CHA / avril 2015

RAPPORT EXPLICATIF
accompagnant l'avant-projet de loi modifiant la loi sur l'information et l'accès aux documents (adaptation à la Convention d'Aarhus)

1 EN RESUME

1.1. La Suisse a adhéré récemment à la Convention d'Aarhus. La Convention, **entrée en vigueur pour notre pays le 1er juin 2014**, octroie au public un droit d'accès aux documents environnementaux. Ce droit d'accès va plus loin que celui qui est prévu de manière générale par la LInf. Il existe donc certaines incompatibilités entre cette dernière et la Convention, qu'il convient de résoudre.

1.2. Les **situations conflictuelles** qui ont été identifiées sont les suivantes :

a) Le champ d'application de la LInf est trop limité en ce qui concerne les personnes privées qui exercent des tâches de droit public.

b) Certaines exceptions au droit d'accès sont entièrement incompatibles avec la Convention d'Aarhus (documents antérieurs à l'entrée en vigueur de la LInf et documents reçus uniquement en copie), alors que d'autres devront à tout le moins être mises au bénéfice d'une interprétation conforme aux exigences de la Convention (protection des données personnelles lorsqu'il s'agit de personnes morales, protection de l'exécution des décisions ou de la position de négociation de l'organe public, charge de travail disproportionnée).

c) La procédure d'accès peut dans certains cas se révéler beaucoup trop longue au regard des délais prévus par la Convention.

d) Enfin, les mesures de mise en œuvre du droit d'accès prévues par la LInf devraient être complétées par l'établissement de listes et de registres des documents et leur mise à disposition du public.

1.3. Toutefois, ces problèmes d'incompatibilité ne se posent **que dans le domaine de l'information en matière d'environnement**, puisque le champ d'application de la Convention d'Aarhus est limité à ce domaine. L'avant-projet propose dès lors **deux manières distinctes de résoudre ces problèmes** :

a) La ***proposition principale*** consiste à supprimer les principales situations d'incompatibilité avec la Convention, ***sans se limiter au domaine de l'information en matière d'environnement***. On renonce donc entièrement à certaines restrictions du droit d'accès propres à la législation fribourgeoise et qui figurent dans la loi fédérale sur la transparence, notamment la non-soumission au droit d'accès des documents antérieurs à l'entrée en vigueur de la LInf. Il existe de bonnes raisons pour aller dans ce sens : ces restrictions ne correspondent pas globalement au standard suisse en la matière ; elles posent problème non seulement au regard de la Convention d'Aarhus, mais également de la Convention de Tromsø, que la Suisse sera vraisemblablement appelée à ratifier un jour ou l'autre (cf. à ce sujet ci-dessous pt 2.3.5 s.) ; enfin et surtout, leur suppression paraît possible et raisonnable au vu des expériences faites durant les quatre premières années d'application de la LInf.

b) La ***variante*** se limite aux adaptations qui paraissent strictement nécessaires, comme l'a fait la Confédération pour sa propre législation. Elle règle le problème des incompatibilités avec la Convention, mais *uniquement pour le domaine environnemental*.

1.4. Pour le reste, l'avant-projet part de l'idée que, dans un domaine tel que celui-ci, il convient d'assurer la plus grande transparence possible, aussi bien pour les personnes qui désirent accéder à des documents environnementaux que pour les organes de mise en œuvre. Il s'efforce dès lors **d'être le plus explicite possible** sur les points qui, sans être expressément incompatibles avec la Convention d'Aarhus, sont quand même source de difficultés et de conflits. Il s'agit essentiellement

des situations qui peuvent et doivent être résolues par le biais d'une ***interprétation conforme à la Convention***, notamment les relations avec la protection des données des personnes morales ou la longueur de la procédure d'accès.

1.5. Enfin, l'avant-projet profite de l'occasion pour **abroger l'art. 35 al. 2 LInf**. Cette disposition, qui prévoit le caractère définitif des décisions du Conseil de la magistrature en matière de droit d'accès, n'a aucun lien avec la Convention d'Aarhus. Mais elle n'est pas conforme au droit fédéral ; son abrogation relève donc de la cosmétique législative.

2 GENERALITES

2.1 Contexte et origine de l'avant-projet

2.1.1. Début 2014, le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) rappelait dans une ***lettre circulaire aux cantons*** l'adhésion de la Suisse à la Convention d'Aarhus et l'entrée en vigueur de cette Convention au 1er juin 2014.

2.1.2. La **Convention d'Aarhus** – ou : Convention 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 (RS 0.814.07) – est un traité international élaboré sous l'égide de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe, dans le contexte d'un processus intitulé « Un environnement pour l'Europe ». Comme son titre le laisse deviner, cette convention comprend trois piliers spécifiques : l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice. De manière plus lapidaire, on peut dire qu'elle garantit aux citoyens et citoyennes trois droits : le droit de savoir, le droit de participer, et le droit d'accéder à la justice. Ces droits sont limités à un domaine particulier, celui de l'environnement.

2.1.3. Le DETEC relevait que la Suisse remplissait d'ores et déjà la quasi-totalité des conditions posées par la Convention, mais que certains ajustements législatifs étaient quand même nécessaires **dans le domaine de l'information en matière d'environnement**.

Sur le plan fédéral, cet ajustement législatif a eu lieu par le biais d'une ***modification de la loi fédérale sur l'environnement*** (LPE, RS 814.01), adoptée en automne 2013 (art. 2 de l'Arrêté fédéral du 27 septembre 2013 portant approbation et mise en œuvre de la convention d'Aarhus et de son amendement, RO 2014 p. 1021 ss) ; le Message du Conseil fédéral (ci-après : *Message Aarhus*) date du 28 mars 2012 et a été publié dans la FF 2012 p. 4027 ss.

Pour les cantons, depuis le 1er juin 2014, la situation est, comme le prévoit expressément le droit fédéral (art. 10*g* al. 4 LPE), la suivante : soit leur législation garantit au public un droit d'accès à l'information conforme à la Convention ; soit ils appliquent par analogie aux demandes d'accès relatives à des documents environnementaux les règles générales de la loi fédérale sur la transparence (LTrans, RS 152.3), complétées par l'art. 10*g* LPE.

2.1.4. La Chancellerie a constitué au printemps dernier un ***groupe de travail*** présidé par la Préposée à la transparence et composé de personnes représentant les principales Directions concernées (DAEC, DIAF et DEE) ainsi que le Service de l'environnement, le Bureau de l'information et le Service de législation. Ce groupe de travail a été chargé d'examiner la conformité de la législation fribourgeoise avec la Convention, de proposer au besoin les adaptations nécessaires et d'organiser les mesures d'information interne et externe. Ses conclusions, fondées sur les travaux menés à l'échelon fédéral et sur les réflexions de la doctrine (cf. notamment A. FLÜCKIGER, La transparence des administrations fédérales et cantonales à l'épreuve de la Convention d'Aarhus sur le droit d'accès à l'information environnementale, DEP 2009 p. 749 ss), ont pris la forme d'une ***proposition principale, accompagnée d'une variante***.

2.2 Problèmes de compatibilité

2.2.1. Le droit d'accès à l'information est régi dans notre canton par la ***loi du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents*** (LInf, RSF 17.5) et par l'ordonnance du 14 décembre 2010 sur l'accès aux documents (OAD, RSF 17.54). Cette législation est entrée en vigueur le 1er janvier 2011 et, depuis cette date, le canton de Fribourg vit sous le régime de la transparence. Sous réserve des exceptions prévues par la loi, toute personne dispose d'un droit d'accès aux documents détenus par les autorités publiques et par leurs administrations. En outre, au besoin, toute personne peut faire valoir ce droit en justice.

2.2.2. La LInf a repris sur bien des points des **solutions similaires ou proches de la LTrans fédérale**. Or la Confédération a identifié un certain nombre de problèmes de compatibilité entre la LTrans et la Convention d'Aarhus, qu'elle a résolus par la modification de la LPE précitée. L'analyse faite par la Confédération constitue dès lors une bonne base pour l'examen des problèmes de compatibilité entre la LInf et la Convention d'Aarhus. Sous réserve cependant des précisions suivantes :

a) D'une part, la LTrans et la LInf sont considérées par certains comme moins favorables au droit d'accès que la moyenne des autres législations de ce type existant en Suisse, notamment parce qu'elles contiennent des exceptions supplémentaires par rapport à ces dernières. Il n'est donc pas étonnant que le besoin d'adapter la législation sur le droit d'accès se fasse plus sentir à Fribourg que dans les autres cantons.

b) D'autre part, le groupe de travail a identifié un plus grand nombre de problèmes de compatibilité que ne l'a fait la Confédération. Cela est dû en partie au fait que la LInf est sur certains points différente de la LTrans. Mais cela est peut-être aussi dû au fait que la Confédération a parfois un peu minimisé les problèmes.

2.2.3. Si l'on transpose l'analyse effectuée par la Confédération sur le plan fribourgeois, on peut partir de l'idée que **deux dispositions de la LInf ne sont clairement pas compatibles** avec la Convention d'Aarhus :

a) Il s'agit premièrement de la règle posée à ***l'art. 2 let. b LInf***. Selon cette règle, les personnes et institutions privées qui accomplissent des tâches de droit public ne sont soumises à la LInf que dans la mesure où elles ont la compétence d'édicter des règles de droit ou de rendre des décisions. Cette limitation, dont l'équivalent fédéral figure à l'art. 2 al. 1 let. b LTrans, n'est pas conforme à l'art. 2 § 2 de la Convention d'Aahrus.

b) Deuxièmement, la règle de ***l'art. 43 LInf***, auquel correspond sur le plan fédéral l'art. 23 LTrans, est également contraire aux exigences de la Convention d'Aarhus. Selon cette disposition, le droit d'accès ne s'applique pas aux documents antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi. Or la Convention ne contient aucune limite temporelle au droit d'accès.

2.2.4. Sur un **troisième point, l'incompatibilité ne fait aucun doute**. La règle de l'***art. 29 al. 1 let. a LInf*** soustrait du droit d'accès les documents qui n'ont pas été produits ou reçus à titre principal par un organe soumis à la loi (documents reçus uniquement en copie). Cette règle, qui relève également du domaine des exceptions au droit d'accès, est une spécialité fribourgeoise et n'a donc pas d'équivalent dans la loi fédérale, ce qui explique qu'elle n'ait pas été examinée par la Confédération. Mais elle ne correspond à aucune des exceptions autorisées par la Convention et n'est pas susceptible d'être couverte par l'une d'entre elles.

2.2.5. Par ailleurs, **d'autres dispositions de la LInf** peuvent se révéler problématiques aux yeux de la Convention d'Aarhus, mais de manière moins catégorique :

a) Dans le domaine des exceptions au droit d'accès prévues par l'***art. 26 LInf***, sont concernés essentiellement les cas de l'al. 1 let. d (entrave à l'***exécution de décisions***), de l'***al. 1 let. e*** (risque pour la ***position de négociation de l'autorité***) et de l'***al. 2 let. b*** (***charge de travail disproportionnée***). Ils n'ont en effet pas d'équivalent direct dans la Convention d'Aarhus. Cependant, il paraît envisageable d'interpréter ces dispositions de manière à ce qu'elles soient couvertes par certaines des exceptions de la Convention. Ainsi :

– L'exception de l'al. 1 let. d (entrave à l'exécution de décisions) devrait être limitée à l'exécution des mesures prises par l'autorité pour protéger l'environnement, ce qui lui permettra d'être compatible avec l'art. 4 § 4 let. h. C'est du moins l'avis que le Conseil fédéral a exprimé au sujet de l'art. 7 al. 1 let. b LTrans, dont le contenu correspond dans les grandes lignes à l'art. 26 al. 1 let. d LInf (cf. *Message Aarhus*, p. 4060).
– L'exception de l'al. 1 let. e LInf (atteinte à la position de négociation) peut entrer dans la catégorie des communications internes des autorités, qui fait l'objet de l'art. 4 § 3 let. c de la Convention. C'est à nouveau l'avis du Conseil fédéral, à propos cette fois de l'art. 8 al. 4 LTrans (cf. *Message Aarhus*, p. 4058).
– Quant à la charge de travail disproportionnée mentionnée à l'al. 2 let. b LInf, elle peut être interprétée comme ne visant que les demandes abusives, citées à l'art. 4 § 3 let. b de la Convention.

b) Toujours dans le domaine des exceptions au droit d'accès, ***l'art. 27 LInf*** relatif à la prise en compte de la ***protection des données personnelles*** n'est pas non plus entièrement compatible avec la Convention d'Aarhus. L'art. 27 LInf s'applique à toute personne, aussi bien physique que morale. Or l'art. 4 let. f de la Convention ne protège le caractère confidentiel des données personnelles *que si ces données concernent une personne physique*. L'application de l'art. 27 LInf doit donc être limitée dès lors que l'on se situe dans le champ d'application de la Convention.

c) Dans le domaine de la procédure d'accès, les ***exigences relatives aux délais*** (***art. 36 al. 1 LInf***, le détail étant réglé dans l'OAD) peuvent également poser problème. L'art. 4 §§ 2 et 7 de la Convention d'Aarhus prévoit que la réponse à la demande d'accès doit être notifiée au plus tard dans un délai d'un mois, avec une prolongation possible d'un mois, soit 60 jours en tout.
En soi, la LInf elle-même ne contient pas de disposition directement et expressément incompatible avec ce délai de 60 jours. Ses art. 32 al. 1 et 36 al. 1 let. a imposent même un devoir de diligence aux organes publics ainsi que le respect de délais « adaptés à la nature de l'affaire ». En outre, la première détermination de l'organe public intervient d'ordinaire dans les 30 jours (art. 13 al. 2 OAD).
Mais la détermination de l'organe public n'est parfois qu'une étape préliminaire de la procédure, laquelle se poursuit au besoin par une médiation avec le ou la Préposée et seulement ensuite une décision formelle de l'organe public. De plus, la LInf prévoit une participation des tiers concernés à la procédure. Cas échéant, ils doivent en principe être consultés puis, s'ils ont fait opposition, ils ont trente jours après la détermination pour décider s'ils activent la médiation (art. 33 al. 1 LInf) et leur participation à celle-ci va encore prolonger la procédure.
En bref, si tout le monde épuise tous les délais prévus par l'OAD, on aboutit au mieux à une décision rendue au bout de 150 jours, soit deux fois et demi le délai maximal prévu par la Convention.

d) Dernier point : dans le domaine de la mise en œuvre du droit d'accès, ***l'art. 38 al. 1 LInf*** charge les organes publics de veiller à ce que leurs systèmes de classement facilitent l'exercice du droit d'accès, mais n'impose pas l'établissement et la publication de ***répertoires des documents***. Or l'art. 5 § 2 let. b de la Convention d'Aarhus prévoit une obligation de mettre les informations sur l'environnement à disposition du public et de prendre les dispositions pratiques nécessaire, par exemple « en établissant des listes, des registres ou des fichiers accessibles au public ». Selon la doctrine, « les cantons ne disposant pas de tels instruments dans leur pratique administrative de-

vront donc les instaurer et débloquer les ressources nécessaires pour s'assurer de la conformité à la Convention d'Aarhus » (FLÜCKIGER, op. cit., p. 781).

2.3 Solutions possibles

2.3.1. Avant de présenter les solutions possibles pour résoudre les problèmes de compatibilité entre la LInf et la Convention d'Aarhus, il faut donner quelques précisions sur le **champ d'application de la Convention**.

Comme son titre l'indique, la Convention ne s'applique pas à toutes les informations, mais seulement aux ***informations en matière d'environnement***.

Cependant, cette notion d'« informations en matière d'environnement » est ***plus large au sens de la Convention d'Aarhus qu'elle ne l'est en droit suisse***. Elle ne concerne donc pas seulement les documents relatifs à la mise en œuvre de la LPE et ne se limite pas aux domaines d'activités du Service de l'environnement. La Confédération a de ce fait modifié la LPE pour y apporter les précisions suivantes (cf. art. 7 al. 8 LPE) : « Par informations sur l'environnement, on entend les informations relatives au domaine d'application de la présente loi [= LPE] et de la législation sur la protection de la nature et du paysage, la protection des sites naturels, la protection des eaux, la protection contre les dangers naturels, la sauvegarde des forêts, la chasse, la pêche, le génie génétique et la protection du climat ».

2.3.2. La résolution des problèmes de compatibilité entre la LInf et la Convention d'Aarhus dépend alors des constats suivants. Premièrement, les incompatibilités sont limitées à un champ d'application particulier, celui des documents environnementaux. Deuxièmement, ces incompatibilités sont plus ou moins fortes, selon les cas, et peuvent en soi être traitées de manière différenciée. Troisièmement, les dispositions de la Convention sur l'accès aux informations sont d'application directe (*self-executing*) en droit suisse (cf. FLÜCKIGER, op. cit., p. 786), ce qui signifie qu'elles s'appliquent même si on ne fait rien. A partir de là, **on peut envisager trois types de solution** : on ne fait effectivement rien ou, en d'autres termes, on renonce à adapter la LInf ; on adapte la législation cantonale aux exigences de la Convention, mais uniquement pour les documents environnementaux ; ou alors on adapte de manière générale la législation cantonale aux exigences de la Convention. La combinaison de ces différents types de solution est en outre possible, en fonction des différentes catégories d'incompatibilités qui ont été constatées.

2.3.3. La **solution minimale**, qui consiste à **renoncer à toute adaptation législative**, ne paraît pas envisageable.

Certes, l'art. 25 al. 3 LInf réserve déjà les dispositions fédérales déclarant certaines informations accessibles à des conditions particulières. En outre, sur le fond, les règles de la Convention d'Aarhus seront de toute manière applicables dans notre canton.

Mais le résultat manque totalement de transparence aussi bien pour le public que pour les organes d'exécution de la LInf. Par ailleurs, ces derniers sont alors confrontés à la nécessité de devoir jongler simultanément avec plusieurs textes proches mais néanmoins différents sur certains points : la LInf et l'OAD, qui régissent de manière générale le droit d'accès dans notre canton ; la Convention d'Aarhus elle-même, qui pose les principes fondamentaux en matière d'accès aux documents environnementaux ; ainsi que les lois fédérales sur la transparence et sur la protection de l'environnement, qui s'appliquent par analogie aux cantons ne disposant pas de législation sur la transparence ou d'une législation insuffisante (art. 10*g* al. 4, 2e phr., LPE).

2.3.4. La **solution moyenne** consiste à **insérer dans la LInf des règles spéciales pour les documents environnementaux**.

La Confédération a choisi cette solution, avec une petite différence : elle a inséré les règles en question dans la LPE et non dans la LTrans. Mais cela n'est pas possible à Fribourg, notre canton ne disposant pas d'une loi d'exécution de la LPE.

Avec cette solution moyenne, on reprend donc pour l'essentiel le même système qu'à la Confédération, on assure la transparence du système et on n'en fait ni trop ni trop peu. Mais il y a quand même quelques inconvénients. La notion d'« informations en matière d'environnement » peut dans certains cas, malgré la définition de l'art. 7 al. 8 LPE, rester difficile à cerner. En outre, il sera peut-être nécessaire d'envisager à nouveau une adaptation si la Suisse adhère à la Convention de Tromsø (Convention du Conseil de l'Europe du 18 juin 2009 sur l'accès aux documents publics, Série des Traités du Conseil de l'Europe - STCE - n° 205). Cette Convention pose pour l'ensemble des documents (et plus seulement pour les documents environnementaux) des règles en matière de droit d'accès qui sont assez proches de celles de la Convention d'Aarhus, et la question de son intégration dans l'ordre juridique suisse devrait tôt ou tard se poser.

2.3.5. Enfin, la **solution maximale** consiste à **adapter globalement la LInf aux exigences de la Convention d'Aarhus pour tous les documents**, quels qu'ils soient.

Cette solution va bien entendu au-delà de ce qui est strictement nécessaire et remet en outre en cause certaines des décisions prises par le Grand Conseil en 2009.

Mais elle présente un double avantage. D'une part, elle anticipe sur une éventuelle adhésion de la Suisse à la Convention de Tromsø, puisque le contenu de cette dernière se rapproche fortement de celui de la Convention d'Aarhus. D'autre part, elle permet à la LInf de rejoindre pour l'essentiel en matière de droit d'accès le standard des autres cantons, lesquels n'ont pas jugé nécessaire de procéder à une adaptation de leur législation aux exigences de la Convention d'Aarhus.

2.3.6. Pour la consultation, deux versions différentes de l'avant-projet sont présentées :

a) **A titre principal**, il est proposé de supprimer les situations d'incompatibilité avec la Convention, ***sans se limiter au domaine des informations en matière d'environnement.*** Mais, cette suppression n'est envisageable que pour certaines situations clairement définies. Dans les cas où la situation est plus floue, il n'est pas possible d'agir sans nuances. La proposition principale consiste dès lors, en fin de compte, à **combiner les solutions maximale et moyenne** mentionnées ci-dessus.

b) **A titre de variante**, il est proposé de procéder à une adaptation minimale de la LInf, limitée dans tous les cas aux ***seuls documents environnementaux***. Cela correspond à la **solution moyenne** décrite ci-dessus.

2.4 Proposition principale

2.4.1. La proposition principale consiste, on l'a vu, à combiner deux méthodes. Sur certains points, elle généralise les exigences de la Convention d'Aarhus pour tous les documents, renonçant ainsi à certaines exceptions propres à la loi fribourgeoise et à son modèle fédéral. Sur d'autres points, elle se limite à adapter la LInf aux exigences d'Aarhus pour les documents environnementaux.

2.4.2. La **généralisation des exigences de la Convention d'Aarhus pour tous les documents paraît possible et souhaitable sur les trois points où la LInf est clairement incompatible** avec la Convention d'Aarhus : soumission des personnes privées à la LInf, art. 2 let. b LInf ; accès aux anciens documents, art. 43 LInf ; et accès aux documents reçus en copie, art. 29 al. 1 let. a LInf (cf. pt 2.2.3 et 2.2.4). L'avant-projet propose dès lors une adaptation générale des dispositions concernées, valable indépendamment du statut environnemental des documents :

a) La LInf est, dans ces trois cas, plus restrictive que la grande majorité des législations existant dans les autres cantons. En supprimant ces restrictions, on s'éloigne certes du modèle de la Confédération (LTrans), mais on rejoint le standard des autres cantons.

b) Les expériences faites ces dernières années montrent que ***les trois situations en cause n'ont pas posé de problème en pratique***. Seule l'exception relative aux documents antérieurs au 1er janvier 2011 (art. 43 LInf) a dû être invoquée quelques fois, mais presqu'uniquement lors de la première année de mise en œuvre de la LInf (ce motif a justifié six refus d'accès en 2011, un seul en 2012, et aucun en 2013 et 2014). En outre, il s'avère que, dans les cantons qui ne connaissent pas de limitation temporelle du droit d'accès, la très grande majorité des demandes concerne des documents récents, en lien avec l'actualité. Une consultation effectuée auprès des cantons concernés par la Préposée à la transparence a clairement confirmé cette constante.

c) Enfin, les statistiques de l'année 2014 montrent que les principaux domaines qui ont suscité des demandes d'accès l'année dernière – soit l'environnement, l'agriculture et les constructions, qui représentent à eux trois plus de 70 % des demandes – sont tous en lien avec la notion d'information environnementale au sens de la Convention d'Aarhus. Même s'il est probable que certains des documents concernés échappent à la qualification d'« information environnementale », cela montre quand même assez clairement que ***la Convention est susceptible de s'appliquer à un gros pourcentage des demandes d'accès***. Il paraît dès lors judicieux de limiter dans toute la mesure du possible les situations d'incompatibilité.

2.4.3. En revanche, **pour les autres dispositions de la LInf** qui peuvent se révéler problématiques aux yeux de la Convention d'Aarhus (cf. ci-dessus pt 2.2.5), il ne paraît pas opportun de généraliser les exigences de la Convention d'Aarhus à l'ensemble des documents et **l'avant-projet se contente dès lors de régler le problème pour le domaine environnemental**.

a) Sont concernés ***certaines exceptions au droit d'accès*** (entrave à l'exécution des décisions, risque pour la position de négociation, charge de travail disproportionnée, protection des données des personnes physiques et morales), qui sont formulées de manière sensiblement différente dans la LInf et dans la Convention d'Aarhus. Dans ces cas-là, qui correspondent plus ou moins à un standard en Suisse, il serait disproportionné de s'aligner entièrement sur la Convention. En ce qui concerne l'exception relative à la protection des données personnelles, ce serait même contreproductif : non seulement le fait que les règles de protection des données s'appliquent de manière générale aux personnes morales est admis de manière générale en Suisse, mais encore la Convention d'Aarhus diverge sur ce point de la Convention de Tromsø. Cette dernière permet en effet de limiter le droit d'accès dans le but de protéger « la vie privée et les autres intérêts privés légitimes » (art. 3 al. 1 let. f), ce qui peut recouvrir aussi les intérêts des personnes morales.

b) Sont également concernées les ***exigences procédurales relatives aux délais*** ainsi que les ***règles relatives à l'établissement de répertoires*** de documents. Dans ces domaines, il paraît à nouveau préférable de limiter la mise en œuvre des exigences d'Aarhus au domaine environnemental.
En matière de délais, les expériences faites durant les quatre premières années de mise en œuvre de la LInf montrent que la réglementation actuelle a déjà souvent bien de la peine à être respectée. Il est dès lors illusoire de vouloir imposer de manière générale le délai de 60 jours prévu par la Convention d'Aarhus, ce d'autant plus que cette limite n'est pas prévue par la Convention de Tromsø.
En matière de répertoires, il faut relever que leur établissement n'est pas expressément imposé par la Convention d'Aarhus, mais cité en tant qu'exemple de « disposition pratique » destinée à rendre les informations sur l'environnement réellement accessibles. De ce point de vue, même s'il est souhaitable que des répertoires de documents soient établis par les organes publics, en faire une exigence valable de manière générale peut sembler disproportionné.

c) Sur ces différents points, l'avant-projet propose donc des ***solutions valables spécifiquement pour les informations sur l'environnement***. A nouveau, il s'éloigne du modèle de la LTrans : la Confédération a en effet estimé superflu d'adapter cette dernière dans les cas où une interprétation conforme à la Convention d'Aarhus était possible (cf. *Message Aarhus*, p. 4059 s.). L'optique retenue dans l'avant-projet est différente : afin de faciliter une bonne application de la Convention aussi bien

pour les personnes désirant accéder à des documents environnementaux que pour les organes de mise en œuvre, il paraît nécessaire de signaler expressément dans la LInf les situations conflictuelles qui nécessitent une interprétation conforme, dans la mesure où il est possible de les identifier.

2.5 Variante

La variante consiste à **régler strictement le problème de la compatibilité avec la Convention d'Aarhus**, en introduisant dans la LInf un nouvel article 21a consacré spécifiquement aux informations sur l'environnement. C'est la « solution moyenne » décrite ci-dessus pt 2.3.6, avec les avantages et les inconvénients qui y sont exposés :

– On adopte une solution similaire à celle retenue par la Confédération, on assure la transparence du système et on n'en fait ni trop ni trop peu.

– Mais on renonce à une amélioration de la situation du droit d'accès dans le canton que quatre années d'expérience permettent d'envisager, et on prend en outre le risque (certes pas tout proche) de devoir procéder à une nouvelle adaptation de la LInf le jour où la Suisse adhérera à la Convention de Tromsø.

2.6 Conséquences de l'avant-projet

2.6.1. L'avant-projet (aussi bien la proposition principale que la variante) ne devrait pas avoir de ***conséquences financières et en personnel*** directes. D'une part, parce qu'il ne fait que procéder à une adaptation à du droit supérieur qui est de toute manière d'application directe. D'autre part, parce qu'il ne devrait guère avoir d'impact sur le nombre de demandes d'accès, lequel est resté durant les quatre premières années d'application de la LInf relativement modeste (38 demandes en 2014, contre 37 en 2013, 49 en 2012 et 53 en 2011). Vrai est-il cependant que la nécessité de tenir compte des exigences de la Convention d'Aarhus va quelque peu compliquer, voire accroître, le travail des organes qui reçoivent des demandes d'accès. En outre, lors de la mise en œuvre initiale de l'avant-projet, l'établissement des registres de documents va exiger un certain investissement de la part des organes concernés. Mais cette opération ne pourra qu'avoir un effet bénéfique sur les caractéristiques de leurs plans de classement, qui sont de toute manière indispensables dans la perspective d'une bonne gestion des dossiers et de leur archivage.

2.6.2. La ***compatibilité de l'avant-projet*** (proposition principale ou variante) ***avec le droit supérieur*** ne pose pas de problème. En rendant le texte de la LInf moins restrictif vis-à-vis du droit d'accès, on tient mieux compte du fait que, dans notre canton, ce droit a le rang de droit fondamental (art. 19 al. 2 Cst. cant.). Sous l'angle de la conformité au droit fédéral et au droit international applicable en Suisse, il n'y a pas non plus de problème : l'avant-projet a précisément pour objet une adaptation à leurs exigences.

Reste la question de l'eurocompatibilité. Sur ce point, la proposition principale présente clairement un avantage par rapport à la variante : elle fait un grand pas en direction de la conformité du droit fribourgeois avec la Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics (Convention de Tromsø), même si celle-ci n'a pas encore été ratifiée par la Suisse.

2.6.3. L'avant-projet n'a ***pas d'influence sur la répartition des tâches Etat-communes***. L'Etat et les communes restent chacun de leur côté compétents pour traiter les demandes d'accès qui les concernent, conformément aux principes posés aux art. 37 al. 1 LInf et 17 ss OAD.

2.6.4. L'influence de l'avant-projet sur le développement durable fera au besoin l'objet d'une analyse avec la méthode Boussole 21 après la consultation, lorsque la solution définitive sera choisie.

3 COMMENTAIRE DES MODIFICATIONS – PROPOSITION PRINCIPALE

Préambule

L'importance que revêt la Convention d'Aarhus en matière d'accès à l'information dans le domaine environnemental et la nécessité de s'y référer aussi bien dans le texte légal que dans la pratique des autorités justifient la mention de cette Convention dans le préambule de la LInf.

Art. 2, champ d'application

Sur l'incompatibilité entre l'art. 2 let. b et la Convention d'Aahrus et sur la solution consistant à l'abroger, cf. ci-dessus pt 2.2.3.a et pt 2.4.2.

La Confédération, confrontée à un problème identique, s'est limitée à résoudre le problème uniquement pour les documents environnementaux (cf. ci-dessus pt 2.2.3.a et 2.3.5). Elle l'a fait par le biais de l'art. 10*g* al. 3 LPE, qui étend pour ces documents le champ d'application du droit d'accès à l'ensemble des particuliers chargés d'accomplir des tâches de droit public.

Mais l'avant-projet (proposition principale) prévoit la suppression complète de cette restriction, permettant ainsi de rejoindre le standard des lois cantonales sur la transparence. Cela signifie que les personnes privées et les organes d'institutions privées qui accomplissent des tâches de droit public seront soumis à la LInf pour ce qui concerne ces activités, même s'ils n'ont pas de compétences réglementaires ou décisionnelles. A titre d'exemples de personnes privées qui accomplissent des tâches de droit public sans compétences réglementaires ou décisionnelles, on peut citer la Conférence Cantonale de la Construction, qui a signé avec la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions une convention relative à la délégation de compétences de contrôle sur les chantiers.

Art. 25 et 27, exceptions au droit d'accès

Sur l'existence de différences entre les exceptions « ordinaires » au droit d'accès définies par la LInf et les exceptions admises par la Convention d'Aarhus, cf. ci-dessus pt 2.2.5.a.

Ces différences peuvent paraître ténues et/ou d'ordre en partie rédactionnel. Confrontée au même problème, la Confédération s'est d'ailleurs limitée, pour le résoudre, à quelques remarques dans le Message (cf. *Message Aarhus*, p. 4056 ss). L'optique retenue dans l'avant-projet est différente. Il ne paraît certes pas souhaitable ni même possible de reformuler toutes les exceptions pour les adapter à la Convention. Néanmoins, dans un souci d'information et de transparence aussi bien pour le public que pour les organes d'application, il paraît nécessaire de mettre expressément en évidence dans la loi la nécessité d'une interprétation conforme aux exigences de la Convention, dès lors qu'une demande d'accès concerne un document environnemental (cf. ég. ci-dessus pt 2.4.3.a et c). C'est ce que fait le ***nouvel art. 25 al. 4*** (sur l'interprétation à retenir, cf. pt 2.2.5.a *in fine*).

En soi, le principe de l'interprétation compatible avec la Convention permettrait aussi de résoudre le problème soulevé par l'art. 27 relatif à la protection des données personnelles (cf. pt 2.2.5.a). Mais comme l'incompatibilité est ici clairement définie, il paraît préférable de donner directement la solution du problème dans la loi (***art. 27 al. 3 nouveau***), en limitant à nouveau sa portée au domaine environnemental (cf. à ce sujet pt 2.4.3.a *in fine*). Cela ne signifie cependant pas que les personnes morales sont dépourvues de toute protection à l'égard des documents environnementaux : elles ne peuvent certes pas invoquer la protection de leurs données personnelles, mais elles peuvent se rabattre au besoin sur d'autres exceptions, notamment sur la protection des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication (art. 28 let. a LInf ; cf. FLÜCKIGER, op. cit., p. 777).

Art. 29, accès aux documents reçus en copie

Sur l'incompatibilité entre l'art. 29 let. a et la Convention d'Aahrus et sur la solution consistant à abroger cette lettre, cf. ci-dessus pt 2.2.4 et pt 2.4.2.

Sous l'angle procédural, l'abrogation de l'art. 29 let. a nécessite l'adjonction d'un complément à l'art. 37.

Art. 35, voies de droit

Selon l'art. 35 al. 2 LInf, les décisions du Conseil de la magistrature en matière de droit d'accès ne peuvent pas faire l'objet d'un recours cantonal. Cette disposition a été reprise de la solution générale retenue en 2008 pour les décisions du Conseil de la magistrature par la loi d'adaptation à la loi sur le Tribunal fédéral (accès à une autorité judiciaire en matière de droit public) (ROF 2008_118). Mais lorsque cette solution générale a été modifiée par la loi du 31 mai 2010 sur la justice (LJ, RSF 130.1), la LInf n'a pas été adaptée. Si bien que, actuellement, elle n'est pas conforme aux dispositions du droit fédéral relatives à l'accès à la justice. Ces dispositions exigent en effet que les causes de droit public soient tranchées à l'échelon cantonal par une « autorité judiciaire » (art. 29a et 191b Cst. féd.), laquelle doit avoir le statut de « tribunal supérieur » (art. 86 al. 2 LTF). Or le Conseil de la magistrature ne peut pas être considéré comme une autorité judiciaire, et les décisions qu'il prend en matière de droit d'accès ne sont pas des jugements. Dès lors, en l'absence de dispositions générales sur les voies de droit contre les décisions du Conseil de la magistrature, ce sont les art. 7a et 114 al. 2 let. b CPJA (cf. ég. art. 35a al. 3 LJ, tel qu'introduit par la modification du 19.12.2014) qui s'appliquent et qui prévoient un recours au Tribunal cantonal. Comme le problème des voies de droit contre les décisions du Conseil de la magistrature n'est actuellement pas résolu de manière vraiment satisfaisante et mériterait d'être traité globalement (cf. sur ces questions l'avis de droit du Service de législation adressé au Conseil de la magistrature le 6.05.2011 sur le thème « Nature de l'autorité du Conseil de la magistrature, soumission de ses activités à la LPrD et à la LInf, voies de droit contre ses décisions », ainsi que l'article paru *in* RFJ 2011 p. 107 ss), l'avant-projet se limite à prévoir l'abrogation de l'art. 35 al. 2 LInf.

Art. 36, délais

Sur les problèmes de compatibilité entre les règles sur les délais de la LInf et la Convention d'Aahrus, ainsi que sur la solution retenue, cf. ci-dessus pt 2.2.5.c et pt 2.4.3.b et c.

La Confédération relève la nécessité pour certains cantons d'adapter leurs dispositions sur les délais, mais estime que ses propres règles sont conformes à la Convention (*Message Aarhus*, p. 4045 et p. 4057). A Fribourg, le système est globalement identique à celui de la Confédération.
Mais la durée des différents délais qui régissent la procédure d'accès y sont en principe de 30 jours (art. 36 al. 1 let. a LInf) au lieu de 10 ou 20 jours sur le plan fédéral (cf. art. 11 al. 1, 12 al. 1 et 2, 13 al. 2 et 15 al. 1 et 3 LTrans). Par ailleurs, on peut difficilement considérer (comme semble le faire la Confédération) que les dispositions de la Convention sur les délais sont respectées lorsque c'est la première détermination de l'organe public qui est rendue dans le délai requis. Lorsque cette première détermination fait l'objet de contestations, le prononcé d'une décision de première instance peut prendre encore beaucoup de temps, largement plus que le maximum de soixante jours prévu par la Convention. Dès lors, quand bien même il serait possible de se contenter de l'exigence figurant à l'art. 36 al. 1 let. a LInf (« délais adaptés à la nature de l'affaire ») ou de requérir une « interprétation conforme » à la Convention, il paraît plus clair pour tout le monde de mentionner expressément dans la loi les exigences d'Aarhus : décision de première instance rendue dans un délai de soixante jours au maximum.

L'art. 36 al. 1bis laisse toutefois la porte ouverte à une échappatoire : la personne qui demande l'accès peut renoncer à faire respecter les délais en question ; si elle n'y renonce pas, elle verra logiquement ses propres délais considérablement raccourcis.

Art. 37, compétence pour traiter une demande d'accès

Le complètement de l'art. 37 est la conséquence directe de l'abrogation de l'art. 29 al. 1 let. a, qui soustrait actuellement du droit d'accès les documents reçus uniquement en copie. Comme ces documents seront désormais accessibles, il est souhaitable de préciser expressément l'organe qui sera compétent pour répondre aux demandes (al. 1bis nouveau). L'art. 37 al. 1 ne permet en effet pas directement de répondre à cette question.

Art. 38 et introduction de l'art. 43a, répertoires de documents

Sur les exigences de la Convention d'Aarhus en matière de listes et de répertoires et sur la solution proposée par l'avant-projet, cf. ci-dessus pt 2.2.5.d et pt 2.4.3.b et c.

Comme déjà relevé, la Convention n'impose pas de manière catégorique l'établissement et la mise à disposition de ces répertoires, puisqu'elle les cite à titre d'exemple de mesures à prendre. Néanmoins, il s'agit d'un moyen qui paraît incontournable non seulement pour assurer la mise en œuvre du droit d'accès, mais également pour remplir les exigences particulières de la Convention en matière d'information active (art. 5 §§ 3 ss de la Convention). C'est d'ailleurs bien ainsi que les dispositions de la Convention ont été comprises à l'échelon de l'Union européenne : la directive européenne d'application impose, au titre de modalité pratique destinée à garantir l'effectivité du droit d'accès, l'établissement « des registres ou des listes des informations environnementales détenues par les autorités publiques ou par les centres d'information, avec des indications claires sur l'endroit où ces informations sont mises à disposition » (art. 3 § 5 let. c, 3e tiret, de la Directive 2003/4/CE du 28.01.2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement).

Dès lors, l'avant-projet prévoit expressément que les organes qui traitent des informations sur l'environnement doivent établir et publier un répertoire des principaux types ou catégories de documents qu'ils détiennent en la matière (complètement de l'art. 38 al. 2). Il ne s'agit donc pas pour ces organes de donner une liste exhaustive des documents environnementaux en leur possession, mais d'établir une typologie des documents reçus et émis qui concernent le domaine environnemental. L'avant-projet leur octroie pour cela un délai de deux ans (art. 43a nouveau).

Cela concernera au premier chef des unités administratives comme le Service de l'environnement, le Service des forêts et de la faune, le Service de la nature et du paysage, le Service des constructions et de l'aménagement, le Service des ponts et chaussées (section Lacs et cours d'eau) et le Service de l'énergie. Mais pas uniquement : les autres unités administratives qui traitent de questions environnementales au sens de l'art. 7 LPE seront également concernées, ainsi d'ailleurs que les communes. Pour ces dernières, il ne faut cependant pas exagérer l'importance de la tâche : un travail commun avec les services cantonaux concernés devrait permettre d'établir un répertoire-type susceptible d'être repris par la plupart d'entre elles.

Art. 43, documents antérieurs au 1.1.11

Sur l'incompatibilité entre l'art. 43 et la Convention d'Aahrus et sur la solution consistant à l'abroger, cf. ci-dessus pt 2.2.3.b et pt 2.4.2.

La Confédération, confrontée à un problème identique, s'est limitée à résoudre le problème uniquement pour les documents environnementaux (cf. ci-dessus pt 2.2.3.b et 2.3.5). Elle l'a fait par le biais de l'art. 10*g* al. 2, 2e phr., LPE, qui paralyse les effets de l'art. 23 LTrans pour ces documents.

Mais l'avant-projet prévoit l'abrogation complète de l'art. 43 LInf, ce qui permet ici également de rejoindre le standard des lois cantonales sur la transparence.

4 COMMENTAIRE DE LA VARIANTE

La variante n'appelle que peu de commentaires supplémentaires :

a) Comme les différentes situations conflictuelles sont toutes traitées de la même manière, les règles qui les concernent sont ***groupées dans un article commun***, introduit au début du chapitre sur le droit d'accès, dans un **article 21a nouveau**. Ce dernier donne ainsi un panorama complet des questions soulevées par l'entrée en vigueur de la Convention d'Aarhus.

b) Les problèmes relatifs à la ***soumission des personnes privées à la LInf*** (art. 2 let. b LInf), à ***l'accès aux anciens documents*** (art. 43 LInf) et à ***l'accès aux documents reçus en copie*** (art. 29 al. 1 let. a LInf) sont réglés, non plus par la modification des dispositions concernées comme c'est le cas dans la proposition principale, mais pas des clauses d'exception limitées aux informations environnementales. Celles-ci figurent à l'alinéa 2 let. a et b.

c) Les problèmes secondaires relatifs aux ***autres exceptions au droit d'accès***, à la ***durée de la procédure*** ou à l'***établissement de registres de documents*** sont, quant à eux, traités de la même manière que dans la proposition principale. Les raisons qui militent en faveur du signalement, dans la LInf, de l'existence de ces situations conflictuelles valent en effet aussi pour la variante (cf. les explications données à ce sujet ci-dessus pt 2.4.3.c). Néanmoins, ces précisions, au lieu d'être réparties dans les différents articles concernés, sont toutes groupées à l'article 21a (al. 2 let. c à f). Pour plus de détails, il suffit de se référer aux commentaires faits ci-dessus pt 3 à propos des modifications des articles 25 et 27 (exceptions au droit d'accès), 36 (durée de la procédure d'accès), 38 et 43a (répertoires) de la proposition principale : ces commentaires valent également pour les dispositions correspondantes de la variante, soit l'article 21a al. 2 let. c et d (exceptions au droit d'accès), l'article 21a al. 2 let. e (durée de la procédure d'accès), ainsi que les articles 21a al. 2 let. f et 43 (répertoires).

d) Modification de ***l'article 35*** (voies de droit) : au sujet de cette modification qui ne concerne pas Aarhus, cf. le commentaire qui en est donné ci-dessus pt 3 (ad art. 35).