie au niveau constitutionnel (art. 30 al. 3 Cst. féd., art. 31 al. 2 Cst. cant.). Elle est confirmée, avant d’être concrétisée, dans la réglementation de la procédure (cf. art. 54 CPC, art. 69ss. CPP, art. 91 al. 2 CPJA). Il convient en outre de respecter les obligations internationales de la Suisse dans ce domaine (cf. art. 6 CEDH, art. 14 Pacte II de l’ONU ainsi que diverses dispositions du droit de l’environnement, notamment la Convention d’Aarhus)⁵.

3. *Devoir d’informer*

Les articles 8 ss LInf attribuent aux organes publics un *devoir d’informer*. 13
Le fait que les autorités et les communes doivent informer le public de leurs activités, de leur propre initiative, découle également des articles 88 al. 1 et 131 al. 3 Cst. cant. Ces dispositions sont liées au principe de transparence inscrit à l’article 52 al. 1 Cst. cant.⁶, sans oublier que la constitution cantonale garantit également un droit à l’information directement justiciable (art. 19 al. 2 1^{ère} phrase)⁷.

La LInf *concrétise* les obligations d’informer en fonction de leur portée, de 14
leurs modalités et de leurs limites. Pour ce faire, elle opère une distinction entre trois sous-catégories⁸:

- Devoir actif d’informer: assurer d’office et régulièrement une information générale du public sur les activités des autorités (art. 8 al 1 lit. a LInf);
- Devoir passif d’informer: répondre aux demandes de renseignements adressées aux autorités (art. 8 al. 1 lit. b LInf);
- Devoirs spécifiques d’informer (de manière active ou passive) attribués par la législation spéciale (art. 8 al. 1 lit. c LInf).

⁵ Cf. Message LInf, 933; cf. pour une présentation exhaustive de la relation entre la Convention d’Aarhus et le principe de transparence THURNHERR, *Annuaire ASDPO 2019/2020*, 17 ss.

⁶ Cf. BARRELET, 171.

⁷ Message LInf, 929, 933 ainsi que VOLLERY, RFJ/FZR 2009, N 36 ss; cf. également BARRELET, 161 s., qui décrit en détail le droit fondamental à l’information et sa portée. Pour poursuivre sur la relation entre la LInf et les droits fondamentaux, BELSER/CATTILAZ dans le présent volume.

⁸ Cf. Message LInf, 933.

- 15 Il convient de distinguer entre l'obligation passive d'informer ou de renseigner prévue à l'article 8 al. 2 lit. b LInf et l'accès aux documents officiels visé par les articles 20 ss (cf. ch. II.C). Les demandes de renseignements ordinaires constituent avec le droit d'accès aux documents officiels les deux faces d'une même médaille: l'information passive⁹.

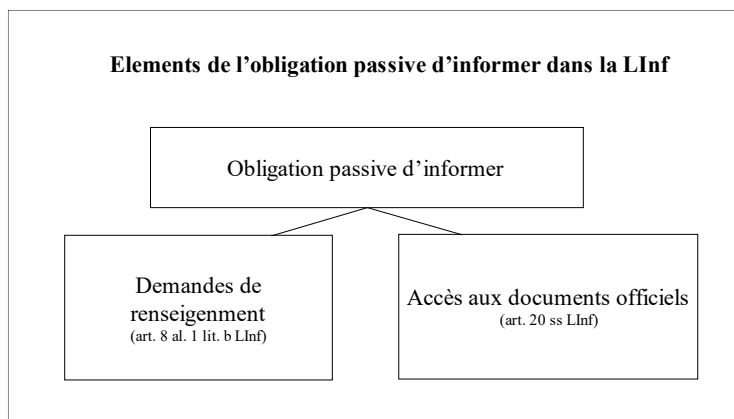


Tableau des auteurs.

La demande de renseignements au sens de l'article 8 al. 1 lit. b LInf doit donc être différenciée de la demande d'accès au sens de l'article 31 LInf (cf. à ce sujet ch. II.B). Selon les explications données par le message, d'une part la demande de renseignements ne porte pas sur le même objet, ou alors ne réclame aucun accès à un quelconque document, et de l'autre l'article 19 al. 2 Cst. féd. ne confère aucun droit justiciable à l'obtention de renseignements de la part des organes publics¹⁰. Le distinguo entre demandes d'accès et demandes de renseignements se montre également logique au regard de ses conséquences: aucune procédure formalisée n'est prévue pour la collecte d'informations auprès des organes publics, contrairement aux demandes d'accès aux documents officiels, qui doivent suivre les procédures prévues à cet effet par la LInf.

- 16 Alors que le devoir actif d'informer présuppose une action des autorités («*Bring-Prinzip*»), c'est en revanche une réaction («*Hol-Prinzip*») que l'on attend d'elles en termes d'information passive¹¹. La LInf définit les *conditions* et les *limitations* mises à toutes les obligations d'information, y compris celles qui sont régies par la législation spéciale. Après des modalités générales (art. 9 s. LInf), la communication des données personnelles est réglementée (cf. art. 11 s. LInf). Il s'agit en particulier des liens particuliers de certains magistrats (art. 13 s. LInf). Dans ce domaine, la LInf a transposé – d'une manière que l'on pourrait qualifier d'extensive – les prescriptions de la constitution cantonale (art. 88 al. 2)¹².

⁹ Message LInf, 935.

¹⁰ A ce sujet Message LInf, 940.

¹¹ SPOERRI/VARONE, LeGes 2008/1, 93.

¹² VOLLERY, RFJ/FZR 2009, N 10; cf. également Message LInf, 929.

En ce qui concerne le devoir d'informer aussi, la *législation spéciale* est réservée. Cela s'applique tant aux documents d'information spécifiques (art. 8 al. 1 lit. c LInf) qu'à la diffusion de données personnelles (art. 11 al. 3 LInf). Au surplus, les *différentes autorités* doivent veiller à respecter les prescriptions spéciales pouvant régir les autres modalités de l'information du public (art. 16 LInf). 17

- La loi sur le Grand Conseil contient des dispositions touchant le Bulletin officiel des séances du Grand Conseil (art 89 s. LGC), mais aussi l'information du public et la publicité des séances, notamment pour les médias (art. 94 ss. LGC). Pour ce qui concerne l'obligation de signaler les intérêts¹³, la LGC renvoie à la LInf (cf. art. 55 al. 1 LGC).
- La loi sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration énonce le principe selon lequel le gouvernement cantonal assure l'information du public (art. 2 al. 2 LOCEA), tâche définie plus précisément à l'article 8 LOCEA, qui renvoie à la LInf à titre supplétif et enjoint au Conseil d'Etat d'édicter les dispositions d'exécution nécessaires. L'article 12a LOCEA, qui concerne la publicité des liens qui rattachent les membres du Conseil d'Etat à des intérêts privés ou publics, renvoie lui aussi à la LInf. D'autres dispositions règlent les compétences au sein de l'administration: l'article 26 al. 3 LOCEA touche l'information du public sur les affaires du Conseil d'Etat par le secrétariat et l'article 45 al. 4 concerne les directions, qui doivent assurer l'information du public sur les affaires les concernant.

Adoptée par le Conseil d'Etat, l'OInf se fonde à la fois sur la LInf et sur certaines dispositions de la LOCEA. Selon son article 1 al. 1, l'OInf précise les modalités de l'information générale du public sur les activités du Gouvernement et de l'administration, et elle règle la diffusion d'informations sur Internet.

- Les tribunaux cantonaux sont également soumis à la LInf (cf. ch. III.A). Cela n'empêche pas la loi sur la justice de revenir à plusieurs reprises sur l'information du public. Son article 30 al. 1 lit. a prévoit ainsi que les autorités judiciaires assurent l'information du public sur leurs activités juridictionnelles et administratives ainsi que sur les questions générales concernant l'ordre judiciaire, conformément à la législation topique et dans le respect des codes de procédure. Quant à son article 30 al. 2, il dispose que le Tribunal cantonal complète ces dispositions légales par voie réglementaire. Mais la loi sur la justice s'intéresse également à d'autres aspects de l'obligation d'information dans le domaine judiciaire: l'article 48 assure la publicité des jugements, l'article 99 évoque l'information périodique du public sur les activités du Conseil

¹³ Pour ce qui concerne la publicité des liens particuliers qui rattachent les membres du Grand Conseil et du Conseil d'Etat, ainsi que les préfets, à des intérêts privés ou publics, cf. article 88 al. 2 Cst. cant.

de la magistrature, et l'article 122 précise que les publications officielles cantonales ont lieu dans la Feuille officielle du canton de Fribourg et, si l'autorité l'estime nécessaire, dans d'autres journaux.

C'est dans le RTCInf que le Tribunal cantonal a fixé les principes régissant les informations sur le système judiciaire. Les moyens d'information (publicité des séances et autres modes) sont précisés à l'art. 5 s., tandis que les art. 13 ss regroupent les prescriptions relatives à la publicité des jugements.

- La loi sur les communes renvoie à la LInf pour l'information du public en général (art. 83a al. 1), mais aussi plus spécifiquement pour l'obligation faite aux conseillers municipaux de signaler leurs intérêts (art. 57a)¹⁴. En outre, la LCom réglemente les compétences des autorités qui sont chargées d'informer le public (art. 34 al. 2 lit. c^{ter}, art. 60 al. 3 lit. j mais aussi art. 125a al. 2 LCom).
 - L'article 8 al. 3 de la loi sur les préfets renvoie également à la LInf pour ce qui concerne la publicité des liens qui rattachent les préfets à des intérêts privés ou publics.
- 18 D'autres dispositions relatives à l'information du public méritent d'être gardées à l'esprit. On les trouve dans des lois importantes, notamment dans le domaine de la protection de l'environnement¹⁵, de l'aménagement du territoire¹⁶, des économies d'énergie¹⁷ ou de l'égalité entre femmes et hommes¹⁸.
- 19 La LInf réserve des dispositions spécifiques à l'information fournie aux médias (cf. art. 17–19 LInf): dans le canton de Fribourg, l'accès à l'information leur est facilité¹⁹. Ce privilège met en évidence leur rôle de relais essentiel dans la couverture des activités de l'État²⁰.

¹⁴ En imposant aux conseillers municipaux l'obligation de signaler leurs intérêts, la LInf va au-delà des exigences de l'article 88 al. 2 Cst. cant.

¹⁵ La ratification de la Convention d'Aarhus a nécessité quelques adaptations de la LInf et notamment une extension des droits d'accès dans le domaine de l'environnement (cf. à ce propos Message Modification LInf, 2648 s.

¹⁶ Cf. art. 37 LATeC.

¹⁷ Cf. art. 21 LEn.

¹⁸ Message LInf, 933.

¹⁹ Pour une comparaison avec des cantons romands, cf. BOILLAT/WERLY, *Transparence passive*, 238 ss.

²⁰ Cf. plus précisément le message LInf, 942. Quant aux retours de la part des médias, cf. également SCHMITT avec une analyse empirique dans le présent volume.

C. Accès aux documents officiels

1. En général

Le public n'a pas seulement le droit d'être informé, mais il peut également 20
demander lui-même des informations. L'*accès aux documents officiels*
constitue le deuxième objet de réglementation de la LInf (cf. la présentation
sous N 7).

L'octroi de l'accès aux documents officiels est – du point de vue des 21
organes publics – le pendant du droit d'accès concédé à tout un chacun. Le
droit de consulter les documents officiels, inscrit dans la constitution can-
tonale au chapitre des droits fondamentaux (art. 19 al. 2 2^{ème} phrase), est
concrétisé dans une loi (art. 20 ss LInf)²¹. Un droit à l'information peut éga-
lement se déduire de l'article 16 al. 3 Cst. féd. ou, le cas échéant, de l'article
10 CEDH²².

Le thème «Accès aux documents officiels» fait l'objet d'un chapitre spéci- 22
fique de la loi (3^{ème} chapitre, art. 20–41 LInf), qui définit les principes, la
portée, la procédure et l'organisation du droit d'accès.

2. Principes régissant l'accès

Les articles 20 ss de la LInf fixent les *principes relatifs à l'accès aux docu-* 23
ments officiels. Ils déterminent tout d'abord l'attribution du droit d'accès
(art. 20 al. 1 LInf: toute personne physique ou morale). L'objet du droit
d'accès est ensuite précisé, notamment par une présentation des informa-
tions et documents officiels accessibles (art. 20 al. 1^{bis} et 2, art. 21 al. 2, art.
22 LInf). L'accès peut se faire de différentes manières; l'article 23 LInf et
l'article 3 OAD en précisent les détails. Particularité propre au canton de
Fribourg, des explications complémentaires peuvent être exigées de l'or-
gane public (art. 23 al. 2 LInf qui précise «raisonnablement»)²³. L'article 24
consacre enfin le principe de la gratuité de l'accès²⁴.

²¹ Message LInf, 934; HÄNER, ZBl 104/2020, 287 s. soutient un droit à l'accès ancré
dans la constitution et pas seulement dans une loi.

²² Cf. THURNHERR, Annuaire ASDPO 2019/2020, 12 ss. Au niveau fédéral, le champ
d'application à raison de la matière prévu par l'article 16 al. 3 Cst. féd. ne recouvre
donc pas exactement le droit prévu par la Constitution fribourgeoise (cf. à ce pro-
pos BELSER/CATTILAZ dans le présent volume).

²³ BOILLAT/WERLY, Annuaire ASDPO 2019/2020, 37.

²⁴ Contrairement à la Confédération et à d'autres cantons (cf. pour une vue d'en-
semble BOILLAT/WERLY, *Transparence passive*, 226 ss.).

- 24 L'article 21 al. 1 LInf réserve exclusivement à la *législation spéciale* l'accès à un certain nombre de documents:
- la consultation des documents relatifs à des procédures civiles, pénales, de juridiction administrative et d'arbitrage pendantes (lit. a);
 - la consultation du dossier par les parties durant une procédure administrative de première instance (lit. b);
 - l'accès d'une personne aux données la concernant (lit. c).
- 25 Il s'agit ici de dispositions relatives, soit au droit d'accès au dossier lors de litiges et de procédures (lit. a et b), soit au droit d'accès à la protection des données (lit. c). En y regardant de plus près, ce ne sont pas vraiment des «dispositions spéciales» par rapport à la LInf, mais plutôt des réglementations qui – pour ce qui concerne l'accès aux documents officiels – n'entrent pas dans le champ d'application de la LInf²⁵ (cf. à ce propos ch. IV.B).

3. *Etendue et limites de l'accès*

- 26 Les articles 25 ss LInf ont pour objet l'étendue de l'accès, comme le rappelle le titre 3.2 de la loi. Ils énumèrent divers intérêts à prendre en considération lors de l'examen d'une demande d'accès, mais abordent également les limites de l'accès. Les articles 29 s. LInf excluent explicitement certains documents de l'accès (par exemple les procès-verbaux des séances non publiques, selon l'art. 29 al. 1 LInf) ou au contraire garantissent l'accès à d'autres documents (par exemple les budgets et comptes des collectivités publiques et de leurs établissements, conformément à l'art. 30 al. 1 lit. a LInf; cf. en outre ci-dessous IV.B.).
- 27 En parlant de son objet, la LInf – contrairement à ce qui avait été prévu dans le projet soumis à consultation²⁶ – ne prévoit aucune réserve générale en faveur de la *législation spéciale*. Seules sont réservées les dispositions de la législation fédérale et des lois cantonales qui déclarent certaines informations secrètes ou accessibles à des conditions particulières (art. 25 al. 3 LInf). Lorsque la demande d'accès concerne des informations sur l'environnement, il existe aussi des exceptions, motivées cette fois par le droit international (art. 25 al. 4 LInf)²⁷.

²⁵ La publicité des procédures et contentieux (pendants) n'est pas exclue du champ d'application de la LInf de manière générale, mais seulement pour ce qui concerne l'accès aux documents (actes de procédure).

²⁶ Cf. Message LInf, 945.

²⁷ Pour ce qui est des modifications entraînées par la Convention d'Aarhus, cf. Message modification LInf, 2653 ss.

III. Champ d'application

A. À raison des personnes.

La LInf définit son champ d'application personnel aussi bien que matériel 28 aux articles 2 s., qui déterminent donc à qui et pourquoi la loi s'applique²⁸. Selon son article 2 al. 1, la LInf s'applique aux *organes publics*, terme qui englobe les organes du canton de Fribourg et des communes, à savoir les autorités législatives, exécutives et judiciaires, ainsi que leurs administrations.

La loi s'applique également aux autres *personnes morales de droit public*, 29 telles que les corporations ou les établissements de droit public, ou encore les fondations publiques, ainsi qu'à leurs organes statutaires respectifs²⁹. La personnalité juridique d'une personne morale n'est pas déterminante: des organes publics spécifiques sans personnalité juridique, tels que le Conseil de la magistrature, sont également soumis à la loi³⁰.

Les corporations ecclésiastiques reconnues présentent une particularité: la loi ne leur est appliquée qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire aussi longtemps qu'elles n'ont pas adopté de dispositions *ad hoc* (art. 3 al. 2 lit. a LInf).

Mais la LInf ne s'applique pas seulement aux organes publics: elle oblige 30 aussi les personnes privées et les organes d'institutions privées qui accomplissent des tâches de droit public. Toutefois, le champ d'application de la loi est ici un peu restreint: de telles personnes n'y entrent que dans la mesure où elles peuvent édicter des règles de droit ou rendre des décisions au sens du code de procédure et de juridiction administrative (art. 2 al. 1 lit. b LInf)³¹. Une exception est prévue pour les personnes privées et les organes d'institutions privées qui accomplissent des tâches de droit public dans le domaine de l'environnement: ils sont soumis à la LInf, même s'ils n'ont pas la compétence d'édicter des règles de droit ou de rendre des décisions (art. 2 al. 1 lit. c LInf, cf. également art. 20 al. 1^{bis}).

L'article 1 al. 2^{bis} OAD soumet les personnes privées désignées à l'article 20 al. 1^{bis} LInf (respectivement à l'art. 2 al. 1 lit. c LInf) aux mêmes dispositions que celles applicables aux organes publics au sens de l'OAD.

²⁸ Cf. quant au concept de champ d'application MÜLLER/UHLMANN, N 191 ss.

²⁹ De la sorte, le champ d'application de la LInf recouvre celui de la LPrD (cf. Message LInf, 938). Comme exemple d'une personne morale de droit public on peut donner la Banque cantonale (Message LInf, 932, 938).

³⁰ Cf. Message LInf, 932, 938.

³¹ On en trouve une illustration avec l'Association suisse du tourisme qui, conformément à la législation sur le tourisme, assume pour partie des tâches de droit public et dispose des compétences correspondantes (cf. pour d'autres exemples Message LInf, 938).

31 De la sorte, *le champ d'application de la LInf à raison des personnes est conçu de manière très large*. Mais, entre-temps, ce champ d'application personnel – tout comme le champ d'application matériel – a été restreint dans certains domaines «pour des raisons de praticabilité»³². Ainsi par exemple les communautés religieuses sont exclues lorsqu'elles ont adopté des dispositions à cet effet (cf. quant à leur autonomie l'art. 141 al. 2 Cst, cant.); quant aux personnes morales du droit ecclésiastique selon l'article 4 LEE, elles sont totalement exclues.

Le projet de LInf prévoyait en outre que le Conseil d'État puisse – comme le Conseil fédéral au niveau fédéral (cf. art. 2 al. 3 LTrans) – soustraire d'autres organes du champ d'application de la LInf, si cela s'avérait nécessaire pour l'accomplissement des missions de service public qui leur avaient été confiées ou s'il s'était agi de tâches d'importance mineure³³.

32 La question de savoir qui peut demander l'accès à l'information, voire ce qu'il convient de ranger sous la notion de public éligible, relève par ailleurs de la titularité des droits fondamentaux³⁴.

B. À raison de la matière

1. En général

33 En principe, toutes les *activités étatiques* des organes entrant dans le champ d'application personnel de la loi entrent également dans son champ d'application matériel. C'est de cette manière que l'objectif de transparence pourra finalement être atteint³⁵. Une fois de plus, la loi délimite un champ d'application très large, tant en ce qui concerne l'information du public que l'accès à des documents officiels élaborés dans une multitude de services.

34 Sont réservées les *activités économiques* exercées en situation de concurrence (art. 3 al. 1 LInf). Il s'agit d'éviter que des entreprises publiques ne soient désavantagées par rapport à leurs concurrentes du secteur privé ou que le secret commercial ne soit vidé de sa substance (cf. à cet égard l'art. 28 al. 1 lit. a LInf)³⁶. La Banque cantonale et les institutions bancaires des communes seraient par exemple concernées³⁷.

35 *A contrario*, il ressort du champ d'application de la LInf à raison des personnes qu'une grande partie des activités des privés en est exclue. Seules

³² Cf. Message LInf, 938.

³³ Cf. Message LInf, 945.

³⁴ Cf. à ce sujet BELSER/CATTILAZ, ch. IV dans le présent volume.

³⁵ Message LInf, 938.

³⁶ Message LInf, 938.

³⁷ Cf. Message LInf, 938.

les personnes privées qui accomplissent des tâches de droit public, notamment en édictant des règles de droit ou en rendant des décisions au sens du CPJA, tombent sous le coup de la LInf (cf. N 30).

Comme la compétence de rendre des décisions peut également, selon une partie de la doctrine, résulter implicitement d'un texte matériel topique («*Sacherlass*»)³⁸, des bases légales claires sont indispensables dans l'hypothèse d'une délégation de compétences. Dans le cas contraire, certains particuliers pourraient ne pas savoir si la LInf peut leur être appliquée, et si oui à quelles activités.

2. Pour ce qui concerne l'accès aux documents officiels

Dans le canton de Fribourg, le *droit à l'information* est garanti au niveau 36
constitutionnel (art. 19 al. 2 1^{ère} phrase Cst. cant.). La LInf, qui met en œuvre cette disposition par voie législative, régleme notamment le droit d'accès et de consultation. Le champ d'application de ce droit d'accès fait principalement référence aux documents officiels (cf. art. 20 al. 1 LInf).

Le point de départ permettant de saisir la notion de *documents officiels* est 37
la *définition légale* de l'article 22 LInf: constituent des documents officiels «les informations enregistrées sur un support quelconque et qui concernent l'accomplissement d'une tâche publique» (al. 1). L'article 2 al. 2 OAD propose une autre définition légale, plus concrète: «Sont des documents officiels tous les documents établis ou reçus par les organes publics et qui concernent l'accomplissement d'une tâche publique [...]». L'élément déterminant est le fait qu'un organe public ait produit ou ait reçu un document en rapport avec l'accomplissement d'une tâche publique³⁹. Ne constituent donc pas des documents officiels les documents qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration ou qui sont destinés à un usage personnel⁴⁰ (art. 22 al. 3 LInf, cf. également art. 29 al. 1 LInf).

Un document officiel a atteint son stade définitif d'élaboration lorsqu'il a été signé ou approuvé (art. 2 al. 2 lit. a OAD), ou qu'il a été remis à ses destinataires (art. 2 al. 2 lit. b OAD). Lorsqu'une information ne figure pas sur un support quelconque⁴¹, d'emblée elle n'est pas considérée comme un document officiel; tout au plus peut-elle relever de l'autre champ d'application de la LInf, celui qui concerne l'information du public (cf. II.B).

³⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, §10 N 19.

³⁹ Cf. à ce propos également BARRELET, 165 s.

⁴⁰ Cf. à ce propos l'article 29 al. 1 lit. c LInf, qui introduit notamment une distinction d'avec les notes internes (pour tout savoir Message LInf, 948).

⁴¹ En revanche, le support des informations est sans importance pour ce qui concerne leur qualification de document officiel. Les informations peuvent notamment prendre la forme de «documents virtuels» extraits de bases de données (cf. Message LInf, 944).

38 Cette définition reprend les principaux éléments de la LTrans, tout en les structurant différemment⁴². Le concept n’y est notamment pas défini dans un seul article⁴³, puisque d’autres éléments de définition sont répartis dans d’autres dispositions de la LInf et de l’OAD; en l’état, il n’est pas toujours évident de savoir s’ils doivent être considérés systématiquement comme partie intégrante de la définition légale ou s’ils concernent plutôt l’accès à la procédure.

A titre d’exemple, l’accès doit viser des documents qui sont «détenus par les organes publics» (art. 20 al. 1 LInf). L’idée de possession ne doit cependant pas être comprise comme un élément propre de la définition; elle représente plutôt une condition préalable à l’exercice du droit d’accès. Preuve en est que le message insiste sur ce fait: un document «officiel» ne perd pas ce caractère du fait qu’il n’est plus détenu par l’organe public⁴⁴.

39 Comme nous l’avons déjà mentionné (cf. N 24 s.), la *législation spéciale* reste réservée – et cela vaut également pour le champ d’application à raison de la matière, notamment pour ce qui concerne l’accès selon l’article 21 LInf.

40 Par ailleurs, certains documents sont *exclus* de la *LInf* ou de la procédure d’accès prévue par celle-ci. A cet égard, il faut toujours vérifier si l’exception s’applique à l’intégralité du champ d’application de la loi ou si elle ne vaut que pour l’accès aux documents officiels (pour la délimitation cf. ch. IV). On pourrait également interpréter cela en disant que certains documents ne remplissent définitivement pas les conditions de la procédure d’accès:

- Documents faisant l’objet d’une commercialisation (art. 21 al. 2 LInf): il s’agit d’éviter que l’on puisse demander l’accès à des documents qui doivent normalement être achetés au prix du marché⁴⁵.
- Cas particuliers (art. 29 LInf): le législateur a prévu d’exclure certaines catégories de documents officiels, qui ne sont donc pas accessibles (par exemple les procès-verbaux des séances non publiques⁴⁶). Une telle ré-

⁴² Message LInf, 944.

⁴³ Il en va donc différemment au niveau fédéral où la définition légale est ancrée à l’article 5 LTrans dans la section intitulée «dispositions générales».

⁴⁴ Message LInf, 943. Pour plus de détails sur le concept VOLLERY, RFJ/FZR 2009, N 44 ss.

⁴⁵ Message LInf, 944.

⁴⁶ À l’heure actuelle, les procès-verbaux des réunions de commission du Grand Conseil ne sont pas accessibles au public. Dans le contexte de la révision de la LGC, il a été proposé d’ajouter une exception: les procès-verbaux des réunions de commission du parlement cantonal consacrées à l’examen préalable d’un projet d’acte législatif devraient être accessibles sous certaines conditions (cf. à ce propos le Rapport explicatif du 9 juillet 2021 accompagnant l’avant-projet de loi modifiant la loi du 6 septembre 2006 sur le Grand Conseil [LGC], 25 s.).

glementation réduit fortement le pouvoir d'appréciation de l'organe public, puisqu'il est restreint à l'interprétation des notions utilisées pour définir ces cas⁴⁷.

- Documents manifestement publics (art. 1a OAD): les documents ayant déjà été diffusés officiellement auprès du public, pour autant que leur divulgation ne présente à l'évidence aucun risque d'atteinte à des intérêts publics ou privés, ne sont pas soumis à la procédure d'accès et restent bien entendu à la disposition du public.

IV. Délimitations entre la LInf et d'autres lois

A. Dispositions spéciales

La législation spéciale est évoquée à *plusieurs endroits* de la LInf, certains d'entre eux ayant déjà été mentionnés au ch. II. Il s'agit de dispositions législatives dont le champ d'application recouvre celui de la LInf, mais qui ont la préséance en leur qualité de réglementation dérogatoire (*lex specialis derogat generalis*). Cela se vérifie dans diverses situations (art. 4 al. 3 pour les réunions publiques, art. 5 al. 1 pour les autres réunions, art. 7 al. 2 pour les séances à huis clos, art. 11 al. 3 pour les publications officielles et art. 24 al. 3 pour la gratuité et les émoluments). Pour d'autres domaines, l'article 21 prévoit exclusivement une application de la législation spéciale (il s'agit en l'occurrence de dispositions figurant en dehors du champ d'application de la LInf, de sorte que la mention «législation spéciale» peut créer une certaine confusion, étant donné que la LInf ne fait pas office de *lex generalis* pour les réglementations en cause, cf. à ce sujet N 25).

Pour ce qui concerne les modalités de l'information donnée au public, l'article 16 LInf renvoie à la législation spéciale relative aux différentes autorités. Une autre référence à la législation spéciale figure à l'article 8 al. 1 touchant les devoirs d'information spécifiques.

Si l'on prend en compte leur positionnement par rapport à la LInf, on peut *catégoriser* les dispositions spéciales de la manière suivante:

- Dispositions relatives à l'information du public et à l'accès aux documents officiels, qui se basent sur la LInf pour la préciser et la compléter en fonction des circonstances.

⁴⁷ Message LInf, 947.

Parfois, la LInf attribue directement au Grand Conseil, au Tribunal cantonal ou aux communes le soin d'édicter des réglementations spéciales⁴⁸. Les dispositions générales restent néanmoins applicables et doivent être invoquées à titre complémentaire ou servir à l'interprétation.

A titre d'exemple, l'article 8 LOCEA se réfère à l'information du public par le Conseil d'État, l'alinéa 1 renvoyant à la LInf et l'alinéa 2 précisant les modalités de la communication des décisions importantes qu'il prend. Dans le même ordre d'idées, l'article 30 al. 1 LJ renvoie à la LInf ou à la législation y relative, dans le respect des codes de procédure, tandis que l'article 48 LJ réglemente spécifiquement la publicité des jugements.

- Dispositions qui ne font pas référence à la LInf mais qui concernent quand même l'information du public.

Par exemple, l'article 90 al. 2 LGC précise que le Bulletin officiel est accessible au public (et même diffusé sur Internet), sans pour autant se référer à la LInf. L'article 45 al. 4 LOCEA rappelle de son côté – toujours sans référence explicite à la LInf – le devoir d'information des directions sur les affaires qui les concernent.

- Dispositions réglementant – toujours sans faire référence à la LInf – l'accès du public à certains documents ou à certains processus (tels que des séances). On y range également des dispositions spéciales prévoyant une exclusion du droit d'accès pour des questions relevant pourtant en principe de la LInf. Ces exceptions reposent sur une pesée des intérêts que le législateur a opérée en faveur du maintien du secret⁴⁹. Elles doivent cependant être justifiées à la lumière de la liberté de l'information et du droit supérieur.

On peut citer à titre d'exemple les propositions et rapports explicatifs concernant la description, l'évaluation et la classification des fonctions (art. 18 al. 2 LPers), les documents afférents à la procédure de corapport (art. 30 al. 3 LOCEA), les procès-verbaux des séances du Conseil d'État (art. 41 al. 3 LOCEA; cf. déjà art. 29 al. 1 lit. b LInf) ou encore les rapports de contrôle de l'Inspection des finances (art. 53 al. 3 LFE).

- Plusieurs de ces dispositions législatives spéciales concernent explicitement l'information du public ou l'accès aux documents officiels *pour certaines autorités*. En tant que *lex specialis*, elles priment sur les dispositions plus générales de la LInf, mais les autres dispositions de celle-ci restent applicables. Dans un souci de clarté, ces régimes particuliers sont présentés ci-après dans l'ordre des autorités concernées:

La loi sur le Grand Conseil contient à son article 90 al. 1 une disposition relative à la mise à disposition du Bulletin officiel. L'article 97 al. 1 LGC réglemente la remise de documents aux médias: en principe, tous les documents adressés à l'ensemble des membres du Grand Conseil

⁴⁸ Art. 23 al. 4, art. 35 al. 1, art. 37 al. 1 et art. 39 al. 4 LInf; cf. également art. 1 al. 3 OAD.

⁴⁹ VOLLERY, RFJ/FZR 2009, N 73.

doivent être remis aux médias accrédités. L'article 97 al. 3 LGC renvoie à la LInf pour l'accès du public aux documents du Grand Conseil. Pour finir, les articles 100 ss LGC contiennent les règles relatives au secret de fonction (cf. à ce sujet N 59).

Aux termes de l'article 8 s. LOCEA, le Conseil d'État doit notamment assurer l'information du public sur ses intentions, ses décisions et les travaux importants de l'administration cantonale. De son côté, l'article 9 al. 2 LOCEA est consacré à la mise en œuvre des droits conférés par la LInf, à laquelle il renvoie pour ce qui est de l'étendue et des modalités du droit. Quant au secret de fonction, il est évoqué à l'article 17 LOCEA.

Adoptée par le Conseil d'Etat, l'ordonnance sur l'accès aux documents prévoit, pour la mise en œuvre du droit d'accès, des dispositions organisationnelles spécifiques pour le Conseil d'Etat et son administration, y compris les établissements personnalisés (art. 1 al. 1 en rel. avec art. 16 al. 2, 19 et 21 OAD).

Dans le domaine de la justice, c'est l'article 30 LJ qui régit l'information du public par les autorités judiciaires fribourgeoises, auxquelles la LInf s'applique également (cf. III.A.). Aux termes de son alinéa 1 lit. b, les autorités judiciaires doivent assurer la mise en œuvre du droit d'accès aux documents officiels. De son côté, le tribunal cantonal est chargé de compléter par voie réglementaire les dispositions de la LJ (art. 30 al. 2 LJ)⁵⁰.

Le Tribunal cantonal a adopté le RTCInf, qui précise lui aussi l'accès aux documents officiels détenus par les autorités judiciaires (cf. notamment art. 18 s. RTCInf). De leur côté, les directives prises par d'autres autorités s'occupent principalement du préarchivage des dossiers judiciaires et de leur remise aux Archives de l'État. Quant au Ministère public, il a élaboré, notamment sur la base de la LJ, une directive⁵¹ relative à l'accès au dossier au titre des articles 101 al. 1 et 102 CPP. Celle-ci précise également les modalités de consultation par des tiers des ordonnances pénales entrées en force (point 4). Pour la consultation des ordonnances pénales au-delà d'un laps de temps donné, des autres ordonnances ainsi que des dossiers dont les procédures sont closes, le texte renvoie à la LInf (point 4). La directive relative à la communication du Ministère public avec les médias⁵² est intéressante pour ces derniers, notamment parce qu'elle fixe un délai de consultation des ordonnances pénales pour les journalistes accrédités (point 10).

⁵⁰ Cf. pour le RTCInf N 22.

⁵¹ Directive n° 1.12 du Procureur général du 1^{er} janvier 2012 relative à la consultation des dossiers.

⁵² Directive n° 2.1 du Procureur général du 22 décembre 2010, relative à la communication du Ministère public avec les médias.

B. Dispositions exclues du champ d'application de la LInf

- 44 La LInf régleme *de nombreuses questions* qui, toutes, participent à la concrétisation du droit à l'information. En effet, son entrée en vigueur a entraîné plusieurs (17) modifications législatives, qui concernent l'organisation de divers organes publics, la protection des données et parfois même les législations matérielles topiques (cf. art. 44 LInf)⁵³.
- 45 Par ailleurs, il existe un certain nombre de situations qui, *bien que proches du champ d'application de la LInf, n'en relèvent cependant pas*. Dans ce contexte et dans les lignes qui suivent, nous allons examiner de plus près l'entraide administrative, les règles de procédure et la protection des données.
- 46 Ainsi, la LInf ne régleme pas l'accès aux documents officiels entre autorités. Celui-ci fait l'objet des dispositions relatives à l'*entraide administrative*. Par rapport à la LInf, elles ne constituent pas des dispositions spéciales et la LInf ne s'applique donc pas en tant que *lex generalis* (cf. à ce sujet ch. IV.A).
- 47 Les dispositions énumérées ci-après ne concrétisent pas le droit à l'information mais d'*autres exigences constitutionnelles*, qui peuvent également inclure un accès à des documents officiels⁵⁴.
- Dispositions qui concrétisent le droit d'être entendu, reconnu au niveau constitutionnel (art. 29 al. 2 Cst. féd., art. 29 al. 2 Cst. cant.);
La LInf ne s'applique pas à la consultation des documents relatifs à des procédures civiles, pénales, de juridiction administrative et d'arbitrage encore pendantes (art. 21 al. 1 lit. a LInf), ni à la consultation du dossier par les parties durant une procédure administrative de première instance (art. 21 al. 1 lit. b LInf). Dans de tels cas, le droit d'accès aux documents officiels est exclusivement réglemé par les dispositions procédurales *ad hoc* émises par la Confédération voire le canton (sur le champ d'application de la LInf, cf. ch. III).
Quant à l'accès à des documents officiels lors d'une procédure civile ou pénale, sa mise en œuvre est assurée par les codes fédéraux de procédure (CPC, CPP) ainsi que par le CPJA pour la procédure et la juridiction administratives à l'échelon cantonal. Dans ce contexte, il convient également de tenir compte du droit d'être entendu, garanti au niveau constitutionnel (art. 29 al. 2 Cst. féd.).
Il existe encore d'autres situations à différencier dans le contexte de l'accès à des documents officiels qui concernent des procédures administratives (cf. à ce sujet ch. V.C).

⁵³ Cf. également VOLLERY, RFJ/FZR 2009, N 31 s.

⁵⁴ Cf. HÄNER, ZBl 104/2020, 284 s.

- Dispositions qui concrétisent le droit – garanti par la constitution – d’accéder à ses propres données personnelles («droit à l’information en matière de protection des données»; art. 12 al. 2 Cst. cant., art. 13 al. 2 Cst. féd.);

La *protection des données* porte sur la divulgation de données personnelles susceptibles d’entrer dans le champ d’application de la LInf. Dans le même temps, la LPrD protège certaines données personnelles. Il en résulte une distorsion entre, d’une part, l’intérêt public à l’information et, de l’autre, l’intérêt à la protection des données personnelles. En dépit du fait que la protection des données et l’obligation d’informer, voire le droit d’accès, puissent se contrarier, les champs d’application résolument différents entre la LInf et la LPrD renvoient aux orientations respectives de ces lois (cf. N 67).

La LInf n’interdit toutefois pas que plusieurs demandes (par exemple une demande d’informations en vertu de la LPrD et une en vertu de la LInf) puissent être déposées simultanément. La procédure pour traiter la demande est régie par la base légale applicable en l’espèce; de la sorte, plusieurs procédures peuvent se dérouler en parallèle. Toutefois, il n’est pas possible de les fusionner et, dès lors, de modifier à volonté les demandes.

La question de la portée des dispositions doit être distinguée de celle de la base légale. Diverses prétentions constitutionnelles peuvent se recouper et s’appliquer de manière cumulative (p. ex. le droit des parties à l’accès aux dossiers d’une procédure close). Dans ce contexte, il peut en résulter des situations où il devient difficile de déterminer l’applicabilité de la LInf, autant de cas qui doivent être éclaircis à chaque fois par voie d’interprétation.

C. Relation avec la LTrans

En vertu de son article 2 al. 1, la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l’administration (LTrans) est applicable à l’administration fédérale (lit. a), aux organismes extérieurs dans la mesure où ils édictent des actes ou rendent des décisions en première instance (lit. b) ainsi qu’aux Services du Parlement (lit. c). Les cantons n’entrent pas dans le champ d’application de la LTrans, même lorsqu’une tâche publique de la Confédération leur a été confiée⁵⁵.

Dans le canton de Fribourg, c’est la LInf qui s’applique pour les documents officiels cantonaux. La *LTrans s’applique donc au niveau fédéral et la LInf au niveau cantonal*. Toutefois, si des documents relèvent simultanément des deux autorités, les deux lois peuvent s’appliquer⁵⁶.

Au niveau fédéral également, des questions se posent quant à la relation entre la LTrans et la législation spéciale: dans un ATF 146 II 265, le Tribunal fédéral s’est notamment

⁵⁵ Message LTrans, FF 2003 1829.

⁵⁶ HÄNER, ZBl 104/2020, 293.

demandé si des dispositions de la loi fédérale sur la sécurité des produits avaient valeur de *lex specialis* par rapport à la LTrans⁵⁷.

- 50 La LTrans a servi de *modèle* à la LInf – mais aussi aux réglementations des cantons de Genève et Soleure⁵⁸. A titre d'exemple, on peut citer ici la notion de «document officiel» retenue par la LInf et qui s'inspire fortement de la LTrans, quoiqu'elle soit ancrée différemment dans la loi du point de vue de la systématique (N 38)⁵⁹.
- 51 À la différence de la LInf, dont les articles 4 ss contiennent également diverses obligations en matière d'information du public⁶⁰, la *LTrans réglemente uniquement, au niveau fédéral, l'accès aux documents officiels*. L'information du public ne fait donc pas l'objet de la LTrans⁶¹. En outre, l'article 3 LTrans exclut du champ d'application de la loi à raison de la matière les droits d'accès reposant sur certaines procédures et sur la protection des données.
- 52 Le champ d'application de la LTrans se révèle par ailleurs *plus restrictif* que celui de la LInf. En d'autres termes, l'accès aux documents officiels est moins généreux au niveau fédéral que dans le canton de Fribourg: ainsi, le Conseil fédéral n'est pas soumis à la LTrans en raison de la haute importance accordée au principe de collégialité au niveau fédéral (art. 177 Cst. féd.)⁶². En revanche, le Conseil d'État du canton de Fribourg est subordonné à la LInf, étant donné que dans le canton le droit d'accès est un droit fondamental et que le principe de collégialité n'est pas mentionné dans la Constitution et se voit donc reconnaître une moindre importance⁶³. En ce qui concerne les organes du Pouvoir judiciaire et le Conseil de la magistrature, la LInf s'applique directement et pas seulement par analogie, contrairement à la solution retenue pour le Tribunal fédéral (art. 28 LTF), le Tribunal administratif fédéral (art. 30 LTAF) et le Tribunal pénal fédéral (art. 64 LOAP)⁶⁴.

57 Pour toute cette question, cf. ANDRÉ WINKLER dans le présent volume.

58 WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 2 s.

59 Cf. entre autres Message LInf, 944.

60 Comme c'est par exemple le cas à BE, GE ou même JU (cf. SPOERRI/VARONE, LeGes 2008/1, 94 s.).

61 Cf. Message LTrans, FF 2003 1821.

62 Cf. Message LTrans, FF 2003 1821, 1828.

63 VOLLERY, RFJ/FZR 2009, N 30; cf. également HÄNER, ZBI 104/2020, 290 s.

64 Message LInf, 938.

V. Quelques exemples concrets d'application et de délimitation

Comme on l'a vu, l'objet et le champ d'application de la LInf sont si vastes 53 qu'ils englobent plusieurs autorités et plusieurs procédures et, partant, qu'ils empiètent sur d'autres lois. Dans certains cas d'espèce, il peut arriver que la délimitation entre la LInf et un autre texte légal ne soit pas évidente, d'autant plus que certaines réserves contenues dans la LInf ne s'appliquent qu'à un aspect précis du droit à l'information. Les paragraphes suivants décrivent un certain nombre de cas dans lesquels la consultation ou l'accès aux documents officiels se fondent sur plusieurs lois, soulevant ainsi certains problèmes de démarcation.

A. Accès par le biais de l'entraide administrative

En l'espèce, la notion d'*entraide administrative* désigne l'assistance que les 54 unités administratives s'accordent mutuellement dans l'accomplissement de leurs tâches, par le biais d'une aide qui ne fait pas l'objet de règles de procédure⁶⁵. La LInf ne se prononce pas sur l'assistance administrative; en cas d'échange de documents officiels au sein du canton, elle n'est à notre avis pas applicable. En effet, la LInf poursuit un autre but réglementaire: rendre les activités de l'État transparentes aux yeux du public (cf. art. 1 al. 2 lit. a LInf). La situation qui nous intéresse ici – une autorité cantonale ou communale demande des documents officiels à une autre autorité cantonale – fait donc l'objet des règles relatives à l'assistance administrative⁶⁶. Il n'en demeure pas moins que, quand un membre d'autorité souhaite exercer son droit d'accès à des documents officiels en qualité de personne privée, sa demande est examinée selon les critères de la LInf.

La Constitution fédérale mentionne à l'article 44 al. 2 l'*entraide administrative entre la Confédération et les cantons*, cette disposition étant avant tout «de nature programmatique et relevant du droit objectif»⁶⁷. 55

Pas plus au niveau fédéral qu'au niveau cantonal, on ne trouve de loi générale 56 sur l'entraide administrative. En principe, la LTrans ne s'applique pas à l'échange d'informations entre les autorités dans le contexte de l'entraide

⁶⁵ Pour une bonne compréhension de ce concept, cf. SIMON, 39, 41.

⁶⁶ Dans le même sens également BOILLAT/WERLY, Annuaire ASDPO 2019/2020, 37, qui arrivent à cette conclusion en raison de l'absence d'une réglementation cantonale. Pas plus la LInf que ses travaux préparatoires n'évoquent sa relation avec l'entraide administrative.

⁶⁷ WALDMANN/KRAEMER, BSK BV, Art. 44 N 28 (trad.).

administrative et des procédures annexes. On y trouve néanmoins une exception, à savoir les procédures nationales d'assistance administrative non litigieuses⁶⁸.

- 57 La LTrans s'exprime quand même sur *les relations entre Confédération et cantons*. Aux termes de son article 7 al. 1 lit. e, le droit d'accès peut être limité, différé ou refusé, lorsque l'accès à un document officiel risque de compromettre les relations entre la Confédération et les cantons ou les relations entre cantons. C'est notamment le cas pour des documents provenant de cantons qui ne connaissent pas le principe de transparence ou dans lesquels sa portée matérielle diffère de celle de la LTrans⁶⁹. Dans les cantons appliquant le principe de transparence, cette marque de respect devrait déjà résulter de l'article 44 al. 2 Cst. féd.⁷⁰.
- 58 Pour ce qui concerne l'*entraide administrative dans le canton de Fribourg*, plusieurs dispositions législatives y sont consacrées. Les articles 18 ss CPJA contiennent des normes générales sur les conflits de compétence entre autorités. D'autres dispositions figurent dans les lois d'organisation ou les textes matériels topiques (cf. p. ex. art. 38 LGC ou art. 19 LMed). Elles n'ont pas de lien direct avec la LInf et visent un autre objet de réglementation.

B. Droit d'accès compte tenu du secret de fonction

- 59 Une nouvelle difficulté surgit quand il s'agit d'opérer une délimitation avec des documents traités par les organes publics sous le sceau du *secret de fonction*. Selon l'article 25 al. 3 LInf, les dispositions générales sur le secret de fonction ne font pas obstacle au droit d'accès. Le secret de fonction ne soustrait donc pas *a priori* un document du champ d'application de la LInf à raison de la matière. En d'autres termes, l'accès à un document officiel doit également être examiné selon les critères de la LInf, même s'il contient certaines informations couvertes par le secret de fonction. L'article 25 al. 3 LInf réserve cependant les dispositions de la législation fédérale et des lois cantonales qui déclarent certaines informations secrètes ou accessibles à des conditions particulières.

À titre d'exemples de telles dispositions générales, le message mentionne l'art. 60 LPers, l'art. 100 LGC, l'art. 17 LOCEA ou encore l'art. 83b al. 1 LCo⁷¹. Toutefois, dans certains cas particuliers, il peut s'avérer malaisé de distinguer si un secret de fonction gé-

⁶⁸ SCHWEIZER, SGK BV, Art. 44 N 35; cf. également Message LTrans, FF 2003 1821.

⁶⁹ Message LTrans, FF 2003 1852.

⁷⁰ HÄNER, ZBl 104/2020, 293.

⁷¹ Message LInf, 945.

néral est prévu ou s'il convient simplement de respecter une obligation de confidentialité; pour y parvenir, il faut procéder à une interprétation des textes⁷². Comme exemple de dispositions dans lesquelles la loi qualifie certains documents de secrets, on peut citer l'art. 41 al. 3 LOCEA ou l'art. 53 al. 3 LFE.

C. Consultation des actes de procédure

Pour ce qui concerne l'accès aux documents officiels établis au cours d'une 60
procédure, il y a lieu de rappeler à titre préliminaire les réflexions générales
touchant la relation entre la LInf et les actes de procédure (ci-dessus N 24
s.). Au moment de procéder à une délimitation concrète, des éléments
comme *le genre de procédure, le stade où elle se trouve ainsi que le lien
avec le demandeur* vont jouer un rôle essentiel. A noter que plusieurs ques-
tions en suspens liées à ce thème ont pu être tranchées devant les tribu-
naux⁷³.

Lorsqu'il s'agit de documents officiels établis dans le cadre d'une *procé- 61
dure judiciaire*, il faut voir à quel stade de la procédure l'accès est demandé.
L'article 21 al. 1 lit. a LInf exclut en effet la consultation des documents
relatifs à des procédures civiles, pénales, de juridiction administrative et
d'arbitrage encore *pendantes*.

La consultation des actes liés à une procédure judiciaire pendante est régie par les règle-
ments de procédure et garantie par le droit constitutionnel d'être entendu (art. 29 al. 2
Cst. féd.). C'est ainsi l'article 101 CPP qui régleme la consultation des dossiers dans
de telles circonstances. En revanche, le CPP reste muet sur l'accès aux actes relevant
d'une procédure pénale close. Selon la jurisprudence du Tribunal cantonal fribourgeois,
après la clôture de la procédure le droit de consultation n'est plus régi par le CPP, mais
par les dispositions topiques du droit cantonal ou du droit fédéral, notamment celles qui
concernent l'archivage et la protection des données⁷⁴. Il s'ensuit que la possible appli-
cation de la LInf doit également être examinée au cas par cas⁷⁵.

Pour ce qui concerne le droit de consulter des actes liés à une *procédure 62
administrative*, le stade auquel elle se trouve joue également un rôle décisif.

⁷² Ce problème a été abordé dans le Message LInf, 946, sous l'angle de la relation avec des dispositions du droit fédéral.

⁷³ Cf. BERGAMIN dans le présent volume.

⁷⁴ TC FR, Arrêt 601 2018 76 du 13 septembre 2018 consid. 2.2; TC FR, Arrêt 502 2014 212 du 22 avril 2015 consid. 2a.

⁷⁵ L'applicabilité de la LInf est confirmée dans l'arrêt du TC FR 601 2020 52 du 20 avril 2020. La question avait été laissée en suspens dans un arrêt antérieur (TC FR, arrêt 601 2018 76 du 13 septembre 2018 consid. 3.2). Une autre hypothèse est évoquée par le Message LInf, 943, selon laquelle l'accès aux procédures judiciaires serait exclu non seulement pendant la procédure, mais aussi par la suite; dans le projet de loi, il était encore question de procédure pénale en général – l'ajout de la précision «pendantes» est apparu ultérieurement, dans le contexte d'une révision de la LInf en 2016.

L'article 21 al. 1 lit. b LInf exclut la consultation du dossier par les parties durant une procédure administrative de première instance. La jurisprudence a précisé que ladite exclusion ne concernait que les procédures en cours⁷⁶. Durant une telle procédure, les parties disposent d'un droit d'accès au dossier en vertu du CPJA (cf. art. 63 ss. CPJA) et du droit d'être entendu ancré dans la constitution (art. 29 al. 2 Cst. féd.).

- 63 La LInf ne se prononce pas expressément sur la *consultation* des dossiers relevant d'une procédure administrative de première instance *par des tiers*, autrement dit des personnes n'ayant pas la qualité de partie. Selon l'article 21 al. 1 lit. b LInf *a contrario*, une telle consultation serait garantie par la LInf. Ce droit d'accès trouve cependant ses limites dans des intérêts publics ou privés prépondérants et contradictoires (cf. art. 26 s. LInf). La LInf reste donc applicable à la consultation par des tiers. Pour accéder au dossier, tant d'une procédure pendante que d'une procédure close, la personne concernée n'a pas à motiver sa demande ou à faire valoir un quelconque intérêt particulier. Toutefois, il existe certaines limites (art. 26 et 27 LInf, notamment art 26 al. 1 lit. c et art. 27 s. LInf). Pour les procédures administratives closes, un droit d'accès est déjà conféré aux tiers, par l'article 29 al. 2 Cst. féd., s'ils sont en mesure de justifier un intérêt digne de protection. En conséquence, le droit de consultation conféré par la LInf va plus loin⁷⁷.
- 64 À l'issue de la *procédure*, l'accès aux informations est donc également régi par la LInf. Cela implique nécessairement – lorsqu'un organe public ne répond pas à la demande – la mise en œuvre de la médiation prévue par la LInf⁷⁸.
- 65 Selon la jurisprudence du Tribunal cantonal, les documents originairement établis *en dehors de toute procédure* et qui ont été incorporés ultérieurement dans les actes de celle-ci, restent soumis au champ d'application de la LInf⁷⁹.

⁷⁶ La version française de la loi est ici plus précise grâce à l'utilisation de la préposition «durant».

⁷⁷ Cf. à ce propos TC FR, arrêt 2014 118 du 23 décembre 2014 consid. 4.a avec d'autres renvois.

⁷⁸ Cf. le commentaire critique de VOLLERY, RFJ/FZR 2014, 344 s. sur l'arrêt du TC FR 601 2014 118 du 23 décembre 2014. On comprend aisément l'importance d'une application correcte: la procédure de médiation de la LInf n'est pas aménagée de la même manière qu'une procédure administrative ou judiciaire classique (cf. à ce propos dans ce volume la contribution de WALDMANN ainsi que l'analyse empirique de STOFFEL/ZUNZER RAEMY).

⁷⁹ TC FR, arrêt 601 2020 131 du 29 janvier 2021; sur le même thème ATF 147 I 47.

D. Accès aux données personnelles

La *protection des données* porte sur la divulgation de données personnelles susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la LInf. Tant en ce qui concerne l'information du public que le droit d'accès, des données personnelles sont souvent concernées. En même temps, la LPrD protège certaines données personnelles. Il en résulte quelques tensions entre, d'un côté, l'intérêt public à l'information et, de l'autre, l'intérêt à la protection des données personnelles⁸⁰. 66

Dans le canton de Fribourg – comme le droit à l'information et à la consultation – la protection des données revêt la qualité de droit fondamental (cf. art. 12 al. 2 Cst. cant.)⁸¹. À l'inverse d'un certain nombre de cantons, elle est régie par une loi spécifique distincte⁸². Au niveau législatif, l'article 23 al. 1 LPrD permet à toute personne de demander au responsable d'un fichier si des données la concernant y sont traitées.

Dans certains cas concrets, la protection des données et l'obligation d'information ou de droit d'accès paraissent vraiment incompatibles⁸³. Pourtant, la *différence des objets* entre la LInf et la LPrD trahit leurs idées-forces respectives: la LInf doit notamment contribuer de manière essentielle à la transparence des activités étatiques (art. 1 al. 2 lit. a LInf), alors que la LPrD vise à protéger les droits fondamentaux des personnes lorsque des organes publics traitent des données à leur sujet (art. 1 al. 1 LPrD). 67

Des difficultés peuvent ainsi survenir quand il s'agit de *distinguer* entre des demandes visant à savoir si l'Etat traite les données propres des requérants, et des demandes d'information voire de consultation de documents officiels. Lorsqu'une personne demande l'accès à un document, il n'est pas toujours évident de savoir quelle sera la loi applicable à cette consultation. Si elle souhaite exercer le droit d'accès qui lui est garanti par la protection des données et savoir si des données personnelles à son sujet ont été traitées, et le cas échéant lesquelles, c'est la LPrD qui va s'appliquer. Si en revanche la personne souhaite, de manière toute générale, prendre connaissance d'un document, c'est la LInf qui va s'appliquer. La demande d'information, voire l'accès aux documents officiels, doit être traitée conformément aux dispositions de la LInf; en toute hypothèse, le contenu des informations demandées pourra jouer un rôle ultérieurement, notamment en cas de pesée des intérêts. Par ailleurs, il est possible de déposer simultanément plusieurs demandes en parallèle (cf. également N 47). 68

⁸⁰ Cette relation est explorée de manière exhaustive par COTTIER dans le présent volume.

⁸¹ Cf. p. ex. VOLLERY, RFJ/FZR 2009, N 20.

⁸² *IBID.*, RFJ/FZR 2009, 370.

⁸³ Cf. à ce propos COTTIER, *medialex* 2000, 191 s.

E. Accès aux documents archivés

69 Il n'a jamais été envisagé d'intégrer le domaine de l'archivage aux travaux préparatoires: la LInf n'est pas censée régler la manipulation des documents par les organes publics⁸⁴. Néanmoins, la question peut se poser de savoir si la LInf peut également, le cas échéant, s'appliquer à l'accès aux documents archivés.

70 La LArch régleme nte notamment l'archivage des documents des organes publics (art. 1 al. 1 LArch). Conformément à ses articles 15 et 16, l'accès aux archives historiques fait l'objet d'un *délai de protection*. Le délai ordinaire est de 30 ans, le délai spécial varie en fonction des circonstances. Ces délais de protection doivent être pris en compte lorsqu'il s'agit de traiter une demande de consultation.

71 Il peut se révéler délicat de déterminer *le moment où débute le délai de protection*, autrement dit quand une procédure peut être considérée comme close. Selon l'article 15 al. 2 LArch, ce délai court à compter de la date de clôture du dossier ou, pour un document isolé, de la date de création de ce dernier. Ainsi, dans certains cas concrets, il n'est pas toujours évident de déterminer à partir de quelle date le délai court, ou alors quel document archivé le déclenche.

Au niveau fédéral, la réglementation prévue par l'article 10 LAr est plus claire: le délai de protection court à partir de la date du dernier document d'une affaire ou d'un dossier.

72 Le droit d'accès vaut aussi bien pour les documents «actifs» que pour ceux qui sont archivés⁸⁵. Si la consultation d'un document archivé est demandée *avant que le délai de protection ne soit échu*, c'est la LInf qui s'applique, et *ipso facto* la procédure qu'elle instaure (cf. art. 14 al. 1 LArch en rel. avec art. 20 al. 2 LInf). Toutefois, quand une demande d'accès est déposée, ce n'est plus simplement l'organe de délivrance qui doit la traiter: il doit également prendre l'avis des responsables des archives (art. 37 al. 2 LInf⁸⁶).

Lorsqu'une demande porte sur un document qui a déjà été remis aux archives historiques, elle est considérée comme soulevant des difficultés particulières (art. 8 al. 1 lit. b OAD). En conséquence, l'organe public peut exiger la confirmation écrite d'une demande adressée par oral (art. 9 al. 3 OAD). Dans le même ordre d'idées, le délai pour le traitement initial de la demande peut être prolongé de 30 jours (art. 13 al. 2 lit. a OAD). En outre, les unités administratives et les commissions doivent en informer le correspondant ou la correspondante de leur Direction (art. 21 al. 3 OAD). Finalement, les émoluments frappant les droits d'accès des documents archivés sont réglementés de manière spécifique (art. 1b OAD).

73 *Après l'expiration du délai de protection*, la LInf n'est plus applicable et la consultation des documents est libre (art. 14 al. 2 LArch). La consultation

⁸⁴ Message LInf, 932.

⁸⁵ Message LInf, 934.

⁸⁶ Cf. également art. 24 RArch.

peut toutefois être limitée si l'état de conservation des documents l'exige (art. 14 al. 4 LArch). Sont également soumis à un délai de protection spécial les documents classés selon des noms de personnes et qui contiennent des données personnelles sensibles (art. 16 al. 1 LArch). Eventuellement, la durée du délai de protection peut être prorogée (art. 16 al. 4 LArch).

L'accès aux documents archivés est pour partie soumis à des *dispositions ou des modalités particulières*, conformément à la LInf ou l'OAD. 74

La LInf s'exprime enfin sur les *compétences* en matière de documents archivés: l'organe public qui a versé des documents aux archives reste compétent pour traiter les demandes d'accès relatives à ces documents jusqu'au terme du délai de protection prévu par la LArch (art. 37 al. 2 LInf). 75

VI. Appréciation

Notre contribution porte sur l'*objet* et le *champ d'application* de la LInf. 76 Dans l'idée d'une synthèse globale, la structure de la législation fribourgeoise a été passée en revue et des références croisées établies avec les dispositions pertinentes d'autres lois. Les idées-forces sont résumées ici en guise de conclusion.

La LInf concrétise le principe de transparence dans le canton de Fribourg. 77 Son *objet* est défini de manière relativement large: il ne se limite pas à la procédure de consultation des documents officiels, mais englobe également l'information du public.

Il en va de même pour son *champ d'application*, qui est lui aussi généreusement dimensionné. Tant à raison des personnes que de la matière, les organes publics et leurs activités sont mentionnés dans la Constitution déjà. 78 Des personnes privées peuvent également être soumises à la LInf, pour autant qu'elles remplissent les conditions requises. Mais, dans le même temps, on croise un grand nombre d'exceptions et de réserves en faveur de la législation spéciale (et donc dérogatoire).

Il convient donc d'examiner en détail la *relation entre les dispositions de la LInf et celles d'autres lois*. Cette vérification s'opère, d'une part, à l'égard de la législation spéciale et, de l'autre, à l'égard des dispositions basées sur un autre objet de réglementation. Il convient à ce propos de noter que la structure de la LInf semble parfois un peu «brouillonne»⁸⁷. 79

⁸⁷ Ainsi, certaines réglementations relatives au même contenu sont dispersées dans des textes différents (p. ex. les documents officiels: dans le cas de l'art. 29 s. LInf, il n'est pas clair du point de vue légistique si les cas particuliers qui sont énumérés ne représentent pas une limitation de la notion de documents officiels, plutôt qu'une question d'étendue du droit d'accès selon l'art. 25 LInf; cf. à ce propos N 26 ss.).

80 Cet article a passé en revue plusieurs de ces situations qui impliquent des questions d'application et de délimitation. D'un point de vue juridique, il y a là un hic: dans certains cas, la LInf ne se prononce pas sur son rapport avec d'autres dispositions. Une interprétation scrupuleuse s'impose donc. Mais même dans des situations qui, selon la LInf, sont réservées à la législation spéciale, la question ne semble pas être aussi clairement tranchée qu'on pourrait le croire à première vue. Là encore, à notre avis, une interprétation approfondie peut s'avérer nécessaire.