

Note

Pour la version originale du texte cf. ERIC GOLAZ, L'accès aux documents officiels en droit fribourgeois et vaudois: quelle indépendance des autorités dédiées à la transparence?, in: Waldmann/Bergamin (éds), 10 ans LInf Fribourg, Stämpfli Verlag, Bern 2021, 269–277.

L'accès aux documents officiels en droit fribourgeois et vaudois: quelle indépendance des autorités dédiées à la transparence?

Une appréciation comparée d'un droit à portée démocratique

ERIC GOLAZ

Table des matières

| | |
|--|----------|
| I. Introduction..... | 2 |
| II. Les droits fribourgeois et vaudois..... | 2 |
| III. Les institutions cantonales..... | 3 |
| A. L'Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données (Fribourg)..... | 3 |
| B. Le Préposé à la protection des données et à l'information (Vaud)..... | 3 |
| IV. Les statistiques..... | 4 |
| V. L'indépendance des autorités dédiées à la transparence..... | 5 |
| A. L'autorité de nomination | 6 |
| B. L'organisation administrative..... | 6 |
| C. L'indépendance budgétaire..... | 6 |
| D. Le contrôle financier..... | 7 |
| E. L'indépendance en ressources humaines | 7 |
| F. Le statut du (de la) Préposé(e) | 7 |
| G. La liberté de communiquer | 7 |
| VI. Le droit international..... | 8 |
| VII. Conclusion | 9 |

I. Introduction

- 1 Dans cet article, une courte analyse comparative des droits fribourgeois et vaudois permettra de constater que les deux approches cantonales divergent très peu sur les principes. Dans les faits, ce sont les procédures mises en place, avec les autorités qui les pratiquent, qui diffèrent.
- 2 A partir de là, un examen des statistiques annuelles conduira à deux constats:
- Le premier permet d'affirmer que des choix organisationnels et procéduraux distincts ne conduisent pas à l'obtention de résultats différents s'agissant du nombre des causes à traiter et du sort à leur donner;
 - Le second consiste à observer que les autorités dédiées à la transparence ont vu leur activité augmenter de façon substantielle au cours de ces cinq dernières années.
- 3 Ainsi, c'est dans une perspective plus globale que nous concluons. Avec les évolutions sociétales que notre pays connaît, l'enjeu majeur de la matière nous paraît être devenu aujourd'hui celui de l'indépendance des autorités mis en place en vue de garantir le principe de la transparence.

II. Les droits fribourgeois et vaudois

- 4 Les lois à considérer ici sont les suivantes:
- Loi sur l'information et l'accès aux documents du 9 septembre 2009 (LInf), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011;
 - Loi sur le droit à l'information du 24 septembre 2002 (LInfo), entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2003.
- 5 Ainsi, les lois vaudoises et fribourgeoises ont été adoptées et sont entrées en vigueur à sept ans d'intervalle. Elles participent d'un même mouvement démocratique qui a conduit au tournant du siècle à une révision d'une grande partie de nos constitutions cantonales.
- 6 Dans ce contexte, les solutions juridiques adoptées ne divergent que sur des points de détail. A titre d'exemples, nous ferons mention des éléments suivants:
- Le champ d'application des deux lois est quasiment le même, si ce n'est que le droit fribourgeois a notamment prévu une exception en faveur de ses institutions religieuses, qui ne sont pas soumises à la loi (art. 3 LInf).

- Les définitions du document officiel vis-à-vis duquel le droit d'accès est ouvert sont également très proches. Sur ce point, on relèvera l'exception prévue en droit vaudois s'agissant des documents internes, qui consistent pour l'essentiel dans les documents échangés entre membres d'une autorité collégiale (Conseil d'Etat et Municipalités) ou entre ceux-ci et leurs collaborateurs (art. 9 al. 2 LInfo).

Dans les faits, c'est sur le plan des institutions chargées de l'exercice de la loi, ainsi que des procédures à appliquer, que les deux cantons ont adopté des solutions différentes. 7

III. Les institutions cantonales

A. L'Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données (Fribourg)

La loi fribourgeoise a mis en place une Autorité (art. 39 LInf), composée de deux organes spécialisés avec: 8

- Une Commission cantonale qui joue un rôle principal de coordination et de surveillance ; à noter qu'elle ne dispose d'une compétence de décision que pour ce qui concerne les cas relevant de la convention d'Aarhus ; en outre, la commission dirige l'activité du ou de la préposé(e) à la transparence (art. 40 LInf).
- Un ou une Préposé(e) à la transparence dont les fonctions principales relèvent de l'information au public et aux organes soumis à la loi, avec un rôle essentiel de médiation (art. 41 LInf).

Avec cette organisation, le pouvoir de décision en cas de non-conciliation est laissé à l'ordre judiciaire. 9

B. Le Préposé à la protection des données et à l'information (Vaud)

La loi vaudoise attribue au Préposé à la protection des données et à l'information la charge de la procédure de recours en la matière, ainsi que celle d'informer les particuliers et les entités soumises à la loi (art. 27a LInfo). 10

Ainsi, un intéressé peut recourir au Préposé ou directement au Tribunal cantonal (art. 21 al. 1 LInfo). Dans cette perspective, le préposé dispose d'un 11

pouvoir de décision avec le devoir de tenter la conciliation. Sa décision peut faire l'objet d'un recours au Tribunal cantonal.

- 12 A noter qu'avec ce cadre légal, en 2019, le Conseil d'Etat vaudois a nommé une Préposée à la protection des données avec la fonction de Préposée suppléante au droit à l'information, ainsi qu'un Préposé au droit à l'information, avec la fonction de Préposé suppléant à la protection des données.

IV. Les statistiques

- 13 Des organisations institutionnelles distinctes peuvent-elles produire des effets différenciés s'agissant du nombre de dossiers traités? Du nombre de dossiers donnant lieu à une médiation, respectivement à une procédure de recours?
- 14 Le tableau suivant apporte quelques réponses quant aux effets d'une structure organisationnelle et procédurale:

| | Canton de Fribourg ¹ | | Canton de Vaud | |
|------|---------------------------------|------------|--------------------------|------------------------|
| | Conseils et informations | Médiations | Conseils et informations | Recours et oppositions |
| 2016 | 30 | 7 | 59 | 9 |
| 2017 | 26 | 11 | 72 | 13 |
| 2018 | 31 | 15 | 103 | 8 |
| 2019 | 59 | 29 | 113 | 14 |
| 2020 | 45 | 20 | 118 | 20 |

- 15 Des chiffres qui précèdent, il convient de retenir les éléments suivants:
- Compte tenu de leur nombre d'habitants respectifs, les deux cantons traitent un nombre de cas comparable, au titre des conseils et informations.
 - Le nombre d'affaires à traiter par les deux préposés cantonaux dans le cadre de leurs procédures respectives ne diffère guère. Une explication évidente n'est pas aisée à donner. Pour apprécier cette situation, il faut cependant avoir en tête que les procédures de recours, suite à des décisions de refus prises par des communes, n'entrent pas dans la compétence du Préposé vaudois et sont traitées directement par le Tribunal

¹ Les chiffres fribourgeois sont tirés du rapport d'activité 2020 de l'ATPrD, 35.

cantonal. Cela enlève bien évidemment au Préposé un nombre de cas qui peut expliquer le manque de différentiel relevé.

- Sur cette base, l'on ne peut que constater que sur un plan chiffré, les situations vécues par les deux cantons sont équivalentes.
- On doit en déduire que l'organisation institutionnelle a peu d'impact sur le nombre absolu de demandes relevant du droit d'accès, pas plus que sur le nombre de cas requérant l'engagement d'une procédure formelle.

V. L'indépendance des autorités dédiées à la transparence

Si les statistiques récentes ne permettent pas d'amener de conclusions pratiques quant au mode d'organisation à mettre en place dans le cadre d'une politique de la transparence, elles ne peuvent que conduire à la conclusion que les attentes en la matière vont en augmentant de la part du public et de la presse. 16

Les chiffres le démontrent, c'est à une courbe géométrique que l'on a affaire s'agissant du nombre de cas à traiter par les autorités vouées à la transparence. A cet égard, l'année 2020 doit être prise en considération en tenant compte de la situation sanitaire très particulière traversée par le pays. 17

Partant de ce constat d'une réelle augmentation de la demande en matière d'information, il ne fait guère de doute que l'enjeu des années à venir sera celui de l'indépendance des autorités chargées de cette problématique. De plus en plus, une société soumise aux contraintes du monde informatique et des réseaux sociaux va exiger l'intervention de contrepois protecteurs. Et l'apparence dégagée par ceux-ci aura une portée essentielle. 18

A cet égard, le droit fribourgeois a inscrit à l'art 32 al.1 de la loi sur la protection des données (LPrD-FR) que l'autorité cantonale de la transparence est indépendante dans l'exercice de ses attributions². 19

De même, du côté du droit vaudois, selon l'art 35 al. 1 de la loi sur la protection des données (LPrD-VD), le préposé exerce son activité de manière indépendante. 20

² Pour l'organisation de l'autorité cantonale de Fribourg cf. la contribution d'ANDREAS STÖCKLI et ELISABETH JOLLER dans ce volume.

- 21 Le principe est posé. Sa mise en œuvre sera de plus en plus discutée. A cet
égard, l'on peut se référer aux travaux du prof. BERTIL COTTIER³.
- 22 Au-delà du principe même de l'indépendance, les critères matériels permet-
tant de juger de l'indépendance réelle des autorités en question sont mul-
tiples. Sur ce point, on peut utilement consulter les exigences posées par le
RGPD⁴, articles 52 à 54, qui traite certes du droit voisin de la protection des
données, mais dont la teneur sera décisive au cours de ces prochaines an-
nées.

A. L'autorité de nomination

- 23 A Fribourg, la Commission cantonale est élue par le Grand Conseil suite à
une proposition du Conseil d'Etat (art. 30 al. 1 LPrD-FR). Quant au préposé
ou à la préposé(e) cantonale, il ou elle est nommé-e par le Conseil d'Etat
sur le préavis de la commission (art. 31 al. 1 LPrD-FR).
- 24 Dans le canton de Vaud, le ou la préposé(e) est désigné-e par le Conseil
d'Etat (art. 34 al. 1 LPrD-VD).

B. L'organisation administrative

- 25 L'Autorité fribourgeoise cantonale est rattachée administrativement à une
direction administrative (art. 32 al. 2 LPrD-FR).
- 26 Le Conseil d'Etat vaudois décide du rattachement administratif du Préposé
(art. 35 al. 2 LPrD-VD).

C. L'indépendance budgétaire

- 27 A Fribourg, l'Autorité cantonale à la transparence et de la protection des
données dispose d'une enveloppe budgétaire dont le montant est déterminé

³ Cf. p.ex. sa présentation sur l'indépendance des autorités de protection des données
à la Journée de la protection des données 2020 de l'Université de Lausanne et sa
contribution dans ce volume.

⁴ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016,
relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données
à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la direc-
tive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

chaque année à l'occasion de l'adoption du budget de l'Etat (art. 32 al. 3 LPrD-FR).

Dans le canton de Vaud, la loi ne comporte pas de disposition particulière en la matière. 28

D. Le contrôle financier

Aucun des deux cantons ne prévoit de règles particulières quant au contrôle financier applicable à leurs entités respectives. Les règles générales en la matière leur sont donc applicables. 29

E. L'indépendance en ressources humaines

Aucun des deux cantons ne prévoit de règles particulières quant à l'engagement du personnel par les entités respectives. Les règles générales en la matière leur sont donc applicables. 30

F. Le statut du (de la) Préposé(e)

A Fribourg, les membres de l'Autorité cantonale doivent signaler les liens particuliers qui les rattachent à des entités privées ou publiques (art. 32 al. 5 LPrD-FR). Ils doivent posséder, dans leur ensemble, les connaissances nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches (art. 30 al. 2 LPrD-FR). 31

Dans le canton de Vaud, le ou la Préposé(e) est désigné-e pour une période de 6 ans (art. 34 al. 1 LPrD-VD). 32

G. La liberté de communiquer

Aucun des deux cantons ne prévoit de règles particulières quant à la liberté de communiquer – notamment auprès du public – accordée aux entités respectives. Cette question a toutefois fait l'objet d'une controverse en 2007 dans le canton de Fribourg entre le Conseil d'Etat et l'Autorité. Celle-ci s'est conclue par une expertise qui a confirmé que l'indépendance de l'Autorité lui permet de publier, de son propre chef et sans avis préalable 33

des organes publics concernés, des informations dans les domaines de son choix⁵.

34 On le voit, au moment de l'installation première des autorités dédiées à la transparence, les législatifs ont mis en place des structures légères, en les appuyant logiquement sur les structures administratives existantes. Il s'agissait d'entités nouvelles dont le développement attendait d'être connu. Institutionnellement, les choses n'ont depuis que peu évolué. Toutefois, au vu de l'augmentation d'activité vécue en particulier au cours de ces cinq dernières années, il ne fait pas de doute qu'une mutation organisationnelle devra être engagée et que le principe de l'indépendance devra en être le vecteur principal.

35 La problématique qui se pose principalement au législateur consiste à réunir des éléments organisationnels permettant d'offrir aux autorités compétentes un environnement le plus dépourvu possible de pressions, pressions pouvant provenir aussi bien du public que du privé. L'autonomie organisationnelle est ici essentielle. Les institutions en question se doivent d'être extérieures à l'administration générale des cantons. Elles doivent pouvoir compter sur des ressources propres. Quant aux Préposés, ils se doivent de présenter un profil offrant également une garantie pour ce qui concerne leur compétence professionnelle et leur indépendance. On citera ici la problématique des activités accessoires.

VI. Le droit international

36 En guise de confirmation, deux conventions internationales peuvent ici faire office de premières bornes:

- Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (convention d'Aarhus) du 25 juin 1998;
- Convention no 205 du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics, du 18 juin 2009, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2020.

37 S'agissant de la Suisse, la convention d'Aarhus est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2014. Quant au second texte, notre pays n'en est pour le moment pas signataire.

⁵ Rapport sur l'activité de l'Autorité de surveillance en matière de protection des données 2009, 11 s.

Tous les deux utilisent cependant la même terminologie, en ce sens que les pays signataires doivent prévoir la possibilité de «former un recours devant une instance judiciaire ou un autre organe indépendant et impartial établi par la loi» (art. 9 ch. 1 i.f. de la Convention d'Aarhus), respectivement de disposer d'un recours devant un tribunal ou devant une instance indépendante et impartiale prévue par la loi (art. 8 al. 1 de la convention no 205). 38

Ces textes ne vont pas plus loin s'agissant des exigences posées au plan international. Ainsi, la mise en place d'une entité vouée spécifiquement à la transparence n'entre pas en tant que telle dans les obligations internationales. En cas d'existence, il relève cependant de la responsabilité des pays signataires de lui assurer le respect de la règle de l'indépendance. 39

VII. Conclusion

Le fédéralisme suisse trouve son expression notamment dans la diversité de l'organisation de ses institutions cantonales. Il n'y a là que pure logique, surtout lorsque les chiffres démontrent que des systèmes différents n'amènent pas de résultats pratiques très divergents. Seul le génie de la loi différenciera alors et il en ira du respect de ce que l'on a coutume d'appeler l'esprit du lieu. 40

Dans ce contexte institutionnel, les mouvements sociétaux actuels ne manqueront pas de produire leurs effets de manière généralisée. Le principe de la transparence n'est plus un droit nouveau. C'est un outil indispensable à la bonne marche de nos institutions démocratiques. En Suisse, la presse l'utilise de plus en plus comme un instrument de travail. Et le nombre de demandes déposées annuellement démontre que le besoin dépasse largement cette approche que l'on qualifiera de professionnelle. A partir de là, la pratique du droit à la transparence requiert des garanties aussi bien formelles que matérielles. L'indépendance des autorités en fait partie. La Confédération, ainsi que certains cantons comme Bâle-Ville ont déjà avancé sur ce plan. C'est le début d'un processus qui est désormais engagé. 41