



Institut für Föderalismus
Institut du Fédéralisme
Institute of Federalism

« Les 10 ans de la LInf - état des lieux et perspective »

Rapport de synthèse

Sur mandat de l'Autorité cantonale de la transparence et de la protection des
données ATPrD, Rue des Chanoines 2
1700 Fribourg

31 mars 2022

BERNHARD WALDMANN
(Prof. Dr. iur., avocat)

FLORIAN BERGAMIN
(MLaw)

Université de Fribourg
Institut du Fédéralisme
Av. Beauregard 1
CH-1700 Fribourg

Tél. +41 (0) 26 300 81 25

www.federalism.ch

Table des matières

§ 1 Point de la situation	1
§ 2 Cadre juridique	2
I. Organisation.....	2
II. Délimitation par rapport à d'autres lois.....	3
... § 3 Mise en pratique	5
§ 4 Approches de réforme	7
I. Remarques générales.....	7
II. Procédure.....	9
III. Structure de l'autorité.....	10
§ 5 Analyse récapitulative.....	12

§ 1 Point de la situation

- 1 La loi cantonale du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents (LInf) est en vigueur depuis le 1er janvier 2011; elle est donc appliquée depuis plus de dix ans. L'Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données (ATPrD)¹ a saisi l'occasion du dixième anniversaire de la loi pour en analyser différents aspects et effectuer un état des lieux. A cet effet, la préposée à la transparence (ci-après: la préposée ou la préposée à la transparence) a contacté l'Institut du Fédéralisme (IFF) en automne 2020.
- 2 Dans un contrat de base conclu en date du 12 novembre 2020 entre l'ATPrD et l'IFF, un premier mandat a été convenu, portant sur la réalisation d'une publication ayant pour objet la LInf Fribourg. Le volume est paru un peu moins d'un an plus tard, soit en octobre 2021, aux éditions Stämpfli, sous le numéro 15 des publications de l'IFF.²
- 3 Une conférence scientifique a été organisée dans le cadre d'un second mandat.³ Malgré les restrictions liées à la pandémie pour les manifestations, il a été possible de tenir cette conférence le 9 décembre 2021. Enfin, les contributions du volume mentionné ont été intégralement traduites en français ou en allemand et publiées sur le site web de l'ATPrD en février 2022.⁴
- 4 La rédaction d'une synthèse fait l'objet d'un troisième mandat⁵. Dans l'optique d'un état des lieux, il s'agira de valoriser les enseignements tirés du volume « 10 ans LInf Fribourg » et de la conférence. Il convient au préalable de montrer, à l'appui des bases légales, où ont été identifiés les points forts et les points faibles (§ 2). Par ailleurs, la synthèse reprend les retours d'information de la conférence et les complète par des impressions recueillies dans la pratique, qui sont présentées dans le volume (§ 3). Enfin sont abordées les approches de réforme possibles issues de la conférence ainsi que les contributions du volume, qui mettent en évidence un éventuel besoin d'agir au niveau de la législation et/ou de la pratique (§ 4).

Toutes les références contenues dans le présent rapport renvoient au volume publié et, plus particulièrement, aux articles suivants: NICOLAS SCHMITT, *Pánta rheí*, ou la LInf dans son contexte historique, p. 3-14 (cit. SCHMITT, Histoire); IDEM, *Candide au pays de la transparence*, p. 15-42 (cit. SCHMITT, Pratique); FLORIAN BERGAMIN, *La jurisprudence relative à la LInf*, p. 43-62; EVA MARIA BELSER/GÉRALDINE CATTILAZ, *Le droit fondamental d'accès à l'information et aux documents*, p. 65-91; FLORIAN BERGAMIN/CLAUDIA HÖCHNER, *Objet et champ d'application de la LInf*, p. 93-119; ANDREAS STÖCKLI/ELISABETH JOLLER, *L'organisation de l'Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données (ATPrD)*, p. 121-157; BERTIL COTTIER,

1 Depuis le 1er janvier 2022, la Médiation administrative cantonale est rattachée administrativement à l'ATPrD. Désormais l'autorité a pour nom « Autorité cantonale de la transparence, de la protection des données et de la médiation (ATPrDM) ». Nous continuerons ci-après à utiliser l'ancienne dénomination « ATPrD », car la restructuration administrative n'est entrée en vigueur qu'après la publication et la conférence scientifique.

2 BERNHARD WALDMANN/FLORIAN BERGAMIN (éds), *10 ans LInf Fribourg, La mise en œuvre du principe de la transparence dans le canton de Fribourg – quelques aspects choisis / 10 Jahre InfoG Freiburg, Die Implementierung des Öffentlichkeitsprinzips im Kanton Freiburg – ausgewählte Aspekte*, éditions Stämpfli, Berne 2021.

3 Cf. Avenant au contrat entre l'ATPrD et l'IFF du 2 juillet 2021.

4 Cf. <<https://www.fr.ch/etat-et-droit/transparence-et-protection-des-donnees/contributions>>(dernière visite: 28 mars 2022).

5 Cf. Avenant au contrat entre l'ATPrD et l'IFF du 15 février 2022.

Transparence et protection des données, p. 159–176; BERNHARD WALDMANN, Procédure d'accès aux documents officiels, p. 177–221; MARTINE STOFFEL/ANNETTE ZUNZER RAEMY, Gros plan sur les accords de médiation en transparence – approche empirique, p. 223–242.

§ 2 Cadre juridique

I. Organisation

- 5 Dans le canton de Fribourg, le principe de la transparence est ancré au **niveau constitutionnel**. La Constitution fribourgeoise garantit le droit d'accès à l'information et le droit de toute personne de consulter les documents officiels dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 19 al. 2 Cst.). La LInf concrétise le droit fondamental à l'information et crée du même coup la base légale des restrictions de ce droit. Celui-ci va au-delà des prescriptions minimales du droit fédéral en matière de liberté d'information et des dispositions applicables de la CEDH et du Pacte II de l'ONU.⁶
- 6 S'agissant de la **titularité des droits fondamentaux**, il n'est pas définitivement établi si les collectivités de droit public, notamment les communes, sont également bénéficiaires du droit d'accès à l'information. Selon les règles générales relatives aux droits fondamentaux, elles ne devraient être qu'exceptionnellement titulaires de la liberté d'information, par exemple lorsqu'elles sont touchées par l'action de l'Etat au même titre que des privés ou que leurs droits à l'autonomie sont affectés; l'accès à l'information pour les corporations de droit public peut aussi, dans certains cas, découler d'autres droits fondamentaux. Au demeurant, il convient de les renvoyer à la voie de l'entraide administrative pour l'accès aux informations officielles.⁷
- 7 Dans l'ensemble, la conception de la LInf est jugée **respectueuse des droits fondamentaux**.⁸ Sont toutefois considérées problématiques les formulations potestatives choisies par le législateur pour restreindre le droit d'accès (art. 26 al. 1 let. a-e LInf). Ainsi, pour qu'il y ait restriction, il suffit que l'accès « puisse » mettre en danger la sécurité et l'ordre publics (art. 26 al. 1 let. a LInf); selon le libellé de cette disposition, il suffit donc d'un certain potentiel d'atteinte. Une telle interprétation se heurte toutefois au droit d'accès basé sur les droits fondamentaux; la seule vague indication de future atteinte possible ne suffit pas à justifier une restriction d'un droit fondamental.⁹ L'article 26 al. 1 let. e LInf est lui aussi à considérer de manière critique. La position de négociation de l'organe public ne peut pas constituer *per se* un intérêt public à une restriction d'un droit fondamental, car il faut ici se référer à d'autres intérêts publics (par exemple à la sécurité et à l'ordre publics).¹⁰

⁶ BELSER/CATTILAZ, N. 18, N. 48.

⁷ IDEM, N. 34 s.; WALDMANN, N. 14, n. 44.

⁸ BELSER/CATTILAZ, N. 51.

⁹ IDEM, N. 44.

¹⁰ IDEM, N. 46.

II. Délimitation par rapport à d'autres lois

- 8 Au vu de l'étendue de l'objet et du champ d'application de la LInf, la question de son application ou de la **délimitation par rapport à d'autres lois** s'avère particulièrement importante. Le rapport entre la LInf et d'autres lois prenant en compte des aspects de la transparence ne peut être en partie déterminé que par une interprétation. La LInf s'exprime déjà en soi à ce titre puisque son vaste champ d'application matériel est limité par diverses exceptions. L'article 21 LInf réserve en particulier des dispositions de lois spéciales : la consultation de documents relatifs à des procédures civiles, pénales, de juridiction administrative et d'arbitrage pendantes (let. a), la consultation du dossier par les parties durant une procédure administrative de première instance (let. b) et l'accès d'une personne aux données la concernant (let. c) sont donc régis par la législation spéciale. Il ne s'agit pas de véritables « dispositions spéciales » par rapport à la LInf, mais de prescriptions qui - s'agissant de l'accès aux documents officiels - échappent à la réglementation de la LInf.¹¹ La délimitation par rapport aux lois spéciales n'est pas toujours évidente et les tribunaux ont dû parfois la clarifier.¹²
- 9 Les questions relatives au traitement des documents officiels contenant **des données personnelles** sont particulièrement fréquentes. Le principe de la transparence des documents officiels et la protection des données sont du même niveau normatif et doivent être traités à pied d'égalité sous l'angle du droit constitutionnel.¹³ La LInf reprend en plusieurs endroits le champ de tension entre l'intérêt public à l'information d'une part et, de l'autre, l'intérêt à la protection des données personnelles. La délimitation entre droit d'accès respectivement selon la LInf et selon la loi sur la protection des données (LPrD) est particulièrement importante sur le plan pratique. En cas de conflit de droits fondamentaux entre liberté d'information et autodétermination informationnelle, l'article 12 LInf présume un intérêt prépondérant du public à l'information lorsque les données personnelles concernent un membre d'un organe public et que l'information porte sur ses fonctions ou ses activités au service de cet organe. La présomption tombe lorsque des données sensibles au sens de la LPrD ou un autre intérêt particulier de la personne concernée sont en jeu.¹⁴ La LInf aborde de manière différenciée le conflit de droits fondamentaux entre liberté d'obtention d'informations et protection de la sphère privée: elle montre de surcroît les efforts du législateur cantonal pour ne pas accorder une priorité de principe à la protection des données.¹⁵
- 10 La LInf répond aux contradictions opposant transparence et protection des données par une coordination clairement réglementée entre le traitement des questions relevant respectivement du droit de la protection des données et du droit d'accès. Le canton de Fribourg prévoit un mécanisme de coordination à un seul niveau, qui se caractérise par sa simplicité et sa clarté.¹⁶ Ainsi, la loi sur la protection des données stipule explicitement que

11 BERGAMIN/HÖCHNER, N. 25, 44 ss

12 BERGAMIN, N. 11 ss. En particulier pour l'accès aux actes de procédure, la jurisprudence du Tribunal cantonal fribourgeois a contribué à une délimitation plus claire (BERGAMIN/HÖCHNER, N. 60 ss).

13 COTTIER, N. 10.

14 BELSER/CATTILAZ, N. 47.

15 IDEM, N. 48.

16 COTTIER, N. 32 ss

la communication de données personnelles au public est régie par la Llnf (art. 12 al. 2 LPrD). Sur le plan organisationnel, le regroupement des services en charge de la transparence et de la protection des données sous une même autorité facilite la coordination, tout en exigeant une distinction claire entre les activités de la préposée à la transparence et celles de la préposée à la protection des données.¹⁷

- 11 Différentes constellations ne sont toutefois pas explicitement reprises par la Llnf. Elle ne règle notamment pas l'accès entre services aux documents officiels. Compte tenu de son objectif réglementaire, la Llnf met au premier plan l'information de la population sur les activités de l'Etat et non l'échange entre les autorités. Lorsque des informations sont demandées entre autorités, les règles de **l'entraide administrative** devraient donc s'appliquer.¹⁸
- 12 La **procédure** d'accès aux documents officiels constitue un élément central de la Llnf. Au cours de la procédure préliminaire, le requérant doit fournir des indications sur l'identification des documents. Le droit fribourgeois ne règle pas la situation où il ne fournit pas les indications nécessaires.¹⁹ Les critiques portent sur le temps de traitement - parfois long - des demandes dans la phase préliminaire (N. 29) ainsi que sur les problèmes liés à la mise en œuvre des accords de médiation (N. 32). En vue de l'intérêt d'une clarification rapide de l'accès et compte tenu des prescriptions et recommandations du droit international, la Llnf et son ordonnance d'exécution (OAD) édictent un principe de célérité imposant des délais (maximaux) fixes pour les étapes respectives de la procédure comme pour l'ensemble de celle-ci, jusqu'à la décision (cf. art. 36 Llnf; art. 13-13a, art. 14 et art. 15 al. 1 OAD).²⁰ Contrairement au droit fédéral (art. 11 al. 1 LTrans), la réglementation fribourgeoise ne fixe pas de délai précis dans lequel les tiers intéressés peuvent faire valoir leur point de vue auprès de l'organe public avant que celui-ci ne rende sa détermination.²¹
- 13 En cas de litige concernant l'octroi de l'accès à des documents officiels, la Llnf prévoit une **procédure de médiation** obligatoire. Le législateur était certes conscient que la procédure d'accès s'en trouverait rallongée, mais il se promettait par là une application plus efficace du principe de la transparence.²² S'agissant du déroulement de la procédure, la Llnf et l'OAD se contentent d'établir un cadre dans lequel est laissée une large place à l'informalité.²³ Cette réglementation légère s'avère avantageuse, car elle permet aux parties et à la préposée de disposer de la marge de manœuvre nécessaire pour parvenir à un accord.²⁴
- 14 **D'autres questions de procédure** ont été clarifiées par le Tribunal cantonal ou fédéral. D'une part, elles concernent l'applicabilité de la Llnf lorsque l'accès aux actes de procédure est demandé. Ainsi, le Tribunal cantonal a notamment jugé que les documents produits en dehors d'une

¹⁷ A ce sujet STÖCKLI/JOLLER, N. 2. En outre, depuis le 1er janvier 2022, la Médiation administrative cantonale a été transférée administrativement auprès de l'Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données (cf. n. 1 ci-dessus).

¹⁸ BERGAMIN/HÖCHNER, N. 54.

¹⁹ WALDMANN, N. 16. Le droit fédéral prévoit une fiction de retrait si les informations requises ne sont pas fournies dans les dix jours (art. 7 al. 4 OTrans).

²⁰ IDEM, N. 11, 17, 20.

²¹ L'art. 10 al. 2 OAD prescrit tout de même que les tiers concernés se voient impartir « un bref délai » pour faire valoir leur point de vue. Cf. IDEM, N. 27.

²² IDEM, N. 33 avec d'autres références.

²³ IDEM, N. 9, 49.

²⁴ STOFFEL/ZUNZER RAEMY, N. 5 ss

procédure et qui y sont introduits ultérieurement restent soumis au champ d'application de la LInf.²⁵ D'autre part, un récent arrêt du Tribunal fédéral, auquel le Tribunal cantonal s'est entre-temps rallié, a fourni une clarification sur la nature juridique des injonctions émises par la préposée dans le cadre de la procédure; selon cette jurisprudence, doivent être qualifiées de décisions les ordonnances de la préposée qui règlent et closent la procédure.²⁶

§ 3 Mise en pratique

- 15 La LInf traduit dans la loi le passage du principe du secret à celui de la publicité. La LInf ne peut en soi créer qu'une transparence limitée. La loi ne peut pas produire à elle seule ce changement de paradigme, elle ne fait que le préparer. Ce qui est nécessaire, c'est un véritable **changement de mentalité** de la part des autorités publiques. Le principe de transparence n'acquiert sa validité effective que par l'application du droit en pratique. Lors de la conférence, il a aussi été fait référence à maintes reprises à l'importance d'une « politique de transparence » au sein de l'Etat de Fribourg.²⁷ A cet égard, une pratique hétérogène a été parfois constatée au sein de l'administration. Le manque de cohérence est attribué à un traitement des demandes d'accès dépendant fortement des personnes en charge, respectivement à une (trop) grande marge d'appréciation des autorités.²⁸ Il convient toutefois de noter que le législateur limite en partie le pouvoir d'appréciation respectivement qu'une interprétation restrictive de certaines notions juridiques indéterminées est indiquée (N. 28).
- 16 La transparence en tant que telle est saluée par la plupart, mais ce que l'on entend par là varie d'un cas à l'autre. Face à cette **tendance générale**, les autorités en charge de l'application du droit sont confrontées d'emblée à la difficulté de trouver un juste milieu, de concrétiser le principe de la transparence tout en tenant compte, moyennant certaines exceptions, des besoins des activités de l'Etat et des personnes en quête d'informations. La perception de la loi ou de son application dépend alors fortement du cas d'espèce.²⁹ L'ambivalence observable à propos de la LInf est imputable à divers facteurs, dont le plus important est l'être humain lui-même, qu'il soit « contraint par la loi » dans l'exercice de son activité ou qu'il soit à la recherche d'informations. Selon la perspective, la rétention d'une information n'est pas toujours à considérer comme une opposition à la transparence. Les réticences à fournir certaines informations, le comportement inapproprié d'un demandeur ou la méconnaissance des exigences de la LInf peuvent être des raisons - parmi de nombreuses autres - pour lesquelles la transparence est parfois à la peine. Les formations continues des employés de l'Etat suggérées lors de la conférence scientifique pourraient permettre de renforcer la sensibilisation aux questions suscitées par la LInf.
- 17 Si l'on suit la structure de la loi, il faut distinguer les informations de l'Etat d'une part et, de l'autre, le traitement des demandes d'accès.³⁰ La LInf semble en principe avoir

²⁵ BERGAMIN/HÖCHNER, N. 65.

²⁶ WALDMANN, N. 44.

²⁷ Dans le même sens, SCHMITT, Praxis, N. 95 ss

²⁸ IDEM, Praxis, N. 32 ss

²⁹ IDEM, Praxis, N. 41.

³⁰ A ce sujet BERGAMIN/HÖCHNER, N. 6 ss

contribué à changer le **mode de communication** de l'Etat : les autorités étatiques – en particulier au niveau cantonal – se montrent de plus en plus proactives quant à la fourniture d'informations sur leurs activités. Ainsi, la loi semble être, dans son ensemble, toujours mieux connue du public.³¹ Certains font parfois remarquer qu'il y a presque « trop » d'informations ou que celles communiquées ne sont pas toujours pertinentes.³² Par contre, l'état de l'information dans les communes suscite davantage de critiques. Les autorités locales semblent parfois plus réticentes à informer ou moins sensibilisées aux questions de transparence.³³

- 18 Si l'on considère l'accès aux documents officiels, on peut conclure que le **besoin d'information de la population** n'est cependant pas entièrement satisfait. Il est vrai que ces dernières années, on a enregistré relativement peu de demandes d'accès.³⁴ On constate toutefois un nombre croissant de requêtes en médiation et la réalisation relativement fréquente de procédures de médiation.³⁵ Dans l'ensemble, le fonctionnement de ces procédures est évalué positivement et semble être apprécié par les parties.³⁶ En pratique, il a été possible de résoudre avec efficacité et pragmatisme des problèmes liés aux « demandes d'accès en groupe » ou « requêtes en médiation en groupe ».³⁷
- 19 Sur le plan pratique, c'est d'abord l'**accès à l'information**, autrement dit l'obligation passive d'information, qui semble susciter des discussions. Dans sa jurisprudence, le Tribunal cantonal de Fribourg s'est penché principalement sur des demandes d'accès.³⁸ Les développements se limitent donc ci-après aux questions d'accès aux informations qui sont à trouver dans des documents officiels.
- 20 L'importance d'un **traitement en temps utile** des demandes d'accès a été évoquée plusieurs fois lors de la conférence.³⁹ Le traitement rapide des demandes d'accès à des documents officiels suppose un travail en conséquence de la part de l'organe public. Il est dans la nature des choses que le traitement puisse soulever différentes questions et reste donc à vérifier au cas par cas. La LInf et l'ordonnance reprennent diverses situations afin de rendre plus difficile les demandes quérulentes ou d'éviter une charge de travail manifestement disproportionnée. La pratique du Tribunal cantonal montre des exemples d'application, notamment lorsqu'une demande peut être rejetée en raison d'une charge de travail manifestement disproportionnée ou lorsqu'un certain seuil n'est précisément pas atteint et que l'accès aux informations doit être accordé.⁴⁰

31 Durant la conférence, les représentants des médias ont mentionné qu'après avoir éprouvé un certain scepticisme au départ, ils faisaient davantage usage de la LInf. Cependant, les ressources font parfois défaut, raison pour laquelle d'autres moyens d'obtenir les informations sont utilisés. Cf. en outre STOFFEL/ZUNZER RAEMY, N. 93.

32 SCHMITT, Praxis, N. 58 ss

33 IDEM, Praxis, N. 90 ss

34 Cf. WALDMANN, N. 75.

35 STOFFEL/ZUNZER RAEMY, N. 14 ss, 93 s.

36 IDEM, N. 95.

37 IDEM, N. 97.

38 BERGAMIN, N. 61.

39 Voir déjà SCHMITT, Praxis, N. 42 ss.

40 BERGAMIN, N. 32 ss. Il convient de relever ici la distinction claire faite par la loi entre une demande soulevant des difficultés particulières (art. 8 al. 1 OAD en corrélation avec l'art. 9 al. 3, art. 13 al. 2 let. a, art. 19 al. 3 et art. 21

- 21 Dans certains cas, le **traitement des informations** s'avère difficile et prend beaucoup de temps. Pour les organes publics, les situations où il faut caviarder des passages tout en permettant d'accéder de manière fiable aux informations recherchées sont exigeantes.⁴¹ Dans ce contexte également, des formations continues internes à l'administration ou l'élaboration de directives sur des thèmes pratiques, par exemple sur la manière de procéder techniquement aux caviardages, pourraient contribuer à une application plus cohérente de la LInf.⁴² Lors de la conférence, un risque a été mis en évidence, qui va au-delà de l'accès aux documents officiels, notamment lorsque des informations rendues accessibles peuvent être mal comprises. C'est pourquoi il faudrait éventuellement souligner davantage l'importance de préserver l'intelligibilité des informations.
- 22 Des difficultés d'application ont été identifiées en particulier dans le rapport entre la **législation sur l'archivage** et la LInf, et ont été thématiques à l'occasion de la conférence.⁴³ En sus du besoin d'amélioration dans l'organisation des documents, les divers délais de protection prévus par la LArch, l'applicabilité de la LInf et, par conséquent les compétences, créent des difficultés. Selon la législation régissant les archives, les délais de protection ordinaires commencent à courir à la date de clôture du dossier ou, pour un document isolé, à la date de création ce dernier (art. 15 al. 2 LArch). La réglementation fédérale est plus claire: le délai de protection court dès la date du document le plus récent d'une affaire ou d'un dossier (art. 10 LAr).⁴⁴ Tant que le délai de protection court, la consultation d'un document archivé peut être demandée. La LInf et la procédure qui y est prévue restent applicables.⁴⁵ Lorsque le délai de protection d'un document archivé est échu, la LInf n'est plus applicable et la consultation des documents est en principe libre (art. 14 al. 2 LArch).⁴⁶ La LInf se prononce aussi en ce qui concerne les compétences en matière de documents archivés : l'organe public qui a versé les documents aux archives reste compétent pour traiter les demandes d'accès jusqu'à l'expiration des délais prévus par la LArch (art. 37 al. 2 LInf).⁴⁷

§ 4 Approches de réforme

I. Remarques générales

- 23 La LInf rencontre majoritairement un **écho positif auprès de ses utilisateurs**. A tout le moins, la raison d'être de la loi n'est pas remise en cause.⁴⁸ Sur des aspects plus spécifiques, qui dépendent en partie du cas d'espèce, les opinions

al. 3 OAD), et une demande dont l'acceptation impliquerait une charge de travail manifestement disproportionnée (art. 26 al. 2 let. b LInf en corrélation avec l'art. 8 al. 2 OAD).

⁴¹ Voir aussi SCHMITT, Praxis, N. 47 ss

⁴² Cf. IDEM, Praxis, N. 122.

⁴³ Cf. IDEM, Praxis, N. 118.

⁴⁴ BERGAMIN/HÖCHNER, N. 71.

⁴⁵ IDEM, N. 72.

⁴⁶ BERGAMIN/HÖCHNER, N. 74 s. avec renvois à certaines réserves.

⁴⁷ IDEM, N. 76.

⁴⁸ SCHMITT, Praxis, N. 26 ss ainsi que N. 103 ss avec la constatation: « La LInf idéale est celle qui n'existe pas ».

divergent cependant. **Des modifications législatives ponctuelles** pourraient apporter plus de clarté à propos de constellations qui n'ont pas encore fait l'objet de réglementation ou de décision judiciaire.⁴⁹ Par ailleurs, lors de la conférence, il a été fait mention à plusieurs reprises de possibilités - telles que des formations continues ou des directives internes - qui pourraient aider à gérer les difficultés techniques et les manques de clarté dans l'application de la loi.

- 24 Une **révision globale de la loi** ne semble pas nécessaire et n'est d'ailleurs pas demandée. Au demeurant, il n'est pas à exclure qu'à l'avenir, de nouvelles prescriptions de droit international ou des développements du droit fondamental à l'information nécessitent des modifications ou des adaptations au niveau de la loi.⁵⁰ L'exemple le plus récent en est la ratification de la Convention d'Aarhus, qui a entraîné une révision de la LInf.⁵¹ Il convient de relever sur ce point que, dans sa version actuelle, la LInf est déjà conçue de manière à respecter les droits fondamentaux et que, sous cet angle, des modifications importantes en ce sens ne devraient guère s'avérer nécessaires.⁵²
- 25 Sous l'aspect de la terminologie, la notion centrale de **document officiel** ne pose pas de problème.⁵³ Sur le plan de la technique législative, on pourrait objecter qu'il est parfois difficile de savoir si certains éléments doivent être compris comme faisant partie de la définition légale ou s'ils concernent l'accès à la procédure.⁵⁴
- 26 La notion plus générale de **confidentialité** est plus difficile à appréhender. Parfois, il ne semble pas toujours évident d'établir en pratique quand une information doit être considérée comme confidentielle et quand un document officiel contenant cette information ne peut être consulté que de manière limitée.⁵⁵ Ceci apparaît dans des dispositions ancrant dans la loi la qualification des informations et leur accessibilité (par exemple, les procès-verbaux des séances du Conseil d'Etat ne peuvent pas être consultés).⁵⁶
- 27 Il est également possible de revenir sur la **conception** de l'accès à un document officiel. L'article 25 al. 1 LInf indique que l'accès à un document officiel est différé, restreint ou refusé si et dans la mesure où un intérêt public ou privé prépondérant l'exige. Les notions d'intérêt public et privé prépondérant sont concrétisées aux articles 26 à 28 LInf sous la forme d'états de fait décrits par des notions juridiques indéterminées.⁵⁷ Dans une décision législative préalable, le législateur a ainsi procédé à une véritable pesée des intérêts de l'autorité

49 Cf. IDEM, Praxis, N. 121 (« léger toilettage »).

50 BELSER/CATTILAZ, N. 23.

51 Cf. SCHMITT, Geschichte, N. 28.

52 BELSER/CATTILAZ, N. 55.

53 A propos de la jurisprudence BERGAMIN, N. 5 ss

54 Notamment l'élément de la possession d'un document (art. 20 al. 1 LInf) ainsi que les restrictions selon les art. 29 s. LInf. Cf. BERGAMIN/HÖCHNER, N. 38 resp. n. 87.

55 SCHMITT, Praxis, N. 109 ss

56 Cf. BERGAMIN/HÖCHNER, N. 43 pour d'autres exemples.

57 BERGAMIN, N. 21 ss

chargée d'appliquer le droit.⁵⁸ La marge de manœuvre de l'organe public se limite à un examen du point de savoir si l'un des faits mentionnés pourrait être concerné (« test du préjudice »⁵⁹); le cas échéant, une restriction de l'accès devrait suivre en conséquence⁶⁰.

- 28 Dans cette conception prévue par la loi, une véritable pesée des intérêts, assortie du pouvoir d'appréciation correspondant, n'est justement *pas* prévue. L'organe public dispose toutefois d'une marge d'appréciation dans l'interprétation ainsi que dans l'évaluation des risques et doit en outre tenir compte du principe de proportionnalité.⁶¹ S'agissant de l'interprétation des notions juridiques indéterminées - à savoir les intérêts inscrits dans la loi - il convient de faire preuve de retenue puisqu'il s'agit d'une restriction d'un droit fondamental.⁶² Le législateur aurait la possibilité de concrétiser les intérêts par d'autres « éléments d'états de fait ». Mais de tels compléments pourraient créer une nouvelle complexité plutôt que de contribuer à davantage de clarté. Sur ce point aussi, il semble plus utile de communiquer de telles précisions que de modifier le texte de loi.

II. Procédure

- 29 Lors de la conférence, les représentants des médias ont notamment fait valoir que les **délais de traitement** des demandes étaient trop longs, en particulier lorsque des informations en temps réel sont nécessaires pour relater une actualité.⁶³ La question se pose de savoir comment une modification de la loi pourrait contribuer à accélérer le traitement des demandes lors de la première phase de l'examen préliminaire. En effet, selon l'article 13 al. 1 OAD, l'organe public doit traiter les demandes aussi vite que possible et, pour les demandes émanant des médias, s'efforcer de faire en sorte que les délais rédactionnels puissent être respectés. De l'interdiction – ancrée dans la Constitution – de retards injustifiés (art. 29 al. 1 Cst.) découle déjà par ailleurs l'obligation pour l'organe public de ne pas différer indûment sa détermination; les garanties procédurales prévues par la Constitution ne sont pas applicables à la procédure préliminaire mais sont particulièrement importantes dans les phases suivant le premier traitement de la demande par l'organe public.⁶⁴
- 30 Certains éléments de la procédure de médiation pourraient être **formalisés** dans la loi, sans que la structure de base de la procédure – qui en principe a fait ses preuves⁶⁵ – ne soit modifiée. En particulier, la LInf ne se prononce pratiquement pas sur les conséquences d'une **violation de l'obligation de collaborer** à la médiation. Dans le sens de la jurisprudence du Tribunal cantonal et selon l'exemple

⁵⁸ IDEM, N. 23.

⁵⁹ Cf. IDEM, N. 22.

⁶⁰ On peut se référer ici à la casuistique du Tribunal cantonal (cf. IDEM, N. 21 ss, 26 ss).

⁶¹ IDEM, N. 23.

⁶² BELSER/CATTILAZ, N. 44 ss, 54. En ce qui concerne la formulation potestative problématique, voir N. 7 dans le présent rapport de synthèse.

⁶³ Les longs délais de traitement sont en partie imputables à des problèmes de nature technique ou de classement des documents, de sorte que les informations souhaitées ne peuvent absolument pas être disponibles aussi rapidement (ch. SCHMITT, Praxis, N. 117).

⁶⁴ WALDMANN, N. 8 s., en particulier la référence à la n. 27.

⁶⁵ STOFFEL/ZUNZER RAEMY, N. 95.

de la réglementation de la LTrans, la loi pourrait préciser comment évaluer le comportement d'une partie qui, à plusieurs reprises, ne se présente pas à une séance de médiation.⁶⁶ Ainsi, l'article 14a OAD intègre certes la collaboration des parties à la médiation et celle-ci devrait être formellement couverte par la loi⁶⁷; il serait cependant souhaitable de définir plus clairement dans la loi les principes de la collaboration et ainsi de tenir compte des différents rôles des parties.⁶⁸

- 31 Se pose aussi la question de savoir comment les obligations de collaborer à la médiation peuvent être mises en œuvre. La Llnf ne prévoit pas de dispositions à ce sujet, notamment en ce qui concerne une éventuelle compétence de la préposée. Celle-ci ne peut pas rendre de décisions assorties d'une menace de peine (art. 292 CP).⁶⁹ Les éventuels moyens de contrainte pour faire respecter l'obligation de collaborer devraient être consignés au niveau de la loi. Il y aurait lieu de fixer à ce niveau quels moyens de contrainte peuvent être utilisés pour faire respecter les obligations de collaboration.⁷⁰
- 32 La législation actuelle ne règle pas non plus la **mise en œuvre des accords de médiation**. La question de déterminer comment une partie doit procéder lorsqu'elle estime qu'un accord n'a pas été appliqué ou l'a été de manière incorrecte, reste en grande partie incertaine.⁷¹ Les demandeurs peuvent, selon la jurisprudence du Tribunal cantonal, s'adresser à nouveau à la préposée s'ils estiment qu'un tel accord n'a pas été appliqué.⁷² En l'état actuel du droit, la préposée n'a pas la compétence de veiller à son respect.⁷³ Afin d'assurer l'exécution de l'accord, il est parfois prévu dans une de ses clauses de suspendre la procédure jusqu'à ce que son exécution soit tirée au clair.⁷⁴ Cela ne met toutefois pas fin à la procédure.⁷⁵ Des adaptations de la loi dans le domaine de la mise en œuvre pourraient optimiser l'efficacité de la Llnf.

III. Structure de l'autorité

- 33 Il convient de relever d'emblée que le **statut du personnel** de la préposée à la transparence n'est pas clairement réglé.⁷⁶ STÖCKLI/JOLLER concluent que la préposée est en principe assujettie à la législation sur le personnel de l'Etat.⁷⁷ Ici, le lien avec la loi sur le personnel de l'Etat pourrait éventuellement être ancré dans le cadre d'une révision (cf. p. ex. art. 9 LMed).

⁶⁶ Conformément à l'art. 12b alinéa 3 OTrans, une demande en médiation est considérée comme retirée et liquidée si son auteur ne participe pas à l'audience de médiation. Voir WALDMANN, N. 54 (critique de l'interprétation restrictive du Tribunal fédéral portant sur l'art. 14a al. 4 OAD, selon laquelle les deux parties, et pas seulement l'une d'entre elles, doivent refuser de collaborer à la médiation).

⁶⁷ IDEM, N. 52.

⁶⁸ IDEM, N. 53.

⁶⁹ IDEM, N. 54.

⁷⁰ IDEM, N. 54.

⁷¹ STOFFEL/ZUNZER RAEMY, N. 88, N. 96.

⁷² IDEM, N. 90.

⁷³ IDEM, N. 90.

⁷⁴ WALDMANN, N. 57.

⁷⁵ STOFFEL/ZUNZER RAEMY, N. 90; WALDMANN, N. 57.

⁷⁶ STÖCKLI/JOLLER, N. 39.

⁷⁷ IDEM, N. 40 s.

- 34 Dans l'optique de l'**indépendance**, la compétence pour révoquer la préposée soulève d'autres questions. Il semble cohérent du point de vue de la systématique que le Conseil d'Etat soit la même autorité compétente pour la nomination et la révocation; en même temps, c'est l'ATPrD et non le Conseil d'Etat qui dirige et supervise les activités de la préposée. Dans ce contexte, une solution analogue à la réglementation de la structure de l'autorité mise en place pour la médiatrice cantonale semble appropriée : le Conseil d'Etat ne pourrait donc révoquer la préposée à la transparence que sur demande de l'ATPrD.⁷⁸ Une modification de la loi en ce sens permettrait de clarifier le statut du personnel de la préposée.
- 35 L'indépendance financière de l'ATPrD est limitée dans la mesure où il n'est pas possible de savoir comment l'exigence légale de l'enveloppe budgétaire est mise en œuvre en pratique.⁷⁹ Cette situation est notamment due à la législation cantonale sur les finances qui, pour la gestion d'unités administratives, ne prévoit pas d'enveloppe budgétaire, mais des formes similaires à celles-ci pour des unités administratives respectives.⁸⁰ Juridiquement, le budget est préparé par la Chancellerie d'Etat et la Direction des finances, puis adopté par le Conseil d'Etat à l'attention du Grand Conseil. L'influence limitée de l'ATPrD sur les moyens dont elle dispose a aussi des incidences pratiques; dans ses récents rapports d'activité, l'ATPrD a ainsi attiré l'attention sur le manque de ressources à disposition pour accomplir ses tâches de manière satisfaisante.⁸¹ Si le nombre de requêtes en médiation devait continuer d'augmenter, la pénurie de personnel pourrait avoir des répercussions sur la durée des procédures et compromettre leur exécution dans les délais.⁸²

⁷⁸ IDEM, N. 42.

⁷⁹ IDEM, n. 177.

⁸¹ IDEM, N.45.

⁸² WALDMANN, N. 77.

§ 5 Analyse récapitulative

- 36 Dans sa nouvelle Constitution du 16 mai 2004, le canton de Fribourg a introduit un changement de paradigme avec le droit fondamental à l'information et le droit général de consulter les documents officiels; il a concrétisé ceci par l'adoption de la loi sur l'information (Llnf) et de son ordonnance d'exécution. Mais à lui seul, ce cadre légal ne suffit pas à changer de paradigme. A cet effet, un changement de mentalité au sein des organes du canton et des communes, ainsi qu'une prise de conscience de la part du public à propos des droits existants, est/était nécessaire.
- 37 Il est difficile de déterminer si le changement de paradigme a réussi en examinant *quantitativement* les demandes d'accès aux documents officiels. Il n'est guère possible de tirer des enseignements fiables du nombre de demandes d'accès reçues car – et ceci intervient souvent inconsciemment – elles ne sont pas toujours traitées et enregistrées selon la procédure prévue par la loi. Il apparaît au demeurant que le nombre de demandes d'accès enregistrées n'a cessé d'augmenter ces dernières années et que l'accès a été entièrement accordé dans près de 2/3 des cas dès la première étape de la procédure.⁸³ Seule une petite partie des demandes aboutit finalement devant l'autorité de médiation. Le nombre de procédures de médiation varie chaque année, avec une tendance à la hausse. La proportion de médiations ayant abouti à un accord par rapport à celles qui ont débouché sur une recommandation est à peu près équilibrée sur l'ensemble de la période.⁸⁴
- 38 Les *entretiens* menés auprès des groupes d'ayants droit et des représentants des organes tenus par la loi laissent une impression mélangée. En particulier, il n'existe pas de perspective uniforme au sein de l'administration; tout le monde voit les choses un peu différemment. Du côté des demandeurs, les principales critiques portent sur la durée de traitement, la pondération parfois insuffisante du principe de la transparence lors de la pesée des autres intérêts (contraires), la méconnaissance de la situation juridique dans les administrations communales ainsi que, dans certains cas, des caviardages disproportionnés. Du côté de l'administration, la loi est accueillie de manière ambivalente. Sont notamment évoqués le traitement des demandes d'accès, qui prend parfois beaucoup de temps, la problématique des demandes quérulentes ainsi que le risque que des documents officiels ne soient sortis de leur contexte par leur mise à disposition, et donc mal compris par le public.
- 39 La loi et son ordonnance d'exécution ne s'appliquent en fait que lorsqu'il y a des problèmes. Rares sont ceux qui demandent une modification fondamentale de la réglementation du droit et de la procédure d'accès. Les problèmes sont plutôt liés à une application parfois insuffisante et insatisfaisante. Un besoin d'adaptations ponctuelles du cadre légal a tout de même été constaté. Cela concerne en particulier

⁸³ Voir en détail les rapports d'activité de l'ATPrD, publiés sur <<https://www.fr.ch/etat-et-droit/transparence-et-protection-des-donnees/rapports-dactivite-0>> (dernière visite: 28 mars 2022); voir également la contribution à la conférence de Laurent Schneuwly et Martine Stoffel (9 décembre 2021), prête au téléchargement sous <<https://www.fr.ch/sites/default/files/2021-12/schneuwlyletstoffelmintervention.pdf>> (dernière visite: 28 mars 2022).

⁸⁴ Voir les références dans la n. 83 ci-dessus.

l'ancrage de l'obligation pour les parties de collaborer à la médiation, l'adoption d'une réglementation pour l'exécution de l'accord ainsi que de régler plus clairement le statut de l'ATPrD ou de la préposée à la transparence.

- 40 D'autres difficultés mises en évidence par l'analyse – comme la longue durée de traitement des demandes ou la sensibilité parfois insuffisante de certains organes au principe de la transparence – ne peuvent être résolues par des révisions de lois. Des mesures de sensibilisation des unités administratives et de leur personnel, et en particulier des communes, pourraient être plus efficaces, que ce soit sous la forme de cycles de formation continue (sur la Llnf et le droit de la protection des données) ou de recommandations ou de directives pour le traitement des demandes d'accès.
- 41 Pour que le passage du « principe du secret avec réserve de publicité » au « principe de la transparence avec réserve de confidentialité » soit accompli non seulement *de jure*, mais aussi *de facto*, des efforts supplémentaires sont sans doute nécessaires. Alors que pour certains, le verre est encore à moitié vide, pour d'autres, il semble déjà à moitié plein. Nonobstant cette différence d'appréciation, la règle suivante s'applique : continuons à remplir, jusqu'à ce que le verre soit plein.

* * *