

Note

DROIT D'ACCÈS AUX DOCUMENTS : DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE ET CHARGE DE TRAVAIL DISPROPORTIONNÉE

1. Introduction

a) Quatre ans après son introduction dans le canton de Fribourg, le droit d'accès aux documents reste peu utilisé par le public ¹. Il demeure parfois aussi méconnu des autorités, notamment communales et préfectorales, comme tend à le montrer l'arrêt du Tribunal cantonal publié ci-dessus (arrêt TC FR 601 2014 118 du 23.12.14, *in* RFJ 2014 p. 334).

b) Les faits sont les suivants. Appelé à régulariser une installation de collecte de ferraille qui ne dispose pas des autorisations nécessaires, un particulier demande à pouvoir accéder à divers documents et informations concernant d'autres constructions et installations sises sur sa commune, de manière à pouvoir vérifier l'égalité de traitement entre administrés. La commune refuse tout accès sans motiver sa décision. Le particulier fait recours auprès du préfet puis, après confirmation par ce dernier du refus d'accès, auprès du Tribunal cantonal. Le Tribunal cantonal confirme le refus d'accès, en examinant la demande sous différents angles : droit de consulter le dossier d'une affaire pendante régi par le CPJA² (cons. 3) ; droit de consulter le dossier en dehors d'une procédure pendante déduit de l'art. 19 al. 2 de la Constitution fédérale (cons. 4) ; enfin, droit d'accès aux documents officiels régi par la LInf et l'OAD³ (cons. 6).

c) C'est exclusivement le droit d'accès régi par la LInf qui nous intéresse ici. Car l'affaire soulève, de ce point de vue, deux sortes de questions. D'une part, des questions d'ordre procédural : la procédure d'accès s'est-elle déroulée conformément au processus particulier prévu par la LInf ? D'autre part, des questions liées aux limites du droit d'accès : l'invocation d'une charge de travail qui dépasse les deux heures suffit-elle vraiment pour estimer que la charge de travail permettant de donner suite à une requête est disproportionnée ?

¹ L'enquête effectuée par l'Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données fait état de 38 demandes d'accès déposées en 2014 auprès des organes publics fribourgeois (37 en 2013).

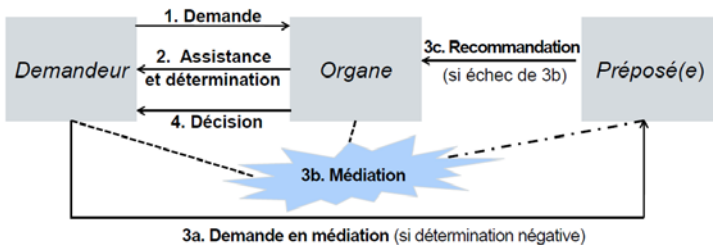
² Code de procédure et de juridiction administrative du 23.05.91 (CPJA), RSF 15.1.

³ Loi du 9.09.09 sur l'information et l'accès aux documents (LInf), RSF 17.5 ; ordonnance du 14.12.10 sur l'accès aux documents (OAD), RSF 17.54.

2. Le déroulement de la procédure d'accès

a) Les grandes lignes de la procédure d'accès sont définies aux art. 31 ss LInf et précisées aux art. 9 ss OAD. Ces règles sont applicables aux communes⁴.

b) Avant d'en arriver à la phase juridictionnelle (recours), la procédure d'accès suit un schéma précis : 1° demande d'accès (art. 31 LInf ; art. 9 al. 1 OAD) ; 2° traitement initial de la demande par l'organe public (art. 32 LInf ; art. 9 al. 2 et 3 et art. 10 à 13 OAD) ; 3° médiation par le ou la préposée à la transparence (art. 33 al. 1 et 2 LInf ; art. 14 OAD) ; 4° décision rendue par l'organe public (art. 33 al. 3 LInf ; art. 15 OAD). Ce processus est décrit clairement dans le Message LInf⁵. Graphiquement, il peut être résumé ainsi (en version simplifiée, sans tenir compte notamment de la participation des tiers intéressés à la procédure) :



c) Ce parcours présente certaines différences par rapport à une procédure administrative ordinaire.

Tout d'abord, la deuxième phase, celle du traitement initial de la demande par l'organe public, a ceci de particulier qu'elle ne se termine jamais par une décision négative. Si l'organe est d'avis que l'accès doit être refusé, il doit rendre une simple détermination (art. 32 al. 3 LInf), qui n'a pas la valeur d'une décision (art. 12 al. 2, 2° phr. OAD).

Ensuite, il incombe au demandeur qui a reçu une détermination négative et n'a donc pas (ou pas entièrement) obtenu satisfaction de déclencher une procédure de médiation auprès de la Préposée à la transparence (art. 33 al. 1 LInf).

Au terme de la médiation, si celle-ci n'a pas abouti, la procédure se poursuit à nouveau selon un système particulier : la Préposée rend une recommandation (art. 33 al. 2 LInf) et l'organe a alors l'obligation de prononcer une décision, qui peut adhérer ou non à la recommandation de la Préposée (art. 33 al. 3 LInf).

⁴ Art. 2 let. a LInf et art. 1 al. 2 OAD ; cf. également art. 83a al.1 de la loi du 25.09.80 sur les communes (LCo, RSF 140.1) et art. 42c al. 1 de son règlement d'exécution du 28.12.81 (RElCo, RSF 140.11).

⁵ Message du Conseil d'Etat FR accompagnant le projet de loi sur l'information et l'accès aux documents du 26.08.08 (Message LInf), BGC 2009 p. 929 ss, 936 pt 1.3.4.15.

Ce n'est donc qu'à ce dernier stade de la procédure que le demandeur reçoit une décision susceptible de recours.

d) Dans l'affaire qui nous occupe, le demandeur s'est adressé à sa commune et, après que celle-ci a rendu directement une décision refusant tout accès aux informations ou documents demandés, a déposé un recours auprès du préfet.

Or, si la commune a estimé qu'elle était en présence non seulement d'une demande d'informations ou d'une demande de consultation du dossier, mais d'une véritable demande d'accès à des documents, elle ne pouvait pas répondre à cette dernière en prononçant une décision de refus. Si elle désirait s'opposer à la demande, elle devait se limiter à rendre une détermination, en la motivant brièvement et en indiquant expressément la possibilité de saisir l'autorité de médiation (art. 12 al. 2, 1^{re} phr. OAD).

En outre, aucun recours en matière de droit d'accès ne pouvait être déposé à ce stade de la procédure. Sur ce point-là, la réponse de la commune aurait dû être considérée non pas comme une décision, mais comme une détermination, et le recours aurait dû être déclaré irrecevable. L'affaire devait donc, pour ce qui concernait le droit d'accès, être renvoyée à la commune, en exigeant de cette dernière le prononcé d'une nouvelle détermination conforme aux exigences de l'art. 12 al. 2 OAD, de manière à rétablir pour le demandeur le délai lui permettant de requérir une médiation (art. 33 al. 1 LInf). Elle pouvait éventuellement aussi être transférée directement à la Préposée à la transparence, afin que le recours soit traité comme une demande de médiation. Mais, pour éviter que soient reportées sur la phase de médiation l'ensemble des opérations préliminaires qui relèvent du traitement initial de la demande, cette dernière possibilité devrait être utilisée avec parcimonie (principalement dans des cas où la demande d'accès concerne un ou plusieurs documents bien déterminés et où il n'y a pas d'obligation de consulter des tiers).

e) En matière de droit d'accès, à partir du moment où l'organe public estime qu'il ne peut donner entièrement satisfaction au demandeur, le passage par la détermination et la phase de médiation n'a, dans notre canton, rien de facultatif. Ces deux étapes constituent des éléments essentiels de la procédure d'accès, qui ont pour objectifs d'éviter au maximum les procédures formelles, de ne pas rebuter les demandes, de réduire dans les cas simples la tâche de l'administration en accélérant le processus et de résoudre dans toute la mesure du possible les cas plus complexes avant la phase contentieuse⁶.

L'idée d'impliquer un organe de médiation dans la procédure et d'accompagner ainsi le changement de mentalité nécessaire au passage à la transparence est certainement positive. Elle a d'ailleurs fait ses preuves dans d'autres législations⁷. Néanmoins, la nécessité de suivre une procédure différente de

⁶ Cf. Message LInf, p. 936 et 949 s.

⁷ En Suisse, on retrouve la même solution dans la loi fédérale (qui s'est elle-même inspirée de modèles existant dans d'autres pays, cf. Message relatif à la loi

celle proposée par le CPJA peut rebuter certains organes, et cet aspect a peut-être été sous-estimé par le législateur cantonal.

3. *Le refus d'accès pour charge de travail disproportionnée*

a) La charge de travail disproportionnée est considérée comme une limite du droit d'accès dans de nombreuses lois cantonales⁸. On la retrouve également sur le plan international dans la Convention de Tromsø, en des termes légèrement différents⁹. En revanche, elle n'apparaît ni dans la loi fédérale sur la transparence, ni dans la Convention d'Aarhus¹⁰.

b) Fribourg a consacré cette limite à l'art. 26 al. 2 let. b LInf :

² L'organe public peut également faire valoir un intérêt public prépondérant :

- a) *en cas de demandes abusives, notamment en raison de leur nombre ou de leur caractère répétitif ou systématique ;*
- b) *lorsque la charge de travail permettant de donner suite à la demande est manifestement disproportionnée.*

La notion de « charge de travail disproportionnée » est explicitée à l'art. 8 al. 2 OAD, sur le modèle des réglementations bernoise et vaudoise :

² La charge de travail permettant de donner suite à une demande est disproportionnée au sens de l'article 26 al. 2 let. b LInf lorsque l'organe public n'est pas en mesure, avec le personnel et l'infrastructure dont il dispose ordinairement, de traiter la demande dans les délais fixés sans négliger gravement l'accomplissement de ses autres tâches.

On relèvera deux aspects particuliers liés à cette limite. D'une part, elle n'est pas mise sur le même pied que les exceptions ordinaires rattachées à un intérêt public prépondérant : elle apparaît seulement à l'al. 2 de l'art. 26, où elle accompagne les demandes qui revêtent un caractère abusif (art. 26 al. 2 let. a LInf). D'autre part, elle est formulée de manière restrictive

fédérale sur la transparence de l'administration, FF 2003 p. 1807 ss, 1859) et dans plusieurs lois cantonales (GE, VS, JU-NE, SO, AG, UR, ...). Mais dans d'autres lois cantonales, le passage par la conciliation ou la médiation est facultatif (VD, SZ, TI) ou alors c'est la procédure décisionnelle ordinaire qui a été consacrée, avec quelques aménagements (p. ex. BE, ZH, BS, BL, SG).

⁸ BE, VD, GE, NE-JU, VS, UR, SG, TI, notamment.

⁹ Cf. art. 5 § 5 de la Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics (Convention de Tromsø, STCE n° 205), qui parle de demande « manifestement déraisonnable ». La Convention de Tromsø n'a cependant pas encore été ratifiée par la Suisse.

¹⁰ Convention des Nations Unies du 25 juin 1998 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), entrée en vigueur pour la Suisse le 1.06.14 (RS 0.814.07).

(« *manifestement* disproportionnée » ; « *négliger gravement* »), ce qui devrait empêcher toute interprétation extensive.

c) Commune et préfet ayant invoqué lors de la procédure la charge de travail disproportionnée, le Tribunal cantonal examine cet argument à la lumière de la définition figurant à l'art. 8 al. 2 OAD. Il établit alors un lien direct entre cet al. 2 et l'al. 1 let. d de ce même article, selon lequel une demande soulève des difficultés particulières lorsque « *le travail nécessité par le traitement initial de la demande et l'octroi de l'accès dépassera selon toute vraisemblance les deux heures* » (cons. 6.f). Il en déduit que, dans la mesure où le temps nécessaire au traitement de la demande dépassera indiscutablement les deux heures, la charge de travail est disproportionnée (cons. 6.g).

d) Ce raisonnement fondé sur le lien entre l'art. 8 al. 1 let. d OAD et l'art. 8 al. 2 OAD ne peut pas être admis. Sur les plans littéral et systématique, le texte légal ne permet en effet pas une telle interprétation. Certes, l'art. 8 OAD traite dans son al. 1 des demandes soulevant des difficultés particulières et dans son al. 2 des demandes nécessitant une charge de travail disproportionnée. Et c'est sans doute cette proximité qui a engendré la confusion. Mais la réunion de ces deux éléments dans un même article est due au fait que, dans les deux cas, il s'agit de définir des notions utilisées par la législation sur le droit d'accès. En dehors de ce point commun, l'art. 8 OAD ne tisse aucun lien entre les deux catégories de demande et attache clairement des conséquences distinctes à l'une et à l'autre.

La notion de « demande soulevant des difficultés particulières » définie à l'al. 1 a des effets d'ordre procédural uniquement, sous la forme d'aménagements auxquels l'art. 8 al. 1 OAD fait expressément référence : possibilité d'exiger la confirmation écrite d'une demande adressée par oral (art. 9 al. 3 OAD), possibilité de prolonger le délai pour le traitement initial de la demande (art. 13 al. 2 let. a OAD), obligation d'informer sa Direction (art. 21 al. 3 OAD) et possibilité pour la Direction de traiter elle-même le cas (art. 19 al. 3 OAD). Ce sont ces conséquences¹¹ qui sont attachées à la limite des deux heures mentionnée à l'art. 8 al. 1 let. d OAD¹². Et non la possibilité de refuser l'accès pour charge de travail disproportionnée.

¹¹ Auxquelles il convient d'ajouter la règle de compétence de l'art. 42g al. 2 let. a RELCo, qui donne à l'administration communale (plutôt qu'au syndic ou au conseiller communal responsable) la compétence de traiter les demandes d'accès ne présentant pas de difficultés particulières.

¹² A propos de cette limite, on peut relever que les deux heures qui y sont mentionnées ne recouvrent pas l'ensemble des tâches liées à une demande d'accès, mais seulement celles d'entre elles qui se rattachent, d'une part, au traitement initial de la demande (phase 2 du schéma présenté ci-dessus pt 2.b, assistance et détermination) et, d'autre part, à l'octroi-même de l'accès (p. ex., caviardage de certains passages). La participation à la médiation et la phase décisionnelle ne sont donc pas prises en considération.

Quant à la définition de la « charge de travail disproportionnée » figurant à l'al. 2, sa formulation ne laisse pas planer le doute. Elle ne crée aucune corrélation avec l'art. 8 al. 1 OAD et la notion de « demande soulevant des difficultés particulières ». En revanche, elle établit un lien direct avec le refus d'accès de l'art. 26 al. 2 let. b LInf, dont elle précise les conditions d'application.

e) Cependant, ni l'art. 26 al. 2 let. b LInf, ni l'art. 8 al. 2 OAD ne fournissent de données chiffrées permettant de constater la disproportion à laquelle ils font référence. Ils laissent ainsi une large place à l'interprétation. Pourrait-on alors considérer, sans faire de lien entre les al. 1 et 2 de l'art. 8 OAD, qu'un travail de plus de deux heures dépasse de manière générale les forces de l'administration et constitue une charge disproportionnée ?

La réponse à cette question est clairement négative. Si on voulait appliquer systématiquement ce critère, on se situerait en porte à faux avec la LInf et sa réglementation d'exécution, au point de remettre en cause le principe même du droit d'accès :

– Les dispositions consacrées à la charge de travail disproportionnée sont formulées de manière restrictive et se rapprochent de la notion d'abus de droit (cf. ci-dessus pt 3.b), ce qui devrait empêcher toute interprétation extensive.

– En outre, si l'OAD prévoit des aménagements pour traiter les « demandes soulevant des difficultés particulières » (art. 8 al. 1 OAD), c'est bien parce que certaines d'entre elles nécessitent un travail important de la part des organes publics, y compris communaux (cf. art. 42g al. 2 let. b RELCo).

– L'OAD utilise d'ailleurs la limite des deux heures de travail dans un autre contexte, celui des émoluments (art. 4 al. 2 let. a OAD) : un travail qui excède les deux heures peut être facturé parce qu'il correspond à un « travail important » au sens de l'art. 24 al. 2 LInf. Ce même travail ne peut pas simultanément être considéré comme automatiquement disproportionné.

– Il faut aussi toujours garder à l'esprit que le droit d'accès aux documents a désormais rang de droit constitutionnel fondamental dans notre canton (art. 19 al. 2 Cst. cant.¹³). Or un travail administratif qui excède les deux heures ne peut pas à lui seul justifier une atteinte à un droit fondamental.

– Ce d'autant plus que le principe de proportionnalité doit être pris en considération (cf. art. 25 al. 1 LInf et art. 7 OAD). En l'occurrence, si la charge de travail permettant de donner suite à une demande n'est que momentanément disproportionnée, l'accès doit être différé et non simplement refusé (art. 7 al. 2 OAD).

– Enfin, il est possible de faire une comparaison avec la jurisprudence rendue ailleurs. A Genève, p. ex., les tribunaux ont déjà eu l'occasion de se pencher

¹³ Constitution du canton de Fribourg du 16.05.04 (Cst. cant.), RSF 10.1.

à plusieurs reprises sur cette exception¹⁴. Ils ont ainsi jugé dernièrement qu'une recherche représentant huit heures de travail, faisant suite à une précédente recherche ayant requis entre douze et vingt heures, n'était pas susceptible d'entraver le fonctionnement d'un service de l'Etat et constituait une contribution admissible au devoir d'assurer la transparence¹⁵.

f) Il n'en demeure pas moins que, en faisant référence au personnel et à l'infrastructure dont dispose ordinairement un organe public, l'art. 8 al. 2 OAD utilise un critère qui varie en fonction de l'organe concerné. Personnel et infrastructure ne sont en effet pas identiques suivant que l'on se trouve dans une grande unité de l'administration cantonale ou dans une petite commune. La charge de travail sera donc plus facilement considérée comme disproportionnée dans ce dernier cas. Or c'est précisément d'une commune « relativement petite » (cons. 6.f) qu'il est question dans la présente affaire. L'argument aurait-il alors pu être invoqué de cette manière dans le cas particulier ?

Le demandeur souhaitait accéder à des autorisations de construire similaires à celle qu'il devait obtenir. La recherche des dossiers concernés et la consultation des tiers intéressés représentaient vraisemblablement un investissement en temps dépassant les deux heures, comme le constate le Tribunal cantonal (cons. 6.g). Les renseignements fournis par l'arrêt ne permettent en revanche pas de déterminer avec plus de précision l'étendue du travail requis, ni la taille de l'administration communale concernée.

Mais, quelle que soit cette taille, la simple invocation d'une limite de deux heures n'était pas suffisante pour justifier une détermination négative. Toute commune dispose de conseillers communaux et, au moins, d'un secrétaire communal¹⁶, qui se répartissent la tâche de répondre aux demandes d'accès (art. 42g al. 2 RELCo). Un travail supplémentaire d'un peu plus de deux heures ne peut pas à lui seul les amener à négliger gravement l'accomplissement de leurs autres tâches au service de la commune. La taille d'une commune et de son administration doit certes être prise en considération dans l'application des art. 26 al. 2 let. b LInf et 8 al. 2 OAD, mais pas au point de remettre en question toutes les demandes d'accès un peu délicates. La charge de travail

¹⁴ Cf. la casuistique présentée en 2009 déjà par A. FLÜCKIGER, La transparence des administrations fédérales et cantonales à l'épreuve de la Convention d'Aarhus, DEP 2009 p. 749 ss, 773 note 143.

¹⁵ Cour de justice GE, arrêt du 25.11.2014 ATA/919/2014 (publié sous <http://ge.ch/justice/dans-la-jurisprudence>), cons. 5.c. L'arrêt relève en outre que l'administration ne peut pas se prévaloir dans ce contexte de la vétusté de son outil informatique, plus de cinq ans après l'échéance du délai fixé par la loi pour adapter les systèmes de classement aux exigences de cette dernière. Or le droit fribourgeois impose également l'adoption de systèmes de classement adaptés aux besoins du droit d'accès (art. 38 al. 1 LInf et art. 16 al. 1 OAD).

¹⁶ Cf. art. 76 LCo.

disproportionnée devait dès lors être justifiée par des éléments plus précis et convaincants que le simple renvoi à un travail de plus de deux heures.

4. Conclusions

a) Sur la base de l'état de fait décrit dans l'arrêt, il n'est pas possible d'affirmer que, dans le cas d'espèce, l'accès aurait dû être accordé plutôt que refusé. Mais les problèmes liés au droit d'accès n'ont pas été abordés de manière parfaitement conforme aux exigences de la LInf.

La procédure d'accès suit un cheminement propre qui n'est pas celui d'une procédure administrative ordinaire. Les organes publics ne peuvent en faire abstraction. Ils ne peuvent notamment pas omettre le passage par la médiation.

En outre, même dans une petite commune, un refus d'accès pour charge de travail manifestement disproportionnée ne peut pas être justifié par le simple fait que le traitement de la demande exigerait un travail de plus de deux heures.

b) Néanmoins, si l'arrêt ne peut être suivi sur certains points, il met à juste titre l'accent sur deux éléments importants, si ce n'est essentiels, du droit d'accès tel que défini par la LInf.

Premièrement, il relève que les motivations des demandeurs sont complètement indifférentes dans le domaine du droit d'accès (cons. 6.e). Ce droit est en effet fondé non pas sur un intérêt quelconque du demandeur, mais sur l'intérêt du public à l'information, qui existe désormais *a priori* pour l'ensemble des activités étatiques. En ce domaine, la simple curiosité est considérée comme parfaitement légitime. Dès lors, les questions soulevées par le préfet quant aux motifs réels du recourant (cf. cons. 6.c) n'ont aucune pertinence.

Deuxièmement, il rappelle la place centrale que revêt la protection des données dans le domaine du droit d'accès (cons. 6.g)¹⁷. Non seulement en tant que limite du droit d'accès (art. 27 LInf). Mais aussi en tant que contrainte procédurale, puisque les tiers dont des données personnelles figurent dans le document doivent être consultés avant l'octroi de l'accès (art. 32 al. 2, 33 al. 1 et 36 al. 1 let. b LInf). Avec un inconvénient : la prise en compte des intérêts des tiers lors de la procédure exige du temps et du travail¹⁸.

¹⁷ Dans notre canton, cette place est particulière, car droit à la protection des données et droit d'accès aux documents ont tous deux rang de droit fondamental (art. 12 al. 2 et 19 al. 2 Cst. cant.). Il n'est donc pas possible de donner de manière générale à l'un d'entre eux la priorité sur l'autre (cf. Message LInf, p. 935).

¹⁸ Sur ce point, l'art. 11 OAD – qui prévoit des exceptions au principe de la consultation lors du traitement initial de la demande – contient d'ailleurs sans doute une lacune. Car, lorsque la consultation des tiers concernés entraîne à elle seule, de l'avis de l'organe public, une charge de travail manifestement disproportionnée, il devrait être possible de renoncer à la consultation pour ce seul motif, au moins à

c) Dernier point : à l'avenir, il sera encore plus difficile de refuser l'accès pour charge de travail disproportionnée. Car la Convention d'Aarhus déjà citée, en vigueur depuis le 1^{er} juin 2014¹⁹, ne contient pas directement une exception équivalant à celle de l'art. 26 al. 2 let. b LInf. Pour être compatible avec la Convention, cette disposition doit donc être interprétée de manière restrictive, au point de se confondre avec la notion de demande abusive qui, elle, est connue de la Convention²⁰. Seule consolation pour les partisans de cette exception : la Convention d'Aarhus s'applique uniquement aux informations sur l'environnement²¹.

Luc Vollery

*Dr en droit, chef adjoint du
Service de législation*

l'échelon de la détermination. Faute de quoi, l'invocation de l'exception relative à la charge de travail disproportionnée n'a plus de sens.

¹⁹ Cf. pt 3.a. Une adaptation de la LInf à la Convention est actuellement en préparation.

²⁰ Cf. dans ce sens FLÜCKIGER, p. 773.

²¹ La consolation est maigre, cependant. Car, au sens de la Convention, la notion d'« informations sur l'environnement » est très large (cf. art. 7 al. 8 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE, RS 814.0.1)).