



Fribourg, mai 2017

Rapport explicatif

Avant-projet d'ordonnance modifiant l'ordonnance du 14 décembre 2010 sur l'accès aux documents (OAD)

1 Origine et nécessité

Cette modification de l'OAD a été préparée par un groupe de travail présidé par la Préposée cantonale à la transparence et comprenant des représentants du Service de l'environnement et du Service de la législation. Elle fait suite à l'adoption par le Grand Conseil de la loi du 5 octobre 2016 modifiant la loi sur l'information et l'accès aux documents ([ROF 2016 125](#)), dont l'objectif principal était d'adapter le droit cantonal à la Convention du 25 juin 1988 sur l'accès à l'information, la participation et l'accès à la justice en matière d'environnement ([Convention d'Aarhus ; RS 0814.07](#)), entrée en vigueur pour notre pays le 1^{er} juin 2014.

L'introduction dans la loi du principe de l'interprétation conforme à la Convention d'Aarhus (art. 25 al. 4 LInf) permet de faire l'économie de plusieurs modifications de détail dans l'OAD. Mais certaines adaptations restent nécessaires. D'abord parce que les modifications apportées par le législateur ne se sont pas limitées au seul domaine de l'environnement, mais aussi en raison des changements d'ordre procédural qui requièrent d'être précisés au niveau de l'ordonnance. Le projet propose en outre quelques ajustements de l'ordonnance qui tiennent compte de la pratique des six premières années d'application de la législation sur l'accès aux documents.

2 Grandes lignes du projet

Le projet prévoit de modifier l'OAD essentiellement sur quatre points :

- Il introduit les modifications nécessaires pour tenir compte de l'élargissement du champ d'application personnel et matériel de la loi sur l'information et l'accès aux documents (LInf). Les art. 1 al. 2^{bis} et 2 al. 1^{bis} font le lien, d'une part, entre les notions d'*organes publics au sens strict* et de *personnes privées assimilées à des organes publics* (art. 20 al. 1^{bis} LInf) et, d'autre part, entre celles de *documents officiels* et d'*informations sur l'environnement*.
- Il prévoit l'introduction de plusieurs nouvelles normes de procédure qui concernent le traitement des demandes d'accès à des informations sur l'environnement. L'art. 15 al. 3 OAD fixe les règles que doit suivre la Commission cantonale de la transparence et de la protection des données lorsqu'elle tranche des demandes d'accès à des informations sur l'environnement conformément à l'art. 33a LInf. Les art. 12 al. 2 et 2^{bis}, 13a, 14 al. 1^{bis} et 4, ainsi que l'art. 15 al. 1 concernent la question des délais, lesquels ont été raccourcis à certaines conditions pour satisfaire aux exigences de la Convention d'Aarhus.
- Il adapte les règles sur la compétence pour traiter les demandes d'accès qui sont contenues à l'art. 17 OAD. La suppression de l'exception relative aux documents reçus uniquement en copie

(art. 29 al. 1 let. a LInf) et l'adoption de l'art. 37 al. 1^{bis} LInf, selon lequel une demande d'accès portant sur un document qui n'a été ni produit ni reçu à titre principal peut être traitée par tout organe qui le détient, impliquent de repenser légèrement la systématique de cette disposition.

– Il corrige, là où cela paraît possible, certaines lourdeurs de la procédure d'accès aux documents que la pratique des six premières années ont permis d'identifier (art. 1a, 11 et 17 al. 3 OAD). Aussi fondée sur la pratique et les expériences rencontrées, une nouvelle disposition est ajoutée qui concerne le devoir de collaboration auquel les parties à la phase de médiation sont tenues pour que celle-ci puisse atteindre les objectifs escomptés (art. 14a OAD).

3 Commentaire des dispositions

3.1. *Extension du champ d'application matériel et personnel* (art. 1 al. 2^{bis} et 2 al. 1^{bis})

3.1.1. L'expression « organe public » est utilisée à plusieurs reprises dans l'ordonnance. Comme les personnes privées qui sont nouvellement soumises au droit d'accès sur la base de l'art. 20 al. 1^{bis} LInf ne constituent pas des organes publics à proprement parler, l'art. 1 al. 2^{bis} OAD fait en sorte que ces dernières appliquent les mêmes règles que les organes publics au sens strict lorsqu'elles traitent une demande d'accès à une information sur l'environnement sous réserve des dispositions qui leur sont spécialement applicables (art. 14 al. 4, 1^{ère} phr., 2^e partie, 15 al. 3 et 17 al. 4 OAD).

3.1.2. La notion d'« informations sur l'environnement » est plus étendue que celle de « documents officiels ». Premièrement, les informations sur l'environnement ne doivent pas forcément se rapporter à l'accomplissement d'une tâche publique (cf. art. 22 al. 1 LInf *in fine*). Deuxièmement, les documents y relatifs n'ont pas besoin d'avoir été établis ou reçus par des organes publics au sens strict (cf. art. 2 al. 1 OAD). L'art. 2 al. 1^{bis} OAD fait en sorte de garantir le droit d'accès à ce type d'informations à tous les niveaux comme s'il s'agissait de documents officiels ordinaires.

3.2. *Règles de procédure* (art. 12 al. 2 et 2^{bis}, 13a, 14 al. 1^{bis} et 4, et 15 al. 3)

3.2.1. La Commission cantonale de la transparence et de la protection des données est dorénavant compétente pour statuer sur les demandes d'accès adressées à des organes qui sont dépourvus de la compétence de rendre des décisions au sens du Code de procédure et de juridiction administrative (CPJA). L'art. 14 al. 4 OAD dans sa version modifiée indique que la saisine de la Commission a lieu d'office à la suite du constat d'échec de la phase de médiation avec le ou la Préposé-e.

La procédure devant la Commission est contentieuse ; l'organe privé sollicité par la demande d'accès jouit de tous les droits propres aux parties. Les règles à suivre par la Commission sont décrites à l'art. 15 al. 3 introduit par le projet. En tant qu'autorité administrative, cette dernière applique et respecte les garanties de procédure qui figurent dans le CPJA ; elle veille aussi à préserver les intérêts des tiers concernés. La procédure est en outre gratuite.

3.2.2. Conformément aux exigences de la Convention d'Aarhus, la décision qui ouvre, le cas échéant, la voie du recours devant les tribunaux doit pouvoir être rendue dans un délai maximal de soixante jours. L'art. 36 al. 1^{bis} LInf offre dès lors la possibilité à l'auteur d'une demande d'accès à des informations sur l'environnement d'exiger que celle-ci soit traitée dans des délais raccourcis par rapport à la procédure ordinaire. Pareille exigence de rapidité étant susceptible d'avoir un impact défavorable sur le déroulement de la procédure de médiation, l'art. 36 al. 1^{bis} LInf a toutefois un caractère facultatif. Dans un souci de simplification, l'art. 13a al. 1 OAD introduit une présomption selon laquelle le demandeur ou la demanderesse qui ne requiert pas expressément au moment du dépôt de sa demande l'application du délai de soixante jours y renonce. Tout renversement de cette présomption entraîne le départ d'un nouveau délai de soixante jours.

En cas d'activation de l'art. 36 al. 1^{bis} LInf, toutes les étapes de la procédure se retrouvent raccourcies en conséquence (cf. les art. 13a al. 2 et 14 al. 1^{bis} introduits par le projet). Vu la brièveté des délais, il est proposé que la détermination soit adressée par courrier recommandé à toutes les parties impliquées (art. 12 al. 2^{bis} OAD). Cette exigence poursuit deux objectifs. Elle sert comme moyen de preuve dans le calcul des délais. Mais surtout elle garantit que les éventuels tiers concernés soient informés à temps des étapes de la procédure d'accès afin de leur permettre de prendre les mesures qui s'imposent. Des délais raccourcis ne devant pas rimer avec une protection des tiers amoindrie, l'art. 13a al. 3 OAD rappelle en effet l'obligation de consulter les éventuels tiers concernés conformément à la loi. Ceci implique aussi de leur donner les moyens suffisants afin de faire valoir leurs droits. Par un complément ajouté à l'art. 12 al. 2 OAD, le projet précise expressément l'obligation pour les organes publics d'indiquer formellement le délai pour requérir la médiation dans leur détermination quel que soit le délai applicable (ordinaire ou raccourci).

3.3. Compétence pour traiter les demandes d'accès (art. 17)

3.3.1. La suppression de l'exception liée aux documents reçus uniquement en copie (ancienne lettre a de l'art. 29 al. 1 LInf) et l'extension du droit d'accès à certaines catégories de personnes privées (art. 20 al. 1^{bis} LInf) impliquent de modifier les règles concernant la compétence pour traiter les demandes d'accès. Les modifications proposées restent néanmoins limitées et conservent les principes généraux décidés par la Conseil d'Etat au moment de l'adoption de l'OAD en décembre 2010.

3.3.2. Conformément à l'art. 37 al. 1 LInf, la compétence pour traiter une demande d'accès est attribuée en premier lieu à l'organe qui l'a produit ou qui l'a reçu à titre principal. Entre ces deux organes, l'OAD maintient le principe de la compétence subsidiaire du « destinataire » par rapport à celle du « producteur »¹. Selon le projet, l'art. 17 al. 2 OAD est uniquement complété par un renvoi à l'art. 37 al. 1^{bis} LInf, en vertu duquel une demande concernant un document qui a été reçu en copie peut être traitée par tout organe se trouvant en sa possession. Pour que cette règle trouve application, il faut bien entendu que le document visé n'ait été ni produit, ni reçu à titre principal par un autre organe soumis à la LInf.

3.3.3. L'alinéa 3 indique les règles à suivre pour le traitement des demandes qui portent sur des documents susceptibles de concerner différents organes, soit parce que les documents visés ont été établis ou reçus à titre principal par plusieurs organes soumis à la loi (let. a), soit parce qu'ils constituent des pièces d'un plus grand dossier qui est traité par plusieurs organes simultanément (let. b). En supprimant l'expression « à défaut » de la phrase introductive, le projet renonce à imposer une hiérarchie entre les deux modes de résolution proposés. Le choix entre l'une ou l'autre solution dépendra du cas particulier et devra être réalisé conformément au bon sens et aux règles de la bonne foi. Cette clarification tient compte d'une demande de la pratique.

3.3.4. L'art. 17 al. 4 OAD introduit par le projet définit les règles de compétence applicables à l'égard des documents environnementaux détenus par des personnes privées au sens de l'art. 20 al. 1^{bis} LInf. Comme pour les organes publics au sens strict, le principe de la compétence principale de l'organe producteur est maintenu. Toutefois, dans un souci de simplification et d'efficacité, les demandes qui concernent des documents qui ont été transmis à un organe cantonal ou communal

¹ Cf. le Rapport explicatif *CHA/DIAF* accompagnant la réglementation de la LInf du 14.12.2010 disponible sur le site de l'Autorité de la transparence et de la protection des données (http://appl.fr.ch/friactu_inter/handler.ashx?fid=3411), p. 7.

peuvent aussi être traitées par celui-ci directement. Dans un tel cas, la personne privée à l'origine du document concerné n'est pas pour autant exclue de la procédure. En tant que tiers concerné, elle devra impérativement être consultée et pourra requérir, le cas échéant, l'ouverture d'une procédure de médiation devant le ou la Préposé-e contre la détermination de l'organe public. La décision de l'organe public est quant à elle sujette à recours conformément aux règles ordinaires de la juridiction administrative (art. 34 al. 1 LInf).

3.4. Modifications fondées sur la pratique (art. 1a, 11 et 14a)

3.4.1. Les documents qui ont été diffusés à un moment donné librement par une autorité pour informer la population sur son fonctionnement ou sur une affaire particulière doivent pouvoir être consultés ensuite librement quand bien même ils ne seraient plus directement accessibles *via* les canaux de communications traditionnels employés par l'Etat.

L'art. 1a introduit par le projet considère ce type de documents comme des « documents manifestement publics ». Il s'en suit que toute personne doit en principe pouvoir y accéder sans qu'il soit nécessaire de passer par la procédure d'accès aux documents officiels. En cas de demande d'accès portant sur ce type de documents, n'importe quel organe public est en principe habilité à transmettre l'information requise sans autre formalité.

Une limite a toutefois été introduite. L'art. 1a let. b tient en effet compte du fait que l'intérêt du public d'être informé à propos d'un objet peut diminuer sous l'effet du temps, tandis qu'il peut y avoir des motifs légitimes justifiant de ne pas revenir sur des faits passés (cf. notamment la question du droit à l'oubli). En cas de doute fondé, la demande doit être traitée selon les règles ordinaires de la procédure d'accès ; en particulier le ou les tiers concernés doivent être consultés.

3.4.2. Dans sa teneur actuelle, l'art. 11 OAD permet de simplifier la procédure en supprimant à certaines conditions l'obligation de consulter les éventuels tiers concernés par une demande d'accès pour le cas où l'organe public envisage soit de refuser l'accès (al. 1), soit de l'accepter (al. 2).

L'alinéa 1^{er} est complété par l'ajout d'une nouvelle let. c qui permet de renoncer à la consultation si la demande d'accès paraît abusive ou susceptible d'induire à une charge de travail manifestement disproportionnée (art. 26 al. 2 let. a ou b LInf).

L'alinéa 2 permet actuellement de faire abstraction de la consultation uniquement dans l'hypothèse où des données personnelles sont en cause et pour autant que leur divulgation ne porte manifestement pas atteinte aux intérêts privés des personnes concernées. Le projet étend cette possibilité en prévoyant la faculté de renoncer à consulter les personnes privées et les organes publics susceptibles d'être concernés par une demande d'accès s'il apparaît de manière claire – sur la base d'une pesée des intérêts anticipée – qu'il n'y a pas lieu d'envisager raisonnablement l'existence d'un intérêt privé ou public s'opposant à leur divulgation et que la consultation engendrerait une charge de travail disproportionnée. La formulation de cette disposition est directement inspirée de la jurisprudence du Tribunal fédéral². A noter encore que le contenu de l'alinéa 2 let. a dans sa version actuelle a été déplacé sous une forme élargie à l'art. 1a introduit par le projet (cf. *pt* 3.4.1 ci-dessus).

3.4.3. Le nouvel art. 14a détaille sous divers aspects l'obligation de collaborer à laquelle les parties sont tenues dans la phase de médiation. Les règles qu'il contient sont similaires à celles qu'on retrouve dans le CPJA s'agissant du déroulement ordinaire de la procédure (cf. art. 47 ss CPJA).

² ATF 142 II 340 cons. 4.6 traduit au JdT 2017 I 26.

Cette disposition est reprise de l'art. 12b de l'ordonnance fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (OTrans ; RS 152.31) et de l'art. 21 du règlement tessinois sur l'information et la transparence de l'Etat (regolamento della legge sull'informazione e sulla trasparenza dello Stato – RL ; RSTI 1.6.3.1).

4 Conséquences du projet et conformité au droit supérieur

La concrétisation des nouvelles exigences relatives au droit d'accès en matière environnementale aura inmanquablement certaines conséquences organisationnelles pour les personnes en charge de la mise en œuvre de la LInf aux niveaux cantonal et communal. Comme le Conseil d'Etat l'a indiqué dans son Message relatif à la modification de la LInf, les modifications apportées n'ont cependant pas de conséquences financières et en personnel directes³. D'une part, parce qu'elles procèdent pour l'essentiel à une adaptation à du droit supérieur qui est de toute manière d'application directe et, d'autre part, parce que ces changements ne devraient pas avoir d'impact sensible sur le nombre de demandes d'accès, lequel est resté stable depuis l'entrée en vigueur de la LInf (selon les statistiques de 2016, 39 demandes ont été déposées l'année passée).

A noter par ailleurs que les modifications proposées qui concernent les documents manifestation publics (cf. *pt* 3.4.1 ci-dessus), les possibilités supplémentaires de renoncer à la consultation des tiers (cf. *pt* 3.4.1 ci-dessus), ainsi que les règles de compétences (cf. *pt* 3.3.3 ci-dessus) sont susceptibles d'alléger dans une certaine mesure la charge de travail inhérente au traitement d'une demande d'accès à l'information.

³ Message du 06.06.2016, BGC 2016 p. 2647 ss, 2653.