

LA LOI FRIBOURGEOISE SUR L'INFORMATION ET L'ACCES AUX DOCUMENTS

Luc Vollery

Dr en droit, conseiller juridique au Service de législation*

Zusammenfassung

Das freiburgische Gesetz über die Information und den Zugang zu Dokumenten (InfoG) wurde am 9. September 2009 verabschiedet und wird am 1. Januar 2011 in Kraft treten.

Der vorliegende Artikel gibt in einem ersten Teil einen allgemeinen Überblick über den Inhalt dieses Gesetzes, zeichnet den Ablauf der Gesetzgebungsarbeiten nach und hebt einige Besonderheiten des freiburgischen Erlasses hervor.

Sodann geht er vertieft auf einige Aspekte des Rechts auf Zugang zu Dokumenten ein. Zunächst auf seine Grundlagen, deren Kenntnis ein besseres Verständnis der Materie ermöglichen sollte; dann auf die Schranken des Zugangsrechts, die den Kern der Problematik bilden und daher Gegenstand eines ausführlichen Kommentars sind; schliesslich auf einige Aspekte im Zusammenhang mit dem Zugangsverfahren oder der Umsetzung. Die Lösungen des freiburgischen Gesetzes werden jeweils mit denen der anderen Kantone und des Bundes verglichen und zuweilen den Erfordernissen der Konventionen von Aarhus und Tromsø gegenübergestellt.

* Et chef de projet durant les travaux d'élaboration de la LInf. Les opinions exprimées dans cet article n'engagent toutefois que leur auteur.

Table des matières

I. Introduction	355
II. Généralités	357
A. Contenu de la loi	357
1) Introduction du droit d'accès aux documents officiels	357
2) Révision des règles sur la publicité des séances et le devoir d'informer	359
B. Historique des travaux	363
C. Particularités de la loi fribourgeoise	369
1) Coordination entre information du public et protection des données	369
2) Maintien du principe du secret des activités gouvernementales	374
3) Importance de l'adaptation de la législation spéciale	376
III. Le droit d'accès aux documents	377
A. Fondements	377
1) Droit fédéral et droit international	378
2) Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004	380
3) Reconnaissance d'un intérêt du public à l'information	382
4) Eléments essentiels du droit d'accès	384
B. Limites	390
1) Le système	390
2) Limites générales visant à protéger les intérêts publics	394
3) Limites générales visant à protéger les intérêts privés	402
4) Cas particuliers	408
a) En général	408
b) Documents antérieurs à la loi	411
c) Documents reçus en copie	414
d) Procès-verbaux des séances non publiques	415
e) Contenu subjectif des notes internes	417
f) Documents gouvernementaux avant la fin du processus décisionnel	419
g) Documents de la procédure de corapport	422
h) Rapports Evalfri et rapports de l'Inspection des finances	425
C. Procédure et mise en œuvre	426
1) Déclenchement de la procédure	426
2) Déroulement de la procédure	428
3) Mesures de mise en œuvre	430
IV. Conclusion	432
Annexes	435
Annexe 1 : Exceptions au droit d'accès – Tableau des limites indirectes et cas particuliers	435
Annexe 2 : Principaux ouvrages cités	436
Annexe 3 : Répertoire par articles	438
Annexe 4 : Abréviations	440

I. INTRODUCTION

1. Date fétiche pour les mariages¹, le 09.09.09 est également le jour choisi par le canton de Fribourg pour convoler avec le principe de transparence. Sa loi sur l'information et l'accès aux documents (LInf) a en effet été adoptée le 9 septembre 2009². Elle ne couronne pourtant pas un « coup de foudre » : entre les premières demandes et l'aboutissement du projet, une quinzaine d'années se sont écoulées. Elle n'est pas non plus, si l'on en croit les travaux préparatoires, l'aboutissement d'une grande passion qui aurait muri longuement et sereinement pour s'épanouir dans ce texte long d'une petite cinquantaine d'articles.

2. On est donc plutôt en présence d'un mariage de raison, fondé sur la volonté de se conformer à la tendance générale, laquelle sera sans doute renforcée prochainement par des exigences extérieures plus contraignantes :

– Dans le sillage de la société de l'information, le besoin de légiférer sur l'accès aux documents administratifs s'est en effet accru de manière exponentielle ces dernières années. Sur le plan international, tout d'abord³. Mais également sur le plan suisse : les appels à la transparence, récurrents aux différents échelons politiques depuis le début des années 1990, ont déjà amené Berne, puis à sa suite la Confédération, tous les cantons romands et bon nombre de leurs confrères alémaniques, à se doter d'une législation sur le droit d'accès⁴.

¹ Cf. la dépêche de l'ATS du 7.07.2009 : « Mariages : ruée sur les offices d'état civil pour le 9.9.2009 ».

² Loi du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents (LInf) / Gesetz vom 9. September 2009 über die Information und den Zugang zu Dokumenten (InfoDG), ROF 2009_096. Dans le RSF, elle portera le n° 17.5.

³ Le nombre de pays s'étant dotés d'une législation en la matière a plus que doublé depuis le début du 21^{ème} siècle.

⁴ Dans l'ordre chronologique (adoption de la loi) : en 1993, **BE** (LIn, RSB 107.1) ; en 1996, **AR** (IG, BGS 133.1) ; mais le droit d'accès y est subordonné à l'existence d'un intérêt légitime) ; en 2001, **SO** (InfoDG, BGS 114.1) et **GE** (LIPAD, RSG A 2 08) ; en 2002, **VD** (LInfo, RSV 170.21) et **JU** (LInf, RSJU 170.810) ; en 2004, la **Confédération** (LTrans, RS 152.3) ; en 2006, **NE** (LTAE, RSN 150.50), **AG** (IDAG, SAR 150.700) et **UR** (OeB, RB 2.2711) ; en 2007, **ZH** (IDG, ZH-Lex 170.4) et **SZ** (ÖDSG, SRSZ 140.410) ; en 2008, **VS** (LIPDA, RS/VS 170.2) ; en 2009, **FR** (LInf) ; en 2010, **BS** (IDG) et probablement BL et TI.

– Pour l’instant, cet élan vers la transparence est encore, dans notre pays, de nature spontanée. Mais les choses devraient changer prochainement. La Suisse prépare son adhésion à la Convention d’Aarhus et cette adhésion entraînera l’obligation, pour tous les cantons, de disposer d’une législation sur le droit d’accès aux informations de nature environnementale ; en outre, à plus ou moins long terme, elle songera certainement à ratifier la Convention de Tromsø sur l’accès aux documents publics⁵.

3. Le domaine traité par la nouvelle LInf est donc appelé à prendre de l’importance et à évoluer. Et la présentation de cette loi fait partie des mesures d’information utiles à sa mise en œuvre.

Cette présentation donne d’abord un panorama général du contenu de la loi, fait l’historique des travaux et relève quelques particularités du texte fribourgeois. Puis elle traite de manière plus approfondie le droit d’accès aux documents. Tout d’abord ses fondements, dont l’exposé devrait permettre une meilleure compréhension de la matière ; ensuite, les limites du droit d’accès, qui sont au cœur du problème et font dès lors l’objet d’un commentaire détaillé ; enfin, quelques aspects liés à la procédure d’accès ou à la mise en œuvre.

L’exposé est complété par des éléments comparatifs. Les solutions retenues dans la LInf sont régulièrement mises en parallèle avec celles de la loi fédérale sur la transparence (LTrans)⁶, qui lui a largement servi de modèle, et avec celles des autres lois cantonales. Elles sont aussi parfois confrontées aux exigences des Conventions d’Aarhus et de Tromsø.

4. Dernier élément : afin de ne pas précipiter les premières mesures d’exécution, le canton de Fribourg s’est accordé un délai d’une année et quelques mois avant de plonger dans les eaux claires de la transparence. C’est donc le 1.1.11 qu’entrera en vigueur cette loi du 09.09.09. La réglementation d’exécution, actuellement en cours d’élaboration⁷, devrait en principe avoir été adoptée à ce moment-là.

⁵ Cf. sur ces deux conventions ci-dessous n° 35.

⁶ Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l’administration (Loi sur la transparence, LTrans), RS 152.3. La LTrans fait l’objet d’un commentaire de presque 400 pages, paru en 2008 (*BGÖ-Kommentar*), auquel le présent article se réfère régulièrement.

⁷ Projets en consultation durant l’été 2010.

II. GENERALITES

A. Contenu de la loi

5. La LInf a deux objectifs complémentaires⁸. Un objectif principal : introduire dans le canton de Fribourg le droit d'accès aux documents (*pt 1*). Et un objectif secondaire : adapter à l'évolution de la situation les dispositions existantes en matière d'information du public (publicité des séances et devoir d'informer) (*pt 2*).

Le fil conducteur de la loi est donc l'information du public au sens large, dans ses aspects actifs (séances publiques et information d'office) et passifs (réponses aux demandes d'accès et réponses aux demandes de renseignements). Les buts généraux qu'elle vise (art. 1 al. 2⁹) doivent ainsi être réalisés par une combinaison entre ces aspects actifs et passifs, en profitant des synergies et des complémentarités entre eux¹⁰.

1) Introduction du droit d'accès aux documents officiels

6. L'introduction du droit d'accès aux documents officiels passe par un changement radical de perspective, un « *renversement de paradigme* » pour reprendre la formule traditionnelle (et un peu rabâchée). Il y a en effet un avant et un après : avant cette introduction, les documents officiels étaient *a priori* considérés comme secrets ; après cette introduction, ils sont *a priori* considérés comme publics. Avec quand même un grand « mais » : le secret de l'ancien régime était tempéré par d'assez nombreuses exceptions, et la publicité nouvellement introduite connaît elle aussi ses restrictions (assez ou trop nombreuses, selon les avis).

7. D'aucuns n'ont donc pas manqué d'ironiser sur le *verre à moitié vide ou à moitié plein*¹¹. Ils n'ont pas entièrement tort si l'on se place du point de vue des administrés et que l'on se réfère aux évaluations sur la mise en œuvre de législations similaires : les lois sur la transparence sont peu connues du public et peu utilisées¹². Mais ils n'ont pas entièrement raison non plus : les changements sont importants aussi bien

⁸ Cf. ég. pour une brève présentation du contenu de la loi *Message LInf*, p. 929.

⁹ Sauf précision contraire, les articles cités sont ceux de la LInf.

¹⁰ Cf. pour un bon exposé de ces complémentarités FÜZESSÉRY, p. 86 ss.

¹¹ Références dans MAHON/GONIN in BGÖ-Kommentar, Art. 6 n° 4.

¹² Cf. PASQUIER/MEILLAND, pt 2, avec une comparaison internationale du nombre de demandes ; CEPP_GE, pt 3.1.6.

sous l'angle des principes qui régissent les relations entre le public et l'administration que sous l'angle des pratiques et modes de fonctionnement de l'administration.

8. Les *relations entre le public et l'administration* sont en effet désormais marquées par la reconnaissance *a priori* d'un intérêt général du public à l'information qui s'étend à tous les documents officiels détenus par les organes publics, aussi bien cantonaux que communaux. Cela se traduit concrètement par les éléments suivants :

- la transformation de cette reconnaissance en un véritable droit subjectif des particuliers (art. 20 al. 1) de consulter ou d'obtenir en copie ces documents (art. 23 al. 1) ;
- la définition d'exceptions au droit d'accès, fondées sur l'existence d'intérêts publics ou privés qui peuvent prévaloir sur l'intérêt général du public à l'information (art. 25 ss) ;
- une certaine relativisation de la protection des données personnelles, puisque l'intérêt du public à l'information peut désormais clairement l'emporter sur cette dernière (art. 11 al. 1 let. c, 12 et 27 al. 1 let. c) ;
- la redéfinition du secret général de fonction, qui perd son rôle de justification du secret des actes administratifs et voit désormais, dès lors qu'il est question d'informations documentées, sa portée limitée aux éléments qui échappent au droit d'accès (art. 25 al. 3).

9. Sous l'angle des *pratiques administratives*, l'introduction du droit d'accès a également des conséquences importantes ; elle signifie notamment :

- l'adoption de systèmes de classement des documents cohérents (art. 38 al. 1) et une attitude positive vis-à-vis des demandeurs d'accès (art. 32 al. 1) ;
- l'obligation de suivre une procédure d'accès aux documents formalisée (art. 31 ss), en principe gratuite (art. 24), qui peut au besoin aboutir à une décision (art. 33 al. 3) susceptible de recours (art. 34 s.) ;
- la mise en place d'une autorité qui sert à la fois d'organe de médiation lors de la procédure d'accès et d'organe de promotion et de mise en œuvre du droit d'accès (art. 39 ss) ;
- la nécessité d'assurer une bonne coordination avec la protection des données personnelles, notamment en tenant compte des droits des personnes concernées lors de la procédure (art. 32 al. 2, 33 al. 1 et 36 al. 1 let. b).

2) *Révision des règles sur la publicité des séances et le devoir d'informer*

10. Bien avant l'adoption de la LInf, les principales lois « organiques » du canton – lois sur le Grand Conseil (LGC), sur le Conseil d'Etat (LOCEA), sur l'organisation judiciaire (LOJ) et sur les communes (LCo) – contenaient des dispositions relatives à l'information du public au sens large. Pour le Grand Conseil et le Conseil d'Etat, dont le fonctionnement a été entièrement révisé durant la dernière décennie, ces dispositions étaient même relativement développées.

La LInf ne les a donc pas entièrement remises en question. Elle les a essentiellement *revues et généralisées*, de manière à ce que l'ensemble des institutions fribourgeoises gèrent l'information du public selon un mode harmonisé. Elle a quand même pris en compte les spécificités propres à chaque organe et a en outre mis en œuvre, de manière plutôt extensive, les règles de la nouvelle Constitution fribourgeoise relative à la déclaration des intérêts¹³.

11. La généralisation des règles existantes sur la publicité des séances et le devoir d'informer se traduit par l'insertion, dans le corps de la LInf, d'un chapitre entièrement consacré à ces questions (chap. 2, art. 4 à 19), qui s'applique à l'ensemble des organes cantonaux et communaux soumis à la loi. Dont ressortent les points suivants :

– L'art. 5 pose directement le principe selon lequel les *séances des organes de type exécutif ou purement administratif* (par opposition aux organes de type législatif ou judiciaire mentionnés à l'art. 4) se tiennent en principe *à huis clos*. La règle doit être lue en relation avec celle de l'art. 29 al. 1 let. b (pas d'accès aux procès-verbaux des séances non publiques).

– L'art. 7 al. 2 crée une catégorie particulière de *secret pour les tiers présents* exceptionnellement *lors d'une séance à huis clos* (experts, médias, invités, etc.)¹⁴. Alors que le projet étendait à leur intention le

¹³ Cf. aussi à ce sujet *Message LInf*, p. 932 s. (pt 1.3.2 et 1.3.3).

¹⁴ La règle ne s'applique dès lors pas aux membres de l'organe qui siège, même lorsqu'ils exercent leur fonction à titre accessoire (p. ex., membre d'une commission de l'Etat) ; pour eux, ce sont les règles ordinaires qui sont applicables (notamment : pour le personnel de l'Etat, l'art. 60 LPers ; pour les membres des commissions extraparlémentaires, les art. 53 al. 3 LOCEA et 26 ROFC ; et pour les membres des organes communaux, l'art. 83b LCo).

champ d'application du secret de fonction ordinaire¹⁵, le Grand Conseil a estimé que l'on ne pouvait demander à des tiers d'évaluer par eux-mêmes ce qui devait être tenu secret en raison de sa nature ou des circonstances. Les tiers en question n'auront donc à garder le secret que sur la base des instructions fournies par la présidence¹⁶, qui devra être attentive à cet élément et faire preuve de précision¹⁷.

– Les règles sur le « devoir d'informer » (section 2 du chap. 2) concernent essentiellement l'information active (ou information d'office). Mais pas exclusivement : les art. 8 al. 1 let. b et 10 al. 2 imposent aux organes publics une obligation de **répondre aux demandes de renseignements**. Ils traitent donc d'une forme particulière d'information passive, clairement distincte du droit d'accès : la demande ne porte pas sur la possibilité de consulter un document existant, mais sur l'obtention de renseignements relatifs aux activités des organes publics ; et si la règle crée une obligation pour l'organe, elle n'accorde en revanche pas au demandeur un droit qu'il pourrait invoquer en justice¹⁸.

– Enfin, les art. 17 à 19, accompagnés des art. 6 al. 1 et 9 al. 2, reconnaissent désormais à l'échelon de la loi le **rôle essentiel joué par les médias** dans le domaine de l'information du public : les autorités ont certes de plus en plus tendance à mettre leurs informations directement à disposition sur Internet ; mais le rôle de relais des médias reste crucial, ne serait-ce qu'en raison de la sélection des informations qu'ils effectuent et de la distance critique qu'ils apportent à leur diffusion.

12. La prise en compte des spécificités propres à chaque organe a été traitée directement dans la **législation spéciale** (cf. le renvoi de l'art. 16). On peut citer à titre d'exemples deux éléments allant clairement dans le sens d'une plus grande ouverture :

– La possibilité de prononcer le huis clos pour les séances des organes législatifs est réduite à la portion congrue. Les assemblées communales et bourgeoises ainsi que les séances des conseils généraux et des or-

¹⁵ Cf. art. 7 al. 2 du projet LInf et *Message LInf*, p. 940.

¹⁶ A moins qu'une règle spéciale (tels les art. 120 al. 2 LGC, 33 al. 4 LOCEA ou 83b al. 2 LCo) ne pose expressément le secret des délibérations. Ce dernier va en effet plus loin que le secret de fonction : il s'applique à toutes les personnes présentes et porte sur l'ensemble des discussions tenues lors de la séance.

¹⁷ P. CORMINBOEUF, Commissaire du gouvernement, *in* BGC 2009 p. 853.

¹⁸ *Message LInf*, p. 940. Ces dispositions généralisent des règles qui existent déjà, à l'échelon de l'ordonnance, pour l'administration cantonale. Elles sont de même nature que l'obligation figurant à l'art. 23 al. 2 (cf. ci-dessous n° 47 *in fine*).

ganes délibératifs intercommunaux sont désormais publiques sans aucune exception possible (art. 9^{bis}, 51^{bis}, 106 et 117 LCo et art. 34 LAgg)¹⁹ ; cette solution, facilitée par le transfert récent de la compétence de naturalisation à l'exécutif communal (art. 33 al. 1 LDCF), nécessitera quelques changements dans la pratique de certaines communes. En revanche, pour le Grand Conseil, le huis clos a été utilisé avec retenue jusqu'à ce jour et les modifications apportées (diminution importante des motifs pouvant justifier un huis clos, cf. art. 119 LGC²⁰) ne devraient guère avoir d'incidence concrète.

– Les commissions parlementaires jouent un rôle essentiel dans la formation de la volonté du parlement. C'est pourquoi diverses voix réclament régulièrement une plus grande publicité de leurs travaux, afin d'assurer la transparence du débat politique²¹. Le législateur fribourgeois n'a pas été entièrement sourd à ces appels. Il n'a certes pas voulu renverser complètement le système actuel : il a maintenu le secret des séances des commissions ainsi que de leurs procès-verbaux²². Néanmoins, il a décidé d'assurer « une plus grande ouverture sur la teneur de leurs débats »²³ : les propositions des commissions parlementaires (« projets *bis* ») devront désormais être complétées par l'énoncé de tous les objets sur lesquels les discussions déterminantes ont porté (proposi-

¹⁹ Cf. à ce sujet *Message LInf*, p. 956.

²⁰ Cf. à ce sujet *Message LInf*, p. 953. Aux cas de l'art. 119 LGC, il faut toutefois encore ajouter celui prévu par l'art. 109 de la loi du 31.05.2010 sur la justice (LJ) (ROF 2010_066) pour les procédures de révocation des juges. Les juges jouissent ainsi d'un privilège par rapport aux membres du Conseil d'Etat : pour les levées d'immunité de ces derniers, la LInf a en effet supprimé le huis clos d'office.

²¹ MAHON (1999), n° 85. Sur le plan fédéral, deux interventions parlementaires ont demandé dernièrement la suppression du secret et la publication des procès-verbaux (initiative 08.410 Groupe UDC et initiative 08.427 R. Noser), mais le Conseil national a décidé de ne pas donner suite.

²² C'est une confirmation des décisions prises durant la dernière décennie. Le Grand Conseil a d'abord écarté une proposition visant à assurer la publicité des procès-verbaux de ses commissions (BGC 2000 p. 1298). Et deux ans plus tard, la Constituante n'a pas voulu consacrer le principe de la publicité des séances des commissions parlementaires (BOC 2002 p. 348 ss et 2003 p. 289 ss), après avoir écarté cette solution pour ses propres commissions (cf. ci-dessous note 59).

A noter cependant que les membres des commissions parlementaires fribourgeoises ne sont soumis qu'au secret de fonction ordinaire (art. 53 let. e et 100 ss LGC), contrairement à leurs homologues fédéraux qui doivent, eux, respecter le secret des délibérations (cf. art. 47 al. 1 LParl).

²³ X. GANIOZ, rapporteur de la Commission parlementaire, BGC 2009 p. 866 ; la modification de l'art. 23 LGC a été acceptée sans discussion en plénum.

tions mises au vote, qu'elles aient été acceptées ou refusées) et par les résultats comptables des votes (art. 23 LGC).

13. L'introduction dans la législation fribourgeoise d'une **obligation**, pour certains membres des organes publics, **de déclarer leurs liens d'intérêt** (art. 13 et 14) découle de la nouvelle Constitution fribourgeoise (art. 98 al. 2 Cst. cant.). Les intérêts dont il est question sont précisés à l'art. 13 al. 2, de manière plutôt large : le critère de l'importance des fonctions exercées ou des organisations à l'intérieur desquelles elles s'exercent n'a pas été retenu, car les limites de cette importance sont impossibles à tracer de manière satisfaisante²⁴.

Pour les membres du Grand Conseil, il s'agit d'une règle que l'on retrouve sur le plan fédéral et dans de nombreux cantons²⁵ ; elle est complétée par une obligation de rappeler en séance l'existence de ces liens d'intérêts (art. 55 al. 2 LGC)²⁶.

Pour les membres du Conseil d'Etat et les préfets, c'est en revanche une particularité fribourgeoise, dont l'importance est relativisée par les règles d'incompatibilités et qui n'est que peu ou pas justifiée dans les travaux de la Constituante²⁷. Il ne faut apparemment y voir que « l'écho d'une transparence que la population exige et est en droit d'attendre de la part de nos politiciens »²⁸, cette transparence s'appliquant essentiellement aux mandats exercés en raison de la fonction²⁹.

²⁴ Cf. SCYBOZ, p. 253 note 118 et les références.
Sur le plan fédéral, la suppression de la distinction entre intérêts importants et négligeables est intervenue suite à une enquête de l'ATS qui, en 2001, a mis en évidence des lacunes dans les déclarations de quinze parlementaires fédéraux.

²⁵ SCYBOZ, p. 252.

²⁶ Comme l'a relevé X. GANIOZ, rapporteur de la Commission parlementaire, « il n'est pas question d'exiger de la part du député qui intervient la déclinaison systématique de sa profession et de tous ses liens d'intérêt. Il s'agit uniquement d'obliger le député à rappeler, si tel est le cas, l'intérêt qui l'unit à l'objet en délibération et sur lequel il s'exprime » (BGC 2009 p. 866).

²⁷ Cf. BOC 2002 p. 328 s. (thèse 5.1.2), 2003 p. 274 s. (art. 98), 463 (art. 98) et 707 s. (art. 98), 2004 p. 157 (art. 98) : curieusement, ces travaux semblent montrer que la Constituante tenait plus à la déclaration des intérêts des membres du Conseil d'Etat qu'à celle des membres du Grand Conseil, puisque plusieurs interventions tenteront de la limiter dans ce sens (J.-B. REPOND, BOC 2002 p. 328 ; N. GRAND, BOC 2003 p. 274 s.).

²⁸ P. RISSE, intervention lors de la 2^e lecture de l'art. 98 Cst., BOC 2003 p. 707 ; voir également SCYBOZ, p. 252 s.

²⁹ *Message LInf*, p. 941 ; SCYBOZ, p. 252 note 117.

Le législateur fribourgeois n'a pas été insensible à cet écho, puisqu'il a de son propre chef étendu cette obligation aux membres des conseils communaux (art. 13 al. 1 ; cf. ég. art. 57a LCo). Les arguments invoqués (problèmes de proximité et absence de règles sur les incompatibilités³⁰) sont suffisamment convaincants pour que la règle n'ait fait l'objet d'aucune contestation.

Mais l'extension s'est arrêtée là. La soumission des membres des conseils généraux et des organes des associations de communes à cette obligation, pourtant dans la logique du système, a été jugée disproportionnée et peu praticable³¹ ; et les autres possibilités offertes dans ce domaine³² n'ont pas été explorées³³.

B. Historique des travaux

14. Les travaux relatifs à l'élaboration de la LInf³⁴ présentent essentiellement *trois caractéristiques* : leur longueur, tout d'abord ; ensuite, un constant mouvement de balancier entre des solutions plus favorables à la transparence et des positions plus restrictives ; enfin, la

³⁰ *Message LInf*, p. 934 pt. 1.3.3.4.

³¹ *Message LInf*, p. 941.

³² Sur le plan fédéral, ont notamment été discutées ces dernières années, avec un succès relatif il est vrai, la possibilité d'imposer une déclaration aux membres des commissions extraparlimentaires (concrétisée par l'art. 57f LOGA), aux journalistes accrédités (motion 05.3785 J. Stahl, sans suite, cf. FF 2009 p. 1647 ss, 1648) et aux conjoints des membres du parlement (initiative 05.403 C. Schmid-Sutter, sans suite), ainsi que l'opportunité de compléter la déclaration des intérêts par celle des revenus tirés de ces intérêts (initiative 05.469 CIP-N et motion 05.3212 C. Bühlmann, sans suite). La question pourrait aussi se poser pour certains membres du pouvoir judiciaire.

³³ On peut cependant relever que, depuis la récente adaptation de la LPrD aux accords Schengen-Dublin, les membres de l'Autorité cantonale de la protection des données sont contraints de déclarer leurs intérêts (art. 32 al. 4 LPrD) ; la règle a naturellement été conservée pour la nouvelle Autorité.

³⁴ Pour le déroulement chronologique des travaux jusqu'au projet du 16.08.08, cf. *Message LInf*, p. 931.

Par la suite, la commission parlementaire présidée par X. GANIOZ a tenu 15 séances entre octobre 2008 et mai 2009, et le Grand Conseil a examiné le texte lors de ses sessions de juin et de septembre 2009. Devant la commission parlementaire et le Grand Conseil, c'est le conseiller d'Etat P. CORMINBOEUF, Directeur des institutions, de l'agriculture et des forêts qui a rempli le rôle de Commissaire du gouvernement ; il a en fait assuré le suivi d'un dossier dans lequel, à l'origine, il a été impliqué en tant que président du gouvernement pour l'année 2008.

participation importante des représentants des médias dans le processus d'élaboration.

15. La longueur, tout d'abord. Entre le dépôt de la motion Berset/Rhône³⁵ qui a initié les travaux et l'entrée en vigueur de la loi, plus de onze ans se seront écoulés³⁶.

A l'origine, le démarrage plutôt lent du projet tient en partie à des questions d'organisation des travaux et à des circonstances particulières³⁷.

Mais ces raisons paraissent relativement secondaires par rapport à une constante des travaux : les autorités qui ont planché sur le projet ont chaque fois largement pris le temps de se familiariser avec la matière³⁸. C'est ainsi que la Commission LInf a tenu vingt-trois séances réparties sur deux ans et demi avant de déposer son avant-projet³⁹. C'est ainsi également que le Conseil d'Etat a mis une année avant d'autoriser la mise en consultation de cet avant-projet, après l'avoir passablement amendé⁴⁰. Et il en va de même en ce qui concerne la commission parlementaire, puisqu'il lui a fallu huit mois et quinze séances avant de déposer, en mai 2009, ses propositions d'amendement (« projet *bis* »)⁴¹. Quant au Grand Conseil, il a disposé

³⁵ Motion n° 090.00 S. BERSET / D. RHEME (loi sur l'information du public et l'accès aux documents), BGC 2000 p. 1284 et BGC 2001 p. 235 et 279-281.

³⁶ Et c'est sans compter le refus par le Grand Conseil d'une première motion demandant l'édiction d'une telle législation en 1995 (motion R. CHOLLET, BGC 1995 p. 354 et 1971 ss, 1996 p. 441 ss et 1439 ss).

³⁷ La commission chargée d'élaborer un avant-projet de loi (Commission LInf) n'a commencé ses travaux que courant 2004. Par la suite, son président, le Chancelier R. AEBISCHER, a été remplacé en juin 2005 par la Chancelière D. GAGNAUX. En outre, le Professeur D. BARRELET, qui était chargé de donner son avis sur l'avant-projet de la Commission LInf, a dû rendre son mandat pour raisons de santé et le Conseil d'Etat a décidé de ne pas le remplacer.

³⁸ Sur le plan fédéral, le processus a également été très long, cf. BRUNNER/MADER *in* BGÖ-Kommentar, Einleitung n° 12 ss.

³⁹ Avant-projet LInf de la Commission du 9 octobre 2006.

⁴⁰ Avant-projet LInf du Conseil d'Etat du 30 octobre 2007, en consultation entre décembre 2007 et mars 2008.

⁴¹ Le projet *bis* est publié *in* BGC 2009 p. 1025 ss. Sur le déroulement des travaux de la commission parlementaire, cf. l'exposé de son Rapporteur X. GANIOZ devant le Grand Conseil *in* BGC 2009 p. 848 s., ainsi que ses propos au début de la 2^e lecture : « Assaillie par la masse de données et de concepts nouveaux à intégrer, la commission s'est donné le temps de plusieurs séances pour se former, s'informer et appréhender les enjeux sous-jacents de la loi » (BGC 2009 p. 1235).

de l'été entre les sessions de juin et de septembre 2009 pour confirmer en deuxième lecture ses positions de la première.

16. Le balancier, ensuite. Dont le mouvement de va-et-vient est concentré essentiellement sur une question, mais une question d'importance : celle des limites du droit d'accès.

Sur ce sujet, l'avant-projet de la Commission LInf, déposé en automne 2006, n'est pas à proprement parler révolutionnaire, puisqu'il se situe dans la ligne des textes alors en voie d'achèvement dans les cantons de Neuchâtel et du Valais⁴².

Néanmoins, le Conseil d'Etat estime que certaines solutions proposées par la Commission vont trop loin, peuvent porter préjudice au travail de l'administration et ne sont pas praticables. Dès lors, prenant comme modèle la loi fédérale, il donne la première impulsion au balancier en introduisant des limites complémentaires au droit d'accès dans l'avant-projet, avant d'en autoriser la mise en consultation en automne 2007⁴³. Point d'orgue de ces limites complémentaires : le droit d'accès peut être invoqué uniquement après la fin du processus décisionnel.

Lors de la consultation, les représentants des médias se déchaînent, estimant que les adjonctions du gouvernement vident le droit d'accès de toute substance. Le Conseil d'Etat en tiendra compte dans une certaine mesure et le balancier revient un peu en arrière : le projet d'août 2008 prévoit certes l'une ou l'autre exception de détail supplémentaire ; mais simultanément, le principe selon lequel l'accès aux documents est paralysé avant la décision est fortement atténué, puisqu'il ne s'applique plus qu'aux dossiers gouvernementaux⁴⁴.

Le balancier poursuit plus clairement sa trajectoire vers un assouplissement des limites du droit d'accès avec l'élan donné par la commission parlementaire : le « projet *bis* » de mai 2009 balaie presque toutes les limites complémentaires voulues par le Conseil

⁴² Au moment où l'avant-projet est déposé, la loi NE vient d'être adoptée (loi du 28.06.2006) et le projet VS du 7.09.2006 a été transmis au Grand Conseil.

⁴³ *Message LInf*, p. 931. Le Conseil d'Etat a en outre apporté d'autres modifications à l'avant-projet de la Commission LInf. La liste en est donnée dans le rapport explicatif mis en consultation, en toute transparence ; de même, le Conseil d'Etat a autorisé la diffusion auprès d'éventuels demandeurs des documents élaborés par la Commission LInf et a en outre rendu publics les résultats de la consultation, appliquant de manière anticipée l'art. 30 al. 1 let. b LInf.

⁴⁴ Cf. à ce sujet ci-dessous n° 93.

d'Etat et revient plus ou moins aux solutions prévues initialement par la Commission LInf⁴⁵.

Mais il fera un dernier mouvement de repli en Grand Conseil. En plénum, la discussion se cristallise autour de la question de savoir s'il faut exclure du droit d'accès quatre catégories de documents, dont les fameux dossiers gouvernementaux avant la prise de décision. Les débats sont animés⁴⁶ ; c'est un match gauche-droite⁴⁷ où il a beaucoup été question de peurs⁴⁸ et de sérénité du travail des exécutifs⁴⁹, avec de la part des membres de la commission parlementaire – toutes tendances politiques confondues⁵⁰ – de nombreuses interventions favorables au « projet *bis* »⁵¹. Finalement, le Grand Conseil soutient le Conseil d'Etat plutôt que sa commission sur les quatre points litigieux, qui vont marquer de leur empreinte l'esprit général de la loi.

⁴⁵ Ce coup de balai a été décidé après l'audition d'un expert externe, le Prof. M. PASQUIER, qui s'est montré particulièrement critique au sujet des limites du droit d'accès définies par le Conseil d'Etat (cf. BGC 2009 p. 849).

⁴⁶ Cf. BGC 2009 p. 848-853 (entrée en matière), p. 853-870 et 897-905 (1^{re} lecture), p. 1235-1244 (2^e lecture et vote final).

⁴⁷ En première lecture, les scores du vote relatif à l'art. 28 al. 2 du projet (= art. 29 al. 2, pas d'accès aux dossiers gouvernementaux avant la décision) sont les suivants : 49 voix, soit 26 PDC, 11 PLR, 7 UDC, 4 PS et 1 ACG (Alliance centre gauche) pour le projet du Conseil d'Etat ; 39 voix, soit 5 PDC, 1 PLR, 7 UDC, 17 PS et 9 ACG pour le « projet *bis* » (BGC 2009 p. 860). Les données relatives aux autres votes sensibles sont quasi identiques.

⁴⁸ Sur l'ensemble des discussions en plénum, le mot « peur(s) » / « Angst » revient 11 fois, le mot « crainte(s) » 23 fois, et même le mot « frousse » 3 fois (BGC 2009 p. 1242). Le commentaire de La Liberté du 10.09.2009 consacré à l'adoption de la LInf avait d'ailleurs pour titre « Une prime à la trouille ».

⁴⁹ Sur l'ensemble des discussions en plénum, les mots « sereinement » ou « sérénité » reviennent une vingtaine de fois en relation avec le travail des exécutifs.

⁵⁰ Les membres de la commission, quelle que soit leur couleur politique, soutiendront presque systématiquement le « projet *bis* » : seuls deux d'entre eux voteront contre une proposition de celui-ci (une voix en 1^{re} et 2^e lectures lors du vote sur l'art. 18 LPers et une voix en 1^{re} lecture lors du vote sur l'art. 53 LFE).

⁵¹ Cf. p. ex. les jolies formules utilisées par certains d'entre eux : D. DE ROCHE paraphrasant Jean-Paul II : « N'ayez pas peur ! » (BGC 2009 p. 858), ou J. CRAUSAZ : « Alors l'art. 25 let. c, c'est déjà la ceinture, pas besoin des bretelles que vous voudriez ajouter avec l'al. 2 de l'art. 28 » (BGC 2009 p. 1236). Cf. également les amendements complémentaires en 2^e lecture d'A. DE WECK et S. PEIRY destinés à atténuer la règle selon laquelle les documents antérieurs à la loi sont soustraits du droit d'accès (BGC 2009 p. 1238 s. ; cf. ég. ci-dessous n° 80).

17. La *participation des médias*, enfin. Ceux-ci auront eu largement l'occasion de s'exprimer, mais avec l'impression d'avoir été peu entendus et d'avoir dû céder devant les peurs de l'administration.

Cette participation a d'abord été institutionnelle. Il a en effet paru indispensable d'associer les médias à la réflexion. L'association des journalistes fribourgeois (Impressum Fribourg) a donc désigné un représentant au sein de la Commission LInf (P. Castella, journaliste à La Liberté) qui a collaboré activement aux travaux. La participation des médias s'est manifestée également lors de la procédure de consultation, avec des prises de position émanant d'Impressum Suisse et d'Impressum Fribourg, du Conseil suisse de la presse, de la RSR/TSR ainsi que des médias locaux (Radio Fribourg, La Liberté, La Gruyère). Elle s'est manifestée enfin par un suivi dans la presse, qu'il s'agisse de communiqués d'Impressum ou d'articles rédigés à l'occasion des différentes étapes du projet.

Du côté d'Impressum, le fait d'avoir été associé aux discussions de la Commission LInf a été salué et l'avant-projet de cette dernière a été jugé timide⁵², mais acceptable⁵³. La suite est moins enthousiasmante, les positions des médias heurtant frontalement celles de l'administration⁵⁴. Leurs représentants ont d'ailleurs réagi parfois sèchement aux décisions prises aussi bien par le Conseil d'Etat⁵⁵ que par le Grand Conseil⁵⁶. Avec, au bout du compte, une déception certaine et le sentiment de s'être passablement investi pour « une

⁵² Cf. le communiqué d'Impressum Fribourg du 30.11.2007.

⁵³ C.-A. GAILLET, La Liberté du 1.12.2007.

⁵⁴ Constat du Commissaire du gouvernement P. CORMINBOEUF (BGC 2009 p. 850) : « La mise en place du principe de transparence de l'activité étatique est source de beaucoup de tensions ou d'incompréhensions et de peurs entre l'administration et les personnes intéressées à l'information, en particulier les médias ».

⁵⁵ Cf. les prises de position émises lors de la procédure de consultation ainsi que, p. ex. : C.-A. GAILLET, La Liberté du 1.12.2007 : « Pourquoi, alors, le Conseil d'Etat a-t-il tant resserré la vis de l'accès aux documents, alors que les solutions de la commission contenaient des garde-fous tout à fait acceptables ? ». Ou encore, après l'adoption du projet définitif, le communiqué du 17.09.2008 d'Impressum Fribourg : « Un tour de vis supplémentaire donné par le Conseil d'Etat... Tel que soumis au Grand Conseil, le projet ne fait qu'isoler davantage les autorités dans leur tour d'ivoire ».

⁵⁶ C.-A. GAILLET, La Liberté du 10.09.2009 : « Le principe de transparence flouté... Une prime à la trouille » ; A. ZURKINDEN, Freiburger Nachrichten, 10.09.2009 : « Angst prägte die Debatte über das neue Informations-Gesetz » ; N. BEER, La Gruyère du 10.10.2009 : « Accès aux documents largement édulcoré ».

coquille vide », « la loi cantonale la plus restrictive de Suisse » et un texte qui « ne respecte pas le mandat constitutionnel »⁵⁷.

18. Au final, on peut tirer deux *conclusions* du développement des travaux :

– La première, toute générale. Si l'idée-même de transparence déclenche facilement l'enthousiasme tant que l'on discute de grands principes⁵⁸, le fameux « renversement de paradigme » se digère plus lentement lorsqu'il faut le concrétiser⁵⁹. Ses implications pratiques surprennent en effet parfois même ses partisans les plus fervents.

– La deuxième, qui découle de la première : le texte de la loi diffère finalement assez peu du projet du Conseil d'Etat. Certes, la commission parlementaire a proposé une cinquantaine de modifications et le Conseil d'Etat⁶⁰ puis le Grand Conseil se sont ralliés à la très grande majorité d'entre elles. Mais la plupart des modifications qui ont été acceptées étaient de nature essentiellement ou exclusivement formelle⁶¹, et les différences de fond entre les deux textes restent peu nombreuses et relativement anodines⁶².

⁵⁷ Communiqué d'Impressum Fribourg du 9.09.2009.

⁵⁸ Le Conseil d'Etat dès 1996 (proposition faite au Grand Conseil d'accepter la motion R. CHOLLET, BGC 1996 p. 441), le Grand Conseil dès 2001 (acceptation de la motion BERSET/RHEME, BGC 2001 p. 279 s.) et la Constituante dès 2002 (cf. ci-dessous note 109) ont accepté avec une certaine conviction l'idée d'introduire le principe de la transparence des activités étatiques.

⁵⁹ Outre les difficultés rencontrées lors des travaux relatifs à la LInf, on peut citer l'exemple de la Constituante. Celle-ci a été, de manière générale, très favorable à la transparence dans ses discussions d'ordre théorique (cf. ci-dessous n° 36) ; néanmoins, en pratique, lorsqu'il s'est agi pour elle de se prononcer sur la question de la publicité ou de la non-publicité des séances de ses propres commissions, elle opta pour le huis clos (discussion de l'art. 29 du projet de règlement de la Constituante, BOC 2000 p. 188-193).

⁶⁰ P. CORMINBOEUF, Commissaire du gouvernement : « Malgré ces craintes et ces crispations légitimes, la volonté de changer l'état d'esprit est là. Comme preuve, je vous apporte l'attitude positive du Conseil d'Etat qui se rallie aux très nombreuses modifications proposées dans le 'projet bis' à l'exception de deux points assez fondamentaux et de deux autres de portée plus limitée » (BGC 2009 p. 850).

⁶¹ A noter que la numérotation des dispositions est décalée d'un rang à partir de l'art. 9, ce dont doivent tenir compte les lecteurs du Message.

⁶² Les principales modifications de fond entre le projet du Conseil d'Etat et le texte définitif sont les suivantes :
– suppression de la possibilité pour le Conseil d'Etat de limiter le champ d'application de la loi (art. 3 al. 3 du projet LInf) ;

C. Particularités de la loi fribourgeoise

19. La loi fribourgeoise est la *quatorzième de Suisse* à introduire le droit d'accès⁶³. Cela a certes permis de profiter dans une certaine mesure des travaux préparatoires menés à l'échelon fédéral et dans les autres cantons. D'un autre côté, cela signifie aussi que les solutions retenues ailleurs ont largement inspiré le texte fribourgeois. Celui-ci n'est-il alors qu'une copie plus ou moins conforme des lois préexistantes ? En partie oui ; la plupart des solutions qu'elle consacre se retrouvent ailleurs. Mais elle présente quand même quelques particularités, parmi lesquelles ressortent trois thèmes généraux : la manière dont la coordination avec la protection des données a été assurée (*pt 1*) ; la conservation du secret des activités gouvernementales (*pt 2*) ; et l'attention particulière portée à l'adaptation de la législation spéciale (*pt 3*).

1) Coordination entre information du public et protection des données

20. En Suisse, les premières lois sur la transparence ont été construites autour du thème de l'information, et la LInf a suivi ce mouvement. Mais la tendance récente, depuis l'exemple donné par la loi soletroise, consiste à grouper dans un même texte *transparence et protection des données*⁶⁴, comprises comme les deux faces d'une même médaille⁶⁵.

-
- limitation du secret auquel sont soumis les tiers qui assistent à une séance à huis clos (art. 7 al. 2 LInf et suppression de l'art. 18 al. 3 du projet LInf) ;
 - suppression de deux cas d'accès exclu concernant les épreuves et résultats d'examens scolaires ou professionnels (art. 28 al. 1 let. d et e du projet LInf) ;
 - adaptation des règles sur la distribution des instruments parlementaires aux pratiques actuelles (art. 62 LGC) ;
 - atténuation de la règle selon laquelle les procès-verbaux des séances de certains organes communaux ne sont pas accessibles au public (art. 103^{bis} LCo).

⁶³ Cf. ci-dessus n° 2 et la note 4.

⁶⁴ Après SO, AG, ZH, SZ et VS ont adopté un texte commun pour les deux domaines. GE a suivi le mouvement en intégrant après coup dans sa loi sur l'information du public et l'accès aux documents tout le domaine de la protection des données (modification en 2008 de sa loi de 2001). Les projets de BS et BL vont dans le même sens, et cette solution est souvent considérée par la doctrine comme la plus cohérente (cf. p. ex. FLÜCKIGER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 9 n° 4).

⁶⁵ Formule utilisée dans le Message SO (Öffentlichkeitsprinzip und Datenschutz, Botschaft und Entwurf des Regierungsrates an den Kantonsrat von Solothurn vom 22. August 2000, RRB Nr. 1653), et qui depuis est reprise un peu partout.

Il y a certes de bonnes raisons pour aller dans ce sens. Le besoin de coordination est en effet évident : comme la plupart des documents officiels contiennent des données personnelles (ne serait-ce que le nom de leur auteur⁶⁶), il faut résoudre le conflit sous-jacent entre le principe de transparence, qui prône une diffusion la plus large possible des documents, et la protection des données, qui doit garantir à ces dernières une certaine confidentialité⁶⁷. Mais, d'un autre côté, on peut se demander si ce regroupement n'est pas un peu artificiel et si l'image de la médaille ne relève pas de la formule rhétorique. Car, à la base, les deux domaines ne se recoupent que de manière partielle⁶⁸ ; et là où ils se recoupent, ils visent, on l'a vu, des objectifs plutôt opposés.

Quoi qu'il en soit, ce regroupement ne s'imposait pas à Fribourg. La protection des données y est réglée dans une loi séparée (LPrD) qui a fait ses preuves. En outre, protection des données et principe de transparence y ont tous deux rang de droit constitutionnel fondamental (art. 12 al. 2 et 19 al. 2 Cst. cant.) : les deux domaines ont donc exactement la même valeur, et il n'est pas possible dans notre canton de donner la priorité à l'un sur l'autre⁶⁹. Il a dès lors paru préférable de les laisser fonctionner de manière séparée, avec leurs objectifs spécifiques. Mais en apportant un soin tout particulier à leur coordination⁷⁰.

⁶⁶ Par donnée personnelle, on entend « toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable » (art. 3 let. a LPrD ou art. 3 let. a LPD). La notion est donc extrêmement large.

⁶⁷ Cf. également *Message LInf*, p. 935 (pt 1.3.4.9.b).

⁶⁸ Le droit d'accès et l'information du public ne concernent pas en priorité des données personnelles, mais des documents dont le contenu informationnel essentiel est souvent indifférent sous l'angle de la protection des données.

A l'inverse, la protection des données ne consiste pas uniquement à poser des limites à la diffusion au public de ces données ; elle s'étend à différentes questions telles que leur collecte, leur usage interne, leur communication à des personnes privées ou à d'autres administrations, leur destruction ou la possibilité pour les personnes concernées de pouvoir les vérifier et rectifier au besoin.

D'ailleurs, hormis à ZH où la coordination entre les domaines est originale, les lois qui traitent les deux sujets leur consacrent des chapitres séparés et bien délimités et leurs dispositions introductives montrent qu'elles ont en fait deux objets distincts.

⁶⁹ *Message LInf*, p. 934 (pt 1.3.4.2). La situation est différente sur le plan fédéral ou dans certains cantons, qui donnent clairement la priorité à la protection des données (pour la Confédération, cf. *Message LTrans*, p. 1857 ; pour JU, cf. Commission jurassienne de la protection des données, décision du 1.09.2004 in RJJ 2004 p. 213 ss cons. 2.4.4).

⁷⁰ Cf. *Message LInf*, p. 934 (pt 1.3.4.2), p. 935 (pt 1.3.4.9), p. 940 s. (commentaire des art. 10 et 11 du projet) et p. 947 (commentaire des art. 26 et 27 du projet).

21. Pour assurer cette coordination, il a tout d'abord fallu édicter une **base légale autorisant la communication de données personnelles au public**. En effet, à partir du moment où des données personnelles sont en cause, toute information au public et tout octroi d'accès à un document officiel constituent une communication de données⁷¹. Or la LPrD, qui pose les bases légales de la communication de données, n'autorise une telle communication qu'à des organes publics ou à des personnes privées, mais pas au public en général⁷². Il a donc fallu combler cette lacune ; c'est chose faite dans la LInf, aux art. 11 al. 1 et 27 al. 1 let. c⁷³, complétés par le renvoi de l'art. 12 al. 2 LPrD.

22. Ces bases légales sont construites essentiellement sur le principe de la **pondération des intérêts en présence** dans le cas concret : intérêt du public à l'information d'une part, intérêt des personnes concernées au maintien du secret d'autre part (art. 11 al. 1 let. c et 27 al. 1 let. c). Il n'y a pas vraiment d'autre choix, dans la mesure où transparence et protection des données sont de même nature et de même rang dans le canton de Fribourg⁷⁴. Sous réserve cependant du consentement de la personne concernée : lorsqu'un tel consentement existe ou est présumé, l'organe peut faire l'économie de la pondération des intérêts, à condition toutefois que le consentement porte bien sur la communication *au public* des données en question (cf. art. 11 al. 1 let. b et 27 al. 1 let. b).

23. En matière de droit d'accès, le législateur fribourgeois a estimé ce système suffisant. Il n'a pas voulu le compléter par une obligation d'anonymiser les documents avant leur diffusion, jugeant cette mesure disproportionnée et incompatible avec l'égalité de principe entre droit

⁷¹ Au sens de l'art. 3 let. e LPrD (qui correspond à l'art. 3 let. f LPD).

⁷² Cf. *Message LInf*, p. 940. Les dispositions de la LPrD n'ont pas été rédigées en fonction des problèmes d'information du public. Elles sont construites pour l'essentiel sur la distinction entre communication à des organes publics et communication à des personnes privées (art. 10 al. 1 let. a et b LPrD). Comme le public en général ne peut être assimilé ni à un organe public ni à une personne privée, il faut admettre que la LPrD, jusqu'à l'adoption de la LInf, n'autorisait pas, sauf consentement de la personne concernée (art. 10 al. 1 let. c LPrD), la communication de données au public et contenait donc une lacune.

⁷³ Ces dispositions sont inspirées de la solution retenue sur le plan fédéral avec l'introduction dans la LPD de l'art. 19 al. 1^{bis} ; cf. à ce sujet *Message LTrans*, p. 1873 s. et FLÜCKIGER in BGÖ-Kommentar, Art. 9 n° 37 ss.

⁷⁴ Lors de la consultation, la Commission communale en matière de protection des données de la Ville de Fribourg a estimé que l'avant-projet effectuait de l'« équilibrisme » entre les deux principes ; la remarque se voulait critique, mais en réalité elle reflète parfaitement la situation.

d'accès et protection des données. Dès lors, dans la LInf, l'**anonymisation** est considérée comme une simple modalité de restriction de l'accès⁷⁵, servant au respect du principe de proportionnalité posé à l'art. 25 al. 1⁷⁶.

La LInf se distingue ainsi du droit fédéral, selon lequel « les documents officiels contenant des données personnelles doivent être si possible rendus anonymes avant qu'ils soient consultés » (art. 9 al. 1 LTrans)⁷⁷. Avec raison semble-t-il. Car le principe de l'anonymisation systématique posé par la LTrans crée certaines difficultés : ses relations avec l'exception relative aux atteintes à la sphère privée (art. 7 al. 2 LTrans) sont peu claires ; de plus, il ne peut guère être appliqué tel quel et la doctrine a dû le relativiser, notamment en interprétant de manière extensive les termes « si possible » et en renonçant – avec un certain bon sens mais contre le texte légal – à l'appliquer à la simple mention des noms et fonctions des membres de la fonction publique⁷⁸.

24. Ce sont précisément les **noms et fonctions des membres des organes publics** (y compris, bien entendu, le personnel de leurs administrations) qui font l'objet de l'art. 12. Celui-ci permet en effet de communiquer au public, aussi bien dans le contexte du devoir d'informer que dans celui du droit d'accès (renvoi de l'art. 27 al. 2), les données de ces membres relatives à leurs activités professionnelles, et ce sans avoir à effectuer dans le cas concret la pesée des intérêts en présence. L'idée est identique à celle qui justifie, sur le plan fédéral, les entorses à l'anonymisation : lorsque les agents de l'Etat ou des communes agissent à titre officiel, leurs activités ne relèvent pas de la vie privée et la balance des intérêts penche de ce fait clairement en faveur du droit d'accès⁷⁹. Mais, dans la LInf⁸⁰, cette idée est exprimée de manière directe sous la forme d'une présomption (art. 12 al. 1), valable uniquement dans des circonstances ordinaires (cf. art. 12 al. 3).

⁷⁵ *Message LInf*, p. 945.

⁷⁶ Cf. ci-dessous n° 52 *in fine*.

⁷⁷ Voir aussi art. 13 al. 1 loi VS ou § 6 al. 1 loi AG.

⁷⁸ FLÜCKIGER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 9 n° 13, 14 et 20 ss ; cf. ég. OFJ, ch. 3.3. Voir aussi, sur les relations entre l'art. 9 LTrans et l'art. 19 al. 2 LPD, FLÜCKIGER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 9 n° 23 et la note 21.

⁷⁹ FLÜCKIGER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 9 n° 14.

⁸⁰ Laquelle s'est inspirée, sur ce point, des lois du Canada (art. 3 ch. 9), du Québec (ch. 57), de l'Allemagne (§ 5 al. 3) ou de certains de ses Länder (Land Berlin, § 6 al. 2 ch. 2 ; Land Brandenburg, § 5 al. 3 ; ...).

25. Le législateur fribourgeois a également été attentif à la coordination entre protection des données et information du public sur d'autres points :

– En s'inspirant de l'art. 19 al. 3^{bis} LPD et afin de répondre aux exigences de la LPrD en matière de procédure d'appel⁸¹, la LInf pose une base légale spécifique pour la **diffusion de données personnelles sur les sites Internet** des organes publics (art. 11 al. 2, 1^{re} phr.), complétée par une obligation de retirer ces données lorsqu'elles ont perdu leur actualité et qu'un intérêt particulier des personnes concernées l'exige (art. 11 al. 2, 2^e phr.)⁸².

– Dans le domaine de la **procédure d'accès**, la LInf garantit la participation effective des tiers dont les données figurent dans le document en cause, ainsi que la sauvegarde de leurs droits lors de la procédure (art. 32 al. 2, 2^e phr., 33 al. 1 et 36 al. 1 let. b)⁸³.

26. Enfin, la coordination est encore assurée au stade de la mise en œuvre du droit d'accès par l'institution de l'**Autorité de la transparence et de la protection des données** (art. 29 ss LPrD et art. 39 ss LInf). Sur ce point, la réunion des deux matières a été effectuée à Fribourg comme cela s'est fait pratiquement partout en Suisse⁸⁴.

Mais cette réunion a été longuement contestée⁸⁵ et, si elle a finalement été admise, c'est sans doute en raison des particularités du modèle fribourgeois. Car si l'Autorité exerce ses tâches aussi bien en matière de protection des données que de transparence, elle le fait selon un système différencié. Elle est en effet composée d'une commission et de

⁸¹ L'art. 10 al. 2 LPrD requiert l'édiction d'une base légale pour les procédures d'appel. Or la diffusion de données personnelles sur Internet constitue une procédure d'appel, puisqu'elle permet aux internautes de décider eux-mêmes du moment et de l'étendue de leur accès.

⁸² Cf. sur ce point *Message LInf*, p. 941 ; cf. également, pour un commentaire de l'art. 19 al. 3^{bis} LPD, FÜZESSÉRY MINELLI *in* BGÖ-Kommentar, Art. 22 n° 20 ss.

⁸³ Cf. sur ce point *Message LInf*, p. 936 (pt 1.3.4.17), 949 et 951.

⁸⁴ A part celles qui ne prévoient pas d'organe de mise en œuvre du droit d'accès (BE, AR, ZH et UR), toutes les lois existant en Suisse ont institué un organe commun ; dans les cantons de Vaud et de Genève, cette solution ne figurait pas dans la version initiale de la loi, mais a été introduite après coup.

⁸⁵ Lors de la consultation, les représentants des médias, craignant une prépondérance de la protection des données dans une autorité commune, ont demandé la création de deux entités entièrement distinctes ; et la commission parlementaire a longuement débattu de cette idée avant de se rallier finalement, non sans demander certaines garanties, au modèle proposé (cf. BGC 2009 p. 862 s.).

deux préposés, l'un à la transparence et l'autre à la protection des données. La commission supervise les deux matières et les coordonne, mais les préposés fonctionnent, eux, de manière séparée, chacun dans leur domaine. Ce système d'une autorité à trois composantes, qui n'a pas d'équivalent ailleurs en Suisse, est censé « cumuler les avantages d'un regroupement des deux domaines (facilités de coordination) et ceux d'une séparation radicale des fonctions (distinction nette entre des activités dont les intérêts sont parfois antagonistes) »⁸⁶.

2) *Maintien du principe du secret des activités gouvernementales*

27. La LInf est une loi destinée à ouvrir l'administration vers le public et la société civile. Cette ouverture est cependant plus réservée en ce qui concerne les activités gouvernementales, comme c'est d'ailleurs le cas presque partout ailleurs. Le législateur fribourgeois n'a donc pas voulu suivre le modèle soleurois⁸⁷ ; il a peu changé le système existant pour ce qui concerne la publicité des séances et le devoir d'informer, et cela influe forcément sur le droit d'accès⁸⁸.

28. Pour le *Conseil d'Etat*, le renversement de paradigme n'a donc lieu que de manière limitée.

Jusqu'à la prise de décision, le secret demeure en effet la règle : huis clos des séances (art. 33 al. 4, 1^{re} phr., LOCEA), secret des délibérations (art. 33 al. 4, 2^e phr., LOCEA) et pas d'accès aux documents préparatoires (art. 29 al. 2 LInf).

Après la décision, l'ouverture est réelle : obligation d'informer sur les décisions importantes et de diffuser les documents utiles à leur bonne compréhension (art. 8 al. 2 LOCEA) ; accès aux documents préparatoires possible aux conditions usuelles (art. 29 al. 2 LInf *a contrario*). Mais elle reste mesurée : suppression de toute possibilité d'accès pour les procès-verbaux des séances (art. 29 al. 1 let. c LInf et art. 41 al. 3 LOCEA), pour les documents de la procédure de corapport (art. 30 al. 3 LOCEA) et pour certains rapports (art. 18 al. 2 LPers et art. 53 al. 3 LFE).

⁸⁶ *Message LInf*, p. 937 (pt 1.3.4.21).

⁸⁷ Cf. art. 63 al. 1 Cst. SO : « Les délibérations du Grand Conseil et du Conseil d'Etat sont publiques pour autant que des intérêts privés ou publics légitimes ne s'y opposent pas ».

⁸⁸ Cf. également *Message LInf*, p. 954.

29. Les *conseils communaux* sont globalement servis à la même enseigne : leurs séances se tiennent en principe à huis clos (art. 62 al. 3 LCo) et toutes les personnes présentes sont assujetties au secret des délibérations (art. 83b al. 2 LCo) ; les documents préparatoires sont soustraits du droit d'accès avant la prise de décision (art. 29 al. 2 LInf) ; et les procès-verbaux le sont en principe aussi (art. 29 al. 1 let. b LInf et art. 103^{bis} al. 2, 1^{re} phr., LCo).

Avec quand même une nuance relative à ces derniers : le droit d'accès ne peut certes pas être invoqué à l'égard des procès-verbaux, mais le conseil communal peut quand même, par une décision prise à l'unanimité, autoriser leur consultation (art. 103^{bis} al. 2 let. a. LCo). Cette nuance ne figurait pas dans le projet du Conseil d'Etat ; elle a été proposée par la commission parlementaire et encore amendée en plénum, après de longues discussions⁸⁹. L'objectif est double : d'une part, ne pas être plus restrictif que l'ancien droit, relativement ouvert vis-à-vis de ces procès-verbaux⁹⁰ ; et, d'autre part, donner « au conseil communal, qui peut se trouver face à des critiques de l'extérieur, face à des rumeurs, un moyen d'y mettre terme »⁹¹. Même si la règle peut inciter le conseil communal à se poser la question de la publicité, elle a un effet pervers. Car, de manière générale, l'absence de droit d'accès n'empêche pas la remise d'un document dans le contexte de l'information d'office⁹². Dès lors, l'art. 103^{bis} LCo rend paradoxalement plus difficile la remise d'un procès-verbal d'une séance du conseil communal : la décision y relative doit être prise à l'unanimité, alors que s'il n'y avait pas de règle spéciale (comme c'est le cas pour les procès-verbaux des séances du Conseil d'Etat), la majorité serait suffisante (art. 64 al. 3 LCo).

30. Bien que la LInf cherche à conserver globalement le secret des organes gouvernementaux, elle se révèle quand même nettement *moins restrictive que la loi fédérale*. La LTrans se manifeste en effet par une

⁸⁹ BGC 2009 p. 897-901.

⁹⁰ X. GANIOZ, Rapporteur de la commission, BGC 2009 p. 897. L'art. 103^{bis} LCo (ancienne teneur) prévoyait que « les procès-verbaux des séances du conseil communal et des commissions ne peuvent être consultés qu'avec l'autorisation du conseil communal ». La règle ne pouvait pas être conservée telle quelle : déjà peu claire avant l'entrée en vigueur du droit d'accès (le refus du conseil communal pouvait-il p. ex. faire l'objet d'un recours ?), sa portée devenait carrément incompréhensible avec l'introduction de ce dernier.

⁹¹ A. DE WECK, BGC 2009 p. 898.

⁹² Cf. ci-dessous n° 50.

volonté très poussée de « protéger » le Conseil fédéral contre le principe de transparence : lui-même, en tant qu'autorité, n'est pas soumis à la loi (art. 2 al. 2 let. a LTrans)⁹³ ; les documents qui servent à préparer ses séances restent inaccessibles dans tous les cas même après la décision (art. 8 al. 1 LTrans)⁹⁴ ; et l'art. 8 al. 3 LTrans lui donne encore une possibilité supplémentaire de blocage (pour les documents de la procédure de consultation des offices).

Ces différences s'expliquent sans doute par l'impact de la Constitution fribourgeoise. Le secret des activités gouvernementales trouve en effet, de manière plus ou moins directe, sa justification dans le principe de la *collégialité* gouvernementale. Or, sur le plan fédéral, la transparence n'est pas consacrée à l'échelon constitutionnel, alors que la collégialité du Conseil fédéral y occupe une place importante (cf. art. 177 Cst. féd.). Dans le canton de Fribourg, c'est l'inverse : le droit d'accès y est un droit fondamental (art. 19 al. 2 Cst. cant.), alors que la collégialité n'est pas du tout mentionnée dans la Constitution⁹⁵. Dans la balance des intérêts effectuée par le législateur, le principe de transparence devrait donc l'emporter globalement sur le principe de collégialité.

3) Importance de l'adaptation de la législation spéciale

31. La LInf a modifié en tout 67 dispositions légales réparties dans 17 lois. Quantitativement parlant, cela représente plus que le corps-même de la LInf. L'adaptation recouvre trois catégories de situations :
– des modifications portant sur les lois relatives aux principaux organes publics (Grand Conseil, Conseil d'Etat, préfets, pouvoir judiciaire, communes et agglomérations), essentiellement pour y insérer

⁹³ Cette exclusion tient à la volonté du législateur fédéral de soustraire de la LTrans les activités tombant dans la compétence primaire des trois pouvoirs de l'Etat (cf. ATF 133 II 209 / JdT 2008 I 132 cons. 3.2). Mais la possibilité de tracer une frontière claire entre les activités du gouvernement et celles de l'administration semble illusoire (cf. SÄGESSER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 2 n° 1). En outre, en pratique, cette exclusion a-t-elle vraiment un sens ? C'est la Chancellerie fédérale qui détient tous les documents du Conseil fédéral et c'est donc auprès d'elle que les demandes d'accès sont déposées ; de plus, sous l'angle du traitement des demandes, les documents du Conseil fédéral font l'objet d'exceptions spécifiques (notamment art. 8 al. 1 LTrans) qui paraissent déjà largement suffisantes.

⁹⁴ Cf. à ce sujet ci-dessous n° 97.

⁹⁵ La Cst. cant. ne cite pas le principe de collégialité et ce silence est volontaire : il est destiné à « permettre une évolution que certains considéraient comme possible » (SCYBOZ, p. 262 s.). Cf. ég. sur ce point BARRELET (2005), p. 168 note 36.

des renvois et les adapter aux nouvelles exigences en matière de publicité des séances et de devoir d'informer⁹⁶ ;

– une modification de la loi sur la protection des données (LPrD), avec principalement la transformation de l'Autorité cantonale de surveillance en matière de protection des données en Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données ;

– des modifications ponctuelles d'autres lois, afin d'y régler expressément l'accès à certains documents particuliers ou d'y rectifier des dispositions guère compatibles avec la nouvelle loi.

32. Cette adaptation quantitativement importante de la législation spéciale est unique dans le paysage des lois sur la transparence adoptées en Suisse. L'objectif était d'intégrer au mieux les nouveaux impératifs d'information du public dans le quotidien des autorités fribourgeoises. Lors des travaux, l'adaptation a constitué à maintes reprises un bon révélateur de problèmes concrets et a donc été très utile⁹⁷ ; elle a aussi permis de régler un certain nombre de spécificités. Les modifications apportées sont d'importance variable ; certaines d'entre elles ont été jugées tellement anodines que le législateur fribourgeois ne leur aura même pas laissé le temps d'entrer en vigueur⁹⁸.

III. LE DROIT D'ACCÈS AUX DOCUMENTS

A. Fondements

33. Le droit d'accès aux documents n'est pas de rang constitutionnel en droit fédéral et son statut est discuté sur le plan européen (*pt 1*). Mais dans le canton de Fribourg, depuis l'adoption de la Constitution de 2004, on est clairement en présence d'un droit fondamental (*pt 2*), fondé sur la reconnaissance d'un intérêt du public à l'information (*pt 3*) et dont les éléments essentiels correspondent à un standard (*pt 4*).

⁹⁶ Cf. ci-dessus n° 10 et 12.

⁹⁷ Devant le Grand Conseil, les discussions relatives à l'adaptation de la législation spéciale ont pris, en première lecture, autant de place que les discussions relatives au corps de la loi.

⁹⁸ La LInf a introduit dans la LOJ et dans la LOTC des dispositions qui n'ont pas été jugées suffisamment importantes pour être reprises dans la loi du 31.05.2010 sur la justice (LJ) ; comme cette dernière abroge la LOJ et la LOTC et entrera en vigueur en même temps que la LInf, les dispositions en question sont mortes-nées.

1) *Droit fédéral et droit international*

34. La possibilité d'introduire dans la Constitution fédérale une disposition sur le droit d'accès a été débattue durant les années 1990, mais elle a finalement été écartée⁹⁹. Ne reste donc à cet échelon que l'art. 16 Cst. féd. (libertés d'opinion et d'information), et notamment son al. 3 selon lequel « toute personne a le droit de recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser ». Mais le Tribunal fédéral, dont la jurisprudence relative à la liberté d'information a inspiré la rédaction de cet art. 16 al. 3 Cst. féd.¹⁰⁰, a toujours refusé de déduire de cette liberté un droit subjectif à obtenir des informations sur l'ensemble de l'activité de l'administration¹⁰¹.

C'est donc au niveau de la loi que le droit d'accès aux documents a été introduit *sur le plan fédéral*, avec l'adoption en 2004 de la loi sur la transparence (LTrans). Conséquences : d'une part, le droit d'accès aux documents n'est toujours pas un droit fondamental à l'échelon suisse¹⁰² ; d'autre part, la loi fédérale ne s'applique pas aux organes cantonaux et communaux, mais uniquement à l'administration fédérale.

35. Qu'en est-il alors des *instruments internationaux* susceptibles d'avoir une influence sur la Suisse ?

A l'échelon du Conseil de l'Europe, deux textes fondamentaux traitent spécifiquement du droit d'accès aux documents. Il s'agit tout d'abord de la Recommandation de 2002 sur l'accès aux documents publics¹⁰³ ; c'est un texte important, mais dont la portée n'est pas contraignante. Il s'agit ensuite de la toute récente Convention sur l'accès aux documents publics (Convention de Tromsø)¹⁰⁴, qui vient d'être ou-

⁹⁹ L'avant-projet de 1995 contenait une telle disposition ; mais celle-ci ne s'appliquait qu'aux autorités fédérales et ne consacrait pas vraiment un nouveau droit fondamental. Elle n'a en outre pas été reprise dans le projet du Conseil fédéral et n'a pas été repêchée lors des débats aux Chambres fédérales. Cf. à ce sujet MAHON (1999), n° 110.

¹⁰⁰ MAHON (2002), p. 12.

¹⁰¹ ATF 104 Ia 88 confirmé par l'ATF 107 Ia 304 ; cf. FLÜCKIGER (2002), p. 132 s.

¹⁰² De ce fait, le classement de la LTrans dans le Recueil systématique du droit fédéral sous la rubrique « 15 – Droits fondamentaux » est un peu trompeuse.

¹⁰³ Recommandation du 21 février 2002 du Comité des ministres aux Etats membres sur l'accès aux documents publics (Rec(2002)2).

¹⁰⁴ Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics, Tromsø, 18 juin 2009 (Série des Traités du Conseil de l'Europe - STCE - n° 205).

verte à la signature des Etats membres et qui, elle, aura des effets obligatoires pour les pays adhérents. La question d'une ratification par la Suisse ne s'est pas encore posée, mais elle devrait surgir tôt au tard.

Cela ne signifie toutefois pas que la Suisse n'est soumise à aucune obligation internationale en matière de droit d'accès aux documents :

– Elle s'apprête en effet à adhérer à la Convention d'Aarhus, qui prévoit un droit d'accès à l'information en matière environnementale¹⁰⁵. Dans ce domaine particulier¹⁰⁶, le droit d'accès devra donc être garanti à tous les échelons de la démocratie helvétique, selon les modalités fixées par la Convention.

– En outre, il ne faut pas négliger l'impact que peut avoir dans ce domaine la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), à laquelle la Suisse est partie depuis 1974. Pendant longtemps, les organes de Strasbourg ont certes refusé de considérer que l'art. 10 CEDH relatif à la liberté d'expression conférait un droit général d'accès aux documents administratifs¹⁰⁷. Mais on distingue dans la jurisprudence récente de la Cour européenne une évolution assez nette vers une interprétation plus large de la notion de « liberté de recevoir des informations » au sens de l'art. 10 CEDH et vers une certaine reconnaissance d'un droit à l'information¹⁰⁸. Si cette tendance devait se confirmer à l'avenir, le droit d'accès aux documents pourrait revêtir pour toute la Suisse la qualité de droit fondamental en vertu de la CEDH.

¹⁰⁵ La 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) a été adoptée sous l'égide de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe dans le contexte du processus « Un environnement pour l'Europe ». Elle a déjà été ratifiée par plus de 40 Etats dont ceux de l'Union européenne, y compris la Communauté européenne elle-même.

En Suisse, un projet d'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention a été mis en consultation entre fin décembre 2009 et fin mars 2010.

¹⁰⁶ Seules les informations en matière d'environnement sont en effet concernées ; mais la notion d'environnement recouvre, au sens de la Convention, un très large champ d'application (cf. art. 2 § 3 de la Convention), dépassant largement celui qui est assigné, en Suisse, à la LPE.

¹⁰⁷ Cf. à ce sujet MAHON (1999), n° 63 s. et (2002), p. 12 ss. En 2003, la Cour EDH constate encore qu'il « est difficile de déduire de la Convention un droit général d'accès aux données et documents de caractère administratif » (décision du 18.11.2003 sur la recevabilité de la requête n° 46809/99 Loiseau c. France, § 7).

¹⁰⁸ Cf. en dernier lieu Arrêt n° 37374/5 Társaság a Szabadságjogokért c. Hongrie, du 14 avril 2009 et F. ZELLER, Strasbourg actuel *in* Plädoyer 2009 p. 76 s. Le *Rapport Tromsø*, n° 2, relève aussi cette évolution.

2) *Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004*

36. Cette perspective ne devrait pas changer grand-chose pour notre canton. Les récents travaux de révision totale de la Constitution fribourgeoise ont en effet accordé une importance certaine à l'information du public en général et au droit d'accès à l'information en particulier¹⁰⁹. Au bout du compte, de nombreuses dispositions constitutionnelles sont liées à ces thèmes et trois d'entre elles traitent spécifiquement de transparence ou de droit d'accès : l'art. 52 al. 1 Cst. cant. soumet globalement l'activité étatique au principe de transparence, l'art. 84 al. 1 Cst. cant. rappelle le principe de la publicité des budgets et des comptes et, surtout, l'art. 19 al. 2 Cst. cant. consacre un droit général d'accès aux documents :

² Le droit à l'information est garanti. Toute personne peut consulter les documents officiels dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.

37. L'art. 19 Cst. cant. figure dans le chapitre premier du Titre II de la Constitution, consacré aux droits fondamentaux. Le droit d'accès a donc déjà formellement à Fribourg le rang de ***droit constitutionnel fondamental***. Ce statut n'est pas sans conséquences.

38. En premier lieu, il confère clairement au principe de transparence une ***dimension particulière*** dans notre ordre juridique, plus significative que ce n'est généralement le cas ailleurs en Suisse. La Constituante avait en effet conscience d'aller plus loin dans ce domaine que le droit fédéral¹¹⁰. Et une comparaison intercantonale montre que seuls cinq autres cantons attribuent au droit d'accès le rang

¹⁰⁹ BARRELET (2005), p. 158.

Cf., dans les travaux de la Constituante, la discussion des thèses 1.3.9, 2.8, 3.3.2, 3.45, 5.1.11 et 7.4.3 en « lecture 0 » in BOC 2002 p. 83-84, 282 ss et 395. Par la suite, hormis quelques remarques lors de la consultation sur l'avant-projet d'avril 2003 (les préfets et plusieurs communes ont estimé que le droit à l'information allait trop loin), transparence et droit d'accès ne feront l'objet d'aucune contestation de fond, ainsi qu'en attestent les débats : lecture 1, BOC 2003 p. 51 (art. 4), p. 91 (art. 19), p. 123 (art. 57), p. 220 (art. 93) ; lecture 2, BOC 2003 p. 545 (art. 4), p. 580 s. (art. 19), p. 636 ss (art. 57) et p. 699 (art. 93) ; lecture 3, BOC 2004 p. 108 (art. 4), p. 120 s. (art. 19-21), p. 138 s. (art. 57) et p. 155 (art. 93).

¹¹⁰ Cf. les propos du Rapporteur lors de la présentation de la Thèse 2.8 « droit à l'information » in BOC 2002 p. 83 et lors de la présentation de l'art. 19 en 2^e lecture in BOC 2003 p. 580.

de droit fondamental¹¹¹. Juridiquement parlant, ce droit est donc à Fribourg de même valeur que, par exemple, le droit à la dignité humaine (art. 8 Cst. cant.), le droit à l'égalité (art. 9 Cst. cant.) ou le droit à la vie privée (art. 12 Cst. cant.)¹¹².

39. Ensuite et surtout, les droits fondamentaux ne peuvent être limités qu'en respectant les exigences fixées par la Constitution elle-même (**art. 38 Cst. cant.**). Ces exigences, cumulatives, peuvent être brièvement résumées ainsi : nécessité d'une base légale ; justification par un intérêt public ou par la protection d'un autre droit fondamental ; proportionnalité ; et conservation de « l'essence » du droit fondamental en question.

Le respect du principe de proportionnalité, traditionnellement examiné au regard de trois critères (aptitude, nécessité, proportionnalité au sens strict)¹¹³, revêt à cet égard une importance particulière :

-
- ¹¹¹ Cf. ég. *Message LInf*, p. 934 ; la situation dans les cantons est la suivante :
– Les cantons de BE (art. 17 al. 3 Cst. 1993), NE (art. 18 Cst. 2000), SO (art. 11 al. 3 Cst. 1986, introduit en 2001), VD (art. 17 al. 2 let. c Cst. 2003) et ZH (art. 17 Cst. 2005) font du droit d'accès un droit fondamental ; AR (art. 12 al. 2 Cst. 1995) en fait de même, mais en subordonnant le droit d'accès à l'existence d'un intérêt légitime.
– A LU (Cst. 2007) et GR (Cst. 2003), l'insertion du droit d'accès dans la nouvelle Constitution a été refusée par le parlement contre la proposition du gouvernement.
– Dans plusieurs cantons alémaniques, le droit d'accès est cité dans la Constitution non pas en tant que droit fondamental, mais en tant que principe régissant l'activité des autorités : SG, art. 60 al. 2 Cst. 2001 ; SH, art. 47 al. 3 Cst. 2002 ; BS, § 75 al. 2 Cst. 2005 ; AG, § 72 al. Cst. 1980, introduit en 2007. *Idem* BL, § 55 al. 3 Cst. 1984 (avec subordination de l'accès à l'existence d'un intérêt légitime) ou § 56 al. 2 et 3 tels que modifiés par le projet du 11.05.2010.
– Enfin, d'autres cantons ne mentionnent pas du tout le droit d'accès dans leur Constitution, mais se sont quand même dotés d'une loi en la matière (GE, Cst. 1847 ; SZ, Cst. 1898 ; VS, Cst. 1907 ; JU, Cst. 1977 ; UR, Cst. 1984).
- ¹¹² On peut certes intuitivement estimer que certains droits fondamentaux (p. ex., le droit à la vie et à la liberté personnelle, art. 11 Cst. cant.) sont plus fondamentaux que d'autres (et notamment que le droit d'accès). Mais ni le droit constitutionnel en général, ni la Constitution fribourgeoise n'établissent de hiérarchie entre ces différents droits, qui ont donc la même valeur juridique : ils atteignent tous « le seuil qualitatif qui fait que la question de leur respect et de leur violation sort du contexte du droit ordinaire pour concerner les fondements de l'Etat et de sa constitution » (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, n° 11).
- ¹¹³ Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, n° 229 ss ou MACHERET, p. 193 : la mesure envisagée doit être apte à atteindre le but recherché (critère de l'aptitude) ; cette mesure doit ensuite être nécessaire, ce qui signifie qu'il ne doit pas exister quelque autre mesure qui, moins incisive, serait tout aussi appropriée au regard

– D’une part, dans la définition légale des exceptions. L’exigence de nécessité « postule la recherche du moyen le plus doux au regard des finalités poursuivies », ce qui signifie que le législateur doit examiner non seulement la pertinence de sa solution, mais également « le ou les autres moyens susceptibles de représenter des solutions de remplacement valables »¹¹⁴. C’est à cette aune que les limites du droit d’accès définies dans la LInf (art. 25 ss) doivent être appréciées¹¹⁵.

– D’autre part, dans l’interprétation des limites du droit d’accès. Certaines de ces limites sont formulées en termes généraux et d’autres utilisent des notions juridiques indéterminées. Dans tous les cas, les limites aux droits fondamentaux doivent être interprétées de manière restrictive et, dans le doute, l’organe saisi d’une demande devrait retenir une interprétation favorable au droit d’accès¹¹⁶.

3) *Reconnaissance d’un intérêt du public à l’information*

40. Diverses *motivations* plus ou moins liées les unes aux autres sont régulièrement avancées comme fondements idéologiques du droit d’accès. Il y a tout d’abord le fait que le principe du secret ne reposerait que sur une interprétation erronée des normes relatives au secret de fonction¹¹⁷. Il y a également le désir de renforcer la compréhension et la confiance de la population envers les organes publics et d’encourager la participation à la vie publique¹¹⁸, l’ambition de favoriser l’intégrité des autorités¹¹⁹ et d’octroyer au peuple un pouvoir de contrôle et de critique de l’activité administrative¹²⁰ ou

de la fin poursuivie (critère de la nécessité) ; et la mesure considérée ne doit pas induire un préjudice démesuré par rapport au bénéfice escompté au profit de l’intérêt général (critère de la proportionnalité au sens strict).

¹¹⁴ MACHERET, p. 195 et 196.

¹¹⁵ Lors des travaux préparatoires, les exigences de l’art. 38 Cst. cant. ont été invoquées à plusieurs reprises. Elles ont notamment été prises en considération dans la définition de l’exception de l’art. 29 al. 1 let. c relative aux notes internes (cf. *Message LInf*, p. 948), ainsi que dans la règle de l’art. 29 al. 2 qui paralyse le droit d’accès avant la décision et qui a été restreinte aux dossiers gouvernementaux (cf. ci-dessous n° 93 s. et la note 314).

¹¹⁶ COTTIER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 4 *in fine*.

¹¹⁷ Cf. p. ex. MAHON (1999), n° 66 ; FLÜCKIGER (2002), p. 134 ss.

¹¹⁸ Cf. art. 1 al. 2 let. b et c LInf.

¹¹⁹ Cf. notamment Conseil de l’Europe, Groupe d’Etats contre la corruption (GRECO), Rapport d’évaluation sur la Suisse, Strasbourg 4.04.2008, pt 136 s.

¹²⁰ Ce motif est p. ex. invoqué par le PFPDT, Recommandation du 9.02.09, cons. II.B.4.

encore la volonté d'opposer un garde-fou face à l'expansion du potentiel d'informations que détient l'Etat¹²¹.

41. Ces divers éléments montrent en réalité que l'on est en présence d'une ***exigence liée à la notion-même de démocratie***. Historiquement parlant, le principe du secret serait un relent de l'absolutisme¹²². Les régimes politiques ont changé et le secret est resté. Mais, « l'information étant instrument de pouvoir, le droit à l'information signifie aussi répartition et partage du pouvoir »¹²³. Et, logiquement, il apparaît de plus en plus clairement que « la transparence est un élément indissociable du principe démocratique et de l'Etat de droit »¹²⁴. Devant le Grand Conseil fribourgeois, le Commissaire du gouvernement P. CORMINBOEUF l'a d'ailleurs fort bien expliqué : « Quand on vote pour des autorités exécutives communales ou cantonales, ..., ce sont des citoyens et citoyennes qui font confiance à des élus pour réaliser ensemble des tâches communes impossibles à réaliser de manière individuelle ... Si on part de ce point de vue, les citoyens qui ont fait confiance ont droit à toutes les informations qu'ils souhaitent de la part de ceux ou celles qu'ils ont élus et les exceptions ne devraient être tolérées que dans un minimum de cas ... »¹²⁵.

42. Avec le droit d'accès aux documents, on assiste ainsi à la ***reconnaissance d'un intérêt du public à l'information*** généralisé, universel et inconditionnel. Généralisé parce qu'il concerne tous les domaines de l'activité étatique. Universel parce que toute personne fait partie du public et peut donc l'invoquer. Inconditionnel parce qu'il se suffit à lui-même et n'est pas lié à l'existence d'un quelconque

¹²¹ Cf. sur ces divers fondements notamment MAHON (2002), p. 26 ss.

¹²² MAHON (1999), n° 67 : « L'idée même du secret comme arcanes du pouvoir est en fait une caractéristique de la monarchie absolue, dont elle tire d'ailleurs ses racines et à laquelle elle est congénitale ». A Fribourg, il en allait de même sous l'Ancien Régime : même les normes fondamentales ne jouissaient alors d'aucune publicité (cf. J.-P. DORAND, La ville de Fribourg de 1798 à 1814, Fribourg 2006, p. 66 : « Peu d'auteurs mentionnent la Constitution de 1783 ... Il faut dire qu'elle est écrite en calligraphie germanique ancienne et n'a jamais été imprimée, car le public n'a pas, pouvoir absolu de Leurs Excellences oblige, à savoir ce qui se passe à la tête de l'Etat »).

¹²³ MAHON (2002), p. 29.

¹²⁴ FLÜCKIGER (2002), p. 141 s. Le Préambule de la Convention de Tromsø relève d'ailleurs expressément « l'importance que revêt, dans une société démocratique pluraliste, la transparence des autorités publiques ».

¹²⁵ BGC 2009 p. 849.

intérêt particulier, hormis la curiosité¹²⁶. Cet intérêt du public à l'information préexiste à toute demande d'accès et constitue l'élément central de la LInf et des lois sur la transparence en général.

C'est là précisément que réside le changement de paradigme, et c'est là que gît la difficulté : il faut admettre l'idée selon laquelle cet intérêt du public à l'information existe *a priori* pour l'ensemble des activités des organes publics et de leurs documents. Il y a des limites, certes, mais le principe fondamental est devenu celui de la publicité¹²⁷ : tout document officiel jouit donc d'une présomption de publicité. L'Etat et l'administration perdent ainsi en grande partie la maîtrise de l'information qui était jusqu'à ce jour leur marque de fabrique.

4) *Eléments essentiels du droit d'accès*

43. Le droit d'accès s'exerce à l'égard des documents officiels effectivement détenus par les organes publics ; il appartient à n'importe qui et ne dépend d'aucun intérêt particulier, donne la possibilité de consulter les documents en original ou en copie et est en principe gratuit. Ces éléments essentiels nécessitent quand même l'une ou l'autre précision et, parfois, des nuances.

44. La définition du **document officiel** (art. 22 al. 1) correspond à un standard sur le plan suisse, et on retrouve une notion pratiquement similaire dans la Convention de Tromsø¹²⁸. On peut digresser plus ou

¹²⁶ MAHON (2002), p. 16, parle d'un « droit à la curiosité » ; cf. ég. PFPDT, Recommandation du 9.02.2009, cons. II.B.5. La récente évaluation de la loi genevoise montre que la curiosité constitue la première motivation des personnes cherchant des informations (CEPP_GE, pt 3.1.5). N'en déplaise à un député fribourgeois qui s'est exprimé ainsi lors des débats en Grand Conseil : « On a souvent parlé de l'Etat fouineur et je n'aimerais pas que le peuple fribourgeois devienne un peuple de fouineurs » (BGC 2009 p. 904).

¹²⁷ La loi vaudoise affirme que « par principe, les renseignements, informations et documents officiels détenus par les organismes soumis à la présente loi sont accessibles au public » (art. 8 al. 1 de la loi VD). Ailleurs, comme cette reconnaissance est le corollaire direct et immédiat de la notion-même de droit d'accès, ce type de déclaration relève plutôt d'un préambule ou d'un commentaire. Ainsi, le préambule de la Convention de Tromsø relève que « tous les documents publics sont en principe publics et communicables, sous réserve, seulement, de la protection d'autres droits et intérêts légitimes ».

¹²⁸ Cf. art. 1 § 2 let. b de la Convention de Tromsø. En revanche, la Convention d'Aarhus se réfère à la notion d'information (sur l'environnement), plus large que celle de document puisqu'elle recouvre aussi des informations disponibles sous forme orale (art. 2 § 3) ; cf. à ce sujet FLÜCKIGER (2009), p. 756 s.

moins longuement sur le sujet¹²⁹, mais en fin de compte il faut partir de l'idée que la quasi-totalité des documents, quel que soit leur support (papier, informatique ou autre), qui se trouvent en main des organes publics constituent des documents officiels. Avec quand même quelques précisions :

– Le document correspond à des informations enregistrées, ce qui signifie qu'il doit préexister à la demande ; l'administration ne peut donc pas être contrainte de traduire un document rédigé dans une langue qui ne convient pas au demandeur ou d'établir un document qui n'existe pas encore¹³⁰, à l'exception toutefois des « documents virtuels » mentionnés à l'art. 22 al. 2¹³¹.

– Le document officiel doit être effectivement en possession de l'organe public (art. 20 al. 1)¹³². Lorsque tel n'est pas ou plus le cas, ce dernier n'a pas à se procurer le document¹³³ ; en revanche, il doit dans la mesure du possible orienter la demande ou le demandeur vers l'autorité compétente¹³⁴.

– Ne sont bien entendu pas considérés comme des documents officiels les documents purement privés détenus par le personnel des collectivités publiques sur sa place de travail¹³⁵, notamment les courriels (e-mails) qui entrent dans cette catégorie¹³⁶.

45. L'art. 22 al. 3 considère en outre que deux sortes de documents ne revêtent pas un caractère officiel, bien qu'ils concernent directement l'accomplissement d'une tâche publique.

¹²⁹ *Message LInf*, p. 944, ou les 9 pages d'explications du *Message LTrans*, p. 1833 ss.

¹³⁰ Cf. pour le droit fédéral *Message LTrans*, p. 1834 ; PFPDT, Recommandation du 28.04.2010, cons. II.B.1. Cf. ég. *Rapport Tromsø*, n° 14.

¹³¹ La règle de l'art. 22 al. 2 est reprise de l'art. 5 al. 2 LTrans (cf. pour un cas d'application de cette disposition PFPDT, Empfehlung vom 5.03.2009, cons. II.B.2). Avec une nuance : le législateur fribourgeois n'a pas voulu que le traitement informatique permettant d'établir le document à partir d'une base de données soit qualifié de « simple » (cf. BGC 2009 p. 856, art. 21 du projet) : cette précision a été jugée inutile en raison de l'art. 26 al. 2 let. b.

¹³² Cf. sur l'emplacement de ce critère dans la loi *Message LInf*, p. 943.

¹³³ Cf. *Guide Aarhus*, p. 70.

¹³⁴ Cf. le devoir d'assistance de l'organe, art. 32 al. 1 et ci-dessous n° 105.

¹³⁵ Cf. *Message LInf*, p. 944 : ces documents ne remplissent pas la dernière condition posée par l'art. 22 al. 1 (concerner l'accomplissement d'une tâche publique).

¹³⁶ En revanche, les courriels échangés entre collègues, dès lors qu'ils ne sont pas de nature exclusivement privée, constituent des documents officiels, sauf s'ils peuvent être considérés comme des documents à usage personnel (art. 22 al. 3).

– Il s’agit tout d’abord des documents qui n’ont pas atteint leur stade définitif d’élaboration¹³⁷, ou « *documents inachevés* ». Entrent dans cette catégorie les esquisses, ébauches, versions provisoires avant correction, etc. L’ordonnance fédérale mentionne deux critères permettant de déterminer si un document est achevé : celui de la signature, et celui de la transmission définitive au destinataire¹³⁸. D’autres critères sont parfois cités, tels le classement dans un dossier ou l’inscription dans un registre de documents¹³⁹. Dans tous les cas, la notion ne se confond pas avec celle de « document préparatoire » et elle ne couvre pas les différents états successifs – mais achevés – d’un projet¹⁴⁰ ni, bien entendu, les documents dépassés ou qui n’ont pas été tenus à jour¹⁴¹.

– Il s’agit en outre des *documents destinés à l’usage personnel*. Là encore, on est en présence d’une notion juridiquement indéterminée reprise du droit fédéral et qui est, dans ce dernier, précisée à l’échelon de l’ordonnance¹⁴². Le critère est fondé sur l’utilisation du document, liée essentiellement à la personne de son auteur¹⁴³ : sont visés notamment les notes de travail et copies annotées, ou encore les condensés destinés à la rédaction d’un rapport, à un exposé ou à des interventions en séance.

46. Le droit d’accès appartient à toute personne (art. 20 al. 1 ; cf. ég. art. 19 al. 2 Cst. cant.) ou, en d’autres termes, à *n’importe qui*, et ce sans avoir à faire valoir un quelconque intérêt particulier¹⁴⁴ : le

¹³⁷ On retrouve une règle similaire à l’art. 5 al. 3 LTrans et dans la plupart des lois cantonales, ainsi qu’à l’art. 4 § 3 let. c de la Convention d’Aarhus (version plus restrictive, si l’on en croit le *Guide Aarhus*, p. 71 s.) ; mais pas, du moins pas expressément, dans la Convention de Tromsø.

¹³⁸ Art. 1 al. 2 de l’ordonnance fédérale sur la transparence (OTrans, RS 152.31) ; cf. ég. OFJ, ch. 4.1, ou NUSPLIGER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 5 n° 33 s.

¹³⁹ *Message LTrans*, p. 1840 ; PFPDT, Empfehlung vom 19.02.2009, cons. II.B.1.2.

¹⁴⁰ *Message LInf*, p. 944. Cf. ég. *Message LTrans*, p. 1842 et PFPDT, Empfehlung vom 19.02.2009, cons. II.B.1.2 ; TA VD, arrêt GE.2005.0145 du 3.02.2006, cons. 4a.

¹⁴¹ Pour le droit vaudois : TA VD, arrêt GE.2003.0127 du 15.08.06, cons. 7.

¹⁴² Art. 5 al. 3 let. c LTrans et art. 1 al. 3 OTrans. Cf. pour un cas d’application PFPDT, Empfehlung vom 3.04.2009, cons. II.B.7.

¹⁴³ L’avant-projet de la Commission LInf parlait d’un usage « exclusivement personnel », mais l’adverbe a été supprimé par le Conseil d’Etat avant la mise en consultation. Ce qui permet une interprétation un peu plus large : le *Message LInf* (p. 944) parle d’une utilisation dans un « cercle restreint de personnes », comme c’est le cas sur le plan fédéral.

¹⁴⁴ MAHON/GONIN *in* BGÖ-Kommentar, Art. 6 n° 22. L’art. 4 § 1 let. a de la Convention d’Aarhus le précise expressément.

droit d'accès est fondé uniquement sur l'intérêt du public à l'information, et un éventuel intérêt particulier du demandeur ne pourrait de toute manière pas être pris en considération¹⁴⁵.

Cela signifie qu'il n'y aucune restriction liée à la nationalité, au domicile ou à l'âge¹⁴⁶, voire à la personnalité du demandeur¹⁴⁷ ou à l'usage qu'il compte faire du document¹⁴⁸. Le demandeur n'a en outre pas à motiver sa demande (art. 31 al. 2) et n'a en principe même pas à décliner son identité¹⁴⁹.

Et cela signifie également que l'accès accordé à une personne doit l'être de manière égale à toute autre, selon le principe « access to one is access to all »¹⁵⁰.

47. Le droit d'accès permet principalement au demandeur de **consulter le document ou d'en obtenir une copie** (art. 23 al. 1).

Pour l'administration, la solution la plus simple consistera généralement à fournir une version électronique du document, et ce mode de faire devrait être privilégié pour des raisons d'efficacité et d'économie¹⁵¹. Mais l'objectif est de répondre dans toute la mesure du possible aux besoins du demandeur : c'est donc lui qui devrait choisir le mode d'accès, pour autant que son choix soit raisonnable¹⁵².

¹⁴⁵ Ainsi, la possibilité d'octroyer l'accès assorti d'une charge (p. ex., embargo ou obligation pour le destinataire de détruire les documents après consultation), admise par certaines législations (cf. art. 25 de la loi NE ou art. 27 al. 4 de la loi GE ; plus restrictif : *Message LTrans*, p. 1847), ne devrait en fait pas relever du droit général d'accès aux documents (cf. ég. *Message LInf*, p. 945), puisqu'elle tient compte d'un intérêt particulier du demandeur.

¹⁴⁶ *Message LInf*, p. 943.

¹⁴⁷ COTTIER in BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 6 ; TA NE in RJN 2008 p. 368 cons. 3.

¹⁴⁸ *Message LTrans*, p. 1846 ; MAHON/GONIN in BGÖ-Kommentar, Art. 6 n° 22 ; cf. également *Rapport Tromsø*, n° 19.

¹⁴⁹ *Message LInf*, p. 949.

¹⁵⁰ Cf. MAHON/GONIN in BGÖ-Kommentar, Art. 6 n° 24 ; pour autant, bien entendu, que les circonstances soient identiques (cf. *Message LInf*, p. 943 et ci-dessous n° 52 note 169).

¹⁵¹ *Message LInf*, p. 944.

¹⁵² La réserve du caractère raisonnable du choix est mentionnée expressément aux art. 4 § 1 let. b de la Convention d'Aarhus et 6 § 1 de la Convention de Tromsø. Elle ne figure en revanche pas dans la LInf, ni dans les autres lois existant en Suisse. Mais comme le texte de l'art. 23 al. 1 LInf ne pose pas expressément le principe du libre choix (sauf en ce qui concerne la possibilité de se satisfaire de renseignements sur le contenu du document), l'admission de cette réserve dans la pratique ou dans la réglementation d'exécution ne devrait pas poser de problème.

Les éléments suivants peuvent en outre être relevés :

– Le texte de l’art. 23 al. 1 parle de consultation « sur place », ce qui exclut en principe la possibilité d’exiger l’original du document en prêt ou de choisir le lieu de consultation¹⁵³.

– A partir du moment où l’accès doit être accordé¹⁵⁴, la délivrance d’une copie ne pose apparemment pas de problèmes sous l’angle du droit d’auteur¹⁵⁵ : la publicité des documents officiels étant désormais la règle et la règle étant censée être connue, tout auteur d’un tel document, qu’il fasse partie de l’administration ou qu’il le lui remette, consent en principe implicitement à la divulgation de son œuvre (au sens de l’art. 9 al. 2 et 3 LDA) et cède ainsi le droit de délivrer les copies nécessaires à l’application du principe de transparence¹⁵⁶.

– En revanche, une fois que la copie d’un document soumis au droit d’auteur a été fournie, l’usage que le demandeur en fait est, lui, limité par ce droit (art. 23 al. 3). En résumé : même après la divulgation, la faculté de décider si, quand et de quelle manière l’œuvre sera utilisée appartient encore à l’auteur (art. 10 LDA), sauf s’il s’agit d’usages à des fins privées (art. 19 al. 1 LDA) ou de citation (art. 25 LDA)¹⁵⁷.

– L’accès peut s’exercer par l’obtention de renseignements sur le contenu du document (art. 23 al. 1 *in fine*), forme qui peut par exemple compléter dans certains cas une absence de traduction mais qui ne peut être imposée au demandeur.

– Enfin, le demandeur peut solliciter des explications complémentaires sur le document, et l’organe public a l’obligation de les lui fournir dans la mesure du raisonnable (art. 23 al. 2) ; mais cette obligation n’est pas constitutive d’un droit que le demandeur pourrait invoquer séparément en justice¹⁵⁸.

¹⁵³ Dans ce sens, pour la loi fédérale, *Message LTrans*, p. 1845.

¹⁵⁴ Ce qui n’est pas le cas lorsqu’un document produit par un tiers a été transmis à l’administration à l’insu de son auteur, cf. ci-dessous n° 70.

¹⁵⁵ Sont protégés par la loi fédérale sur le droit d’auteur (LDA) les œuvres qui revêtent un caractère individuel (art. 2 LDA). La plupart des documents produits ou reçus par les organes publics entrent dans cette définition, pour autant qu’ils revêtent le minimum d’originalité requis et qu’ils n’entrent pas dans l’une des catégories d’œuvre non protégées citées à l’art. 5 LDA (notamment les textes légaux ainsi que les décisions, procès-verbaux et rapports émanant d’une autorité).

¹⁵⁶ Cf. *Message LInf*, p. 944 et 947 et, à la base, les réflexions faites sur les relations entre droit d’accès et droit d’auteur à l’échelon fédéral : BARRELET (2003) ainsi que *Message LTrans*, p. 1822 et COTTIER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 6 n° 44-61.

¹⁵⁷ Cf. MAHON/GONIN *in* BGÖ-Kommentar, Art. 6 n° 56.

¹⁵⁸ *Message LInf*, p. 944.

48. La LInf consacre la *gratuité* de l'exercice de l'accès et de la procédure d'accès (art. 24 al. 1, 1^{re} phr.). Pour des raisons liées aux fondements du droit d'accès¹⁵⁹, le législateur fribourgeois s'est donc distancé sur ce point du droit fédéral, où l'accès est en principe onéreux (art. 17 al. 1 LTrans).

Mais au bout du compte, le résultat diffère peu pour l'administré : la gratuité fribourgeoise comprend certaines exceptions (art. 24 al. 1, 2^e phr. et al. 2)¹⁶⁰ alors que, sur le plan fédéral, le caractère onéreux du droit d'accès est fortement relativisé¹⁶¹. Rien que de très logique, en somme : dans un cas comme dans l'autre, l'objectif est de ne pas dissuader le demandeur d'accès tout en pouvant quand même lui facturer certaines prestations qui ne vont pas de soi. Ce qui nécessite un minimum de bon sens¹⁶² et la volonté de rester dans les limites du raisonnable¹⁶³.

A signaler quand même deux particularités :

– Le principe de la gratuité n'est pas applicable aux documents faisant l'objet d'une commercialisation : ceux-ci, publics par essence, ne sont pas soumis aux règles du droit d'accès (art. 21 al. 2).

– A l'inverse, il paraît difficilement envisageable d'appliquer les exceptions à la gratuité lorsque l'accès est refusé, une telle application semblant en outre contraire à la Convention d'Aarhus¹⁶⁴.

¹⁵⁹ *Message LInf*, p. 944 s. Cf. ég. BARRELET (2005), p. 165 : « Comme pour les droits démocratiques auxquels il se rattache, le droit à l'information doit pouvoir s'exercer gratuitement ».

¹⁶⁰ Cf. les explications données dans le *Message LInf*, p. 945, ainsi que les futures dispositions d'exécution, à prendre par le Conseil d'Etat pour l'ensemble des organes soumis à la loi (y compris les communes, qui n'ont pas la compétence de fixer elles-mêmes ces exceptions).

¹⁶¹ Cf. art. 17 al. 2 LTrans ainsi que ses dispositions d'exécution, qui prévoient notamment que les émoluments inférieurs à 100 francs ne sont pas facturés ; le PFPDT propose de relever ce seuil de 100 à 500 francs, la perception d'émoluments étant de toute manière extrêmement rare en pratique (Rapport d'activité 2009/2010, p. 94 s. et 107).

¹⁶² Cf. pour le canton de Genève TA GE, arrêt 166/2003 du 25.03.2003 : un organe qui prend l'initiative de transmettre à un administré des documents dont celui-ci ne demandait que la consultation sur place ne peut facturer les photocopies.

¹⁶³ La Convention d'Aarhus autorise la perception d'un droit qui « ne doit pas dépasser un montant raisonnable » (art. 4 § 8) ; quant à la Convention de Tromsø, elle prévoit la gratuité pour la consultation sur place, mais laisse la possibilité de facturer les autres services « à un prix raisonnable » ou « peu coûteux » (art. 7 et 8 § 2).

¹⁶⁴ FLÜCKIGER (2009), p. 779 s.

B. Limites

49. Les limites du droit d'accès constituent l'élément le plus sensible de toute loi sur la transparence. C'est donc logiquement sur ce point que les discussions lors des travaux préparatoires ont été les plus vives, avec le mouvement de balancier décrit plus haut¹⁶⁵. Et c'est tout aussi logiquement qu'une partie importante de la présente contribution leur est consacrée, avec une présentation du système général (*pt 1*), puis des développements sur les limites ordinaires visant à protéger les intérêts publics (*pt 2*) et les intérêts privés (*pt 3*) et, enfin, une analyse des cas particuliers définis par la LInf (*pt 4*).

50. Avec une précision préalable : les limites en question concernent uniquement le droit subjectif d'accès du demandeur. Elles ne **s'appliquent donc pas à l'information d'office**. Celle-ci est régie uniquement par l'art. 10 al. 1, qui se contente d'imposer à l'organe une pesée des intérêts en présence, ainsi que par les art. 11 et 12 (communication de données personnelles dans le contexte d'une information du public). Si elles l'estiment opportun ou utile, les autorités peuvent donc très bien rendre public de leur propre chef tout ou partie des documents soustraits du droit d'accès, dans le cadre de leur information active¹⁶⁶.

En revanche, pour les simples réponses aux demandes de renseignements, l'art. 10 al. 2 let. c renvoie directement aux règles sur les limites du droit d'accès. L'idée est qu'il ne doit pas être possible d'obtenir de manière informelle par une demande de renseignements, généralement traitée aux échelons inférieurs de l'administration, ce qui ne peut pas être octroyé par la demande formelle d'accès¹⁶⁷.

1) Le système

51. Le système prévu par la LInf est décrit à l'art. 25, qui **structure ainsi les limites** du droit d'accès : il y a tout d'abord les limites ordinaires, à savoir les limites générales visant à protéger les intérêts publics ou privé prépondérants (al. 1, renvoi aux art. 26 à 28) ; il y a ensuite des cas particuliers d'accès exclu ou garanti prévus directement par la LInf elle-même (al. 2, renvoi aux art. 29, 30 et 43) ; il y a enfin les cas particuliers régis par la législation spéciale (al. 3).

¹⁶⁵ Cf. ci-dessus n° 16.

¹⁶⁶ MAHON/GONIN *in* BGÖ-Kommentar, Art. 6 n° 14 et Art. 8 n° 11 et 24.

¹⁶⁷ *Message LInf*, p. 940. La règle est reprise de l'art. 24 al. 3 de la loi GE.

52. La distinction fondamentale entre limites ordinaires et cas particuliers tient à la **marge d'appréciation** dont disposent les organes d'application¹⁶⁸.

Les cas particuliers sont traités par une « règle fixe », c'est-à-dire une règle qui résout directement le problème dans un sens ou dans l'autre (document accessible ou inaccessible). L'organe confronté à une demande voit alors son pouvoir d'appréciation restreint à l'interprétation des notions – relativement déterminées – utilisées pour définir ces cas.

Les limites ordinaires, formulées à l'aide de clauses générales, laissent quant à elles beaucoup plus de marge d'appréciation à l'organe : ce dernier doit examiner la situation concrète en détail ; il doit le faire en fonction des circonstances valables sur le moment-même¹⁶⁹ ; et il est soumis au principe de proportionnalité, ce qui signifie qu'un refus partiel (p. ex., anonymisation) et/ou différé doit, chaque fois que cela est possible, être préféré à un refus total¹⁷⁰.

53. Mais la simplicité de cette structure cache en réalité **plusieurs pièges** :

– La marge d'appréciation dont bénéficie l'organe public vis-à-vis des limites ordinaires des art. 26 à 28 n'est pas homogène. Souvent, l'organe doit se contenter d'évaluer si les atteintes (ou risques d'atteinte) à des intérêts prédéfinis par le législateur sont réalisés ou non (art. 26 al. 1 let. a - e et art. 28 let. a - c) : c'est le « test du

¹⁶⁸ *Message LInf*, p. 935 ; FLÜCKIGER (2002), p. 145 ss. Pour le droit fédéral, cf. art. 7 et 8 LTrans et MAHON/GONIN in BGÖ-Kommentar, Art. 6 n° 8 s. ou Art. 8 n° 4.

¹⁶⁹ La situation peut donc évoluer avec le temps, et un refus d'accès fondé sur une clause générale ne peut pas être considéré par l'organe public comme définitif (COTTIER in BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 6). Mais le facteur temps peut jouer dans les deux sens : si un intérêt au secret aura plutôt tendance à s'estomper au cours du temps, la situation peut être différente avec les intérêts privés, pour lesquels le « droit à l'oubli », que la jurisprudence déduit du droit au respect de la vie privée ou du droit de la personnalité (cf. not. ATF 122 III 449), devrait dans certains cas pouvoir justifier que l'on refuse un accès alors même que celui-ci a été accordé par le passé (cf. *Message LInf*, p. 943).

¹⁷⁰ Cf. art. 25 al. 1 : « *différé, restreint ou refusé* si et dans la mesure où » ; *Message LInf*, p. 935 pt 1.3.4.9 et p. 945 ad art. 24, pt b.

Pour les relations entre limites générales et proportionnalité en droit fédéral, cf. COTTIER in BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 8. Le PFPDT a constaté que l'administration fédérale ne tenait pas suffisamment compte du principe de proportionnalité, privilégiant à tort le refus d'accès au détriment de l'accès partiel (Empfehlung vom 1.07.2007, cons. II.E.2).

préjudice »¹⁷¹. Néanmoins cette évaluation cède le pas à une véritable pondération des intérêts en présence lorsque l'organe est confronté à des données personnelles (art. 27 al. 1 let. c), lorsqu'il veut invoquer une charge de travail disproportionnée (art. 26 al. 2 let. b) ou lorsqu'il veut faire valoir un intérêt public non prévu par la loi (art. 26 al. 1 phr. intr.).

– Certains « cas particuliers » n'ont de particulier que le nom et rétablissent en fait le principe du secret pour des pans entiers de l'activité administrative : documents antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi (art. 43), documents servant à la préparation des décisions des organes gouvernementaux (art. 29 al. 2) et, dans une mesure un peu moindre, documents reçus uniquement en copie (art. 29 al. 1 let. a).

– Les cas particuliers définis dans la législation spéciale peuvent aussi réserver des surprises. La LInf précise expressément que les dispositions générales sur le secret de fonction, telles l'art. 60 LPers ou l'art. 83b LCo¹⁷², n'entrent pas dans cette catégorie (art. 25 al. 3). Mais les secrets prévus par la législation spéciale, notamment fédérale, ne sont pas toujours formulés d'une façon qui permet de déterminer clairement leur nature : est-on alors en présence d'un rappel du secret général de fonction, qui n'a aucune influence sur le droit d'accès, ou est-on en présence d'une norme spéciale de secret, qui paralyse le droit d'accès¹⁷³ ?

– Le système des art. 25-30 ne répertorie pas toutes les restrictions du droit d'accès. Certaines limites indirectes découlent en effet du champ d'application de la loi – il en est ainsi des activités économiques exercées en situation de concurrence (art. 3 al. 1) – ; ou de la notion-même de « document officiel » – c'est le cas des documents « qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration ou qui sont destinés

¹⁷¹ Sur cette technique du « test du préjudice », utilisée dans la plupart des législations sur la transparence et notamment en Suisse, cf. FLÜCKIGER (2002), p. 146 et (2003), p. 227, ou COTTIER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 5, ainsi que les précisions données ci-dessous n° 56.

¹⁷² Il y a également l'art. 100 LGC et l'art. 17 LOCEA. La législation cantonale contient en outre aussi des rappels du secret général de fonction dans des domaines spécifiques, cf. p. ex. art. 15 LAMat ou art. 45 LEAC.

¹⁷³ Cf. à ce sujet *Message LInf*, p. 945 s. et COTTIER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 4 n° 10. Le cas de l'art. 33 LPGa (secret auquel sont soumises les personnes qui participent à l'application des lois sur l'aide sociale) est assez instructif : il est cité expressément en tant que norme *spéciale* de secret dans le *Message LTrans* (p. 1832 s.) ; mais la doctrine affirme qu'il ne va pas au-delà du secret *général* de fonction (COTTIER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 4 n° 10), et cet avis est finalement partagé par l'Office fédéral de la justice (cf. *Message LInf*, p. 946).

à l'usage personnel » (art. 22 al. 3)¹⁷⁴ – ; ou enfin du fait que, dans certains domaines, la consultation des documents est en principe déjà régie par d'autres règles (art. 21).

54. Enfin, la logique du système doit être chamboulée lors de l'*examen d'une demande concrète*. Il est en effet inutile d'évaluer la situation sur la base des limites ordinaires si elle se résout d'elle-même parce qu'elle relève d'un cas particulier ou est réglée d'une autre manière. L'organe soumis à la loi (art. 2¹⁷⁵ et 3 al. 2) qui est confronté à une demande doit donc d'abord examiner si la question est résolue par une disposition à caractère absolu ou par une autre règle spécifique.

Celle-ci peut figurer directement dans le corps ordinaire de la LInf. Le catalogue est relativement hétéroclite, mais aisément circonscrit : il y a les limites indirectes qui viennent d'être citées (art. 3 al. 1, 21 et 22 al. 3) ; il y a les garanties d'accès de l'art. 30 ; et il y a enfin les cas d'accès exclu des art. 29 et 43.

Mais elle peut aussi figurer, on l'a vu dans la législation spéciale, celle-ci réglant parfois directement l'accès au type de document recherché, soit de manière positive (garantie d'accès) soit de manière négative (cas d'accès exclu), soit enfin en soumettant l'accès à des conditions particulières (p. ex., l'obligation de faire valoir un intérêt). La LInf en a introduit certaines¹⁷⁶, mais d'autres résultent de la législation préexistante ou du droit fédéral¹⁷⁷.

La liste de ces limites indirectes et autres cas particuliers à prendre en considération figure dans le tableau présenté en annexe (annexe 1). Ce n'est que si aucune de ces règles ne résout le problème que l'organe

¹⁷⁴ Cf. au sujet de l'art. 22 al. 3 ci-dessus n° 45.

¹⁷⁵ Contrairement à la loi fédérale, qui ne s'applique qu'à l'administration (art. 2 al. 1 let. a et c LTrans ; cf. ég. ci-dessus note 93), la LInf s'applique aussi bien aux autorités elles-mêmes (cantonales et communales) qu'à leurs administrations, ainsi que, de manière générale, à toutes les personnes morales de droit public (art. 2 let. a). Elle s'applique également aux privés qui exercent des tâches de droit public, mais uniquement dans la mesure où ils disposent d'un pouvoir décisionnel ou réglementaire (art. 2 let. b) ; cette restriction, reprise de l'art. 2 al. 1 let. b LTrans, n'est pas compatible avec la Convention d'Aarhus, cf. SIDLER/BALLY, p. 733 et FLÜCKIGER (2009), p. 754 s.

¹⁷⁶ Cf. la liste donnée ci-dessus n° 72.

¹⁷⁷ Le *Message LInf*, p. 945, en cite un certain nombre : consultation des actes législatifs, art. 10 LPAL ; accès aux registres publics, art. 43a et 970 CC, art. 930 CO, art. 8a LP, art. 140 LICD, art. 5 al. 1 LEDP ; secret fiscal, art. 110 LIFD et art. 139 LICD ; secret statistique, art. 16 LStat.

examinera la demande au regard des limites ordinaires (générales) du droit d'accès.

2) *Limites générales visant à protéger les intérêts publics*

55. L'art. 26 est entièrement consacré aux limites générales visant à protéger des intérêts publics. Il est structuré en deux alinéas : le premier comprend des exceptions à contenu matériel, qui correspondent à un certain standard en Suisse¹⁷⁸ ; le deuxième se réfère à des critères plus formels.

56. Les *cinq exceptions de l'art. 26 al. 1* sont construites sur le même moule. Elles sont énumérées sous la forme de lettres faisant suite à une phrase introductive commune ; et celle-ci reconnaît directement que l'intérêt du public à l'information doit céder le pas lorsque l'un des risques cités aux let. a - e est réalisé.

S'il est confronté à une limite de l'art. 26 al. 1, l'organe public doit donc « simplement » évaluer si le risque d'atteinte¹⁷⁹ mentionné est réalisé ou non : c'est le « test du préjudice » déjà mentionné¹⁸⁰. Cette « simplicité » est réelle, mais relative :

– Réelle, parce que l'organe n'a pas à peser les intérêts en présence. C'est le législateur lui-même qui a effectué cette pondération en « pré-qualifiant » les intérêts en question de prépondérants¹⁸¹.

– Relative, parce que l'évaluation en question nécessite quand même une double appréciation, portant sur l'atteinte potentielle et sur le risque de réalisation. Cette appréciation se doit d'être restrictive, comme toute interprétation d'une limite à un droit fondamental¹⁸² : l'atteinte potentielle doit revêtir une importance minimale, dépassant le stade d'un simple désagrément, et le risque qu'elle se réalise en cas de diffusion doit être sérieux¹⁸³.

¹⁷⁸ *Message LInf*, p. 935 ; on les retrouve les cinq, sous des formulations différentes, dans la loi fédérale ainsi que dans les lois NE, VS et BS ; on retrouve également quatre d'entre elles dans les lois GE, ZH et SZ, et trois dans les lois VD, SO et UR.

¹⁷⁹ Cf. la formulation de l'art. 26 al. 1 : « ... peut : mettre en danger / porter atteinte / entraver / compromettre ».

¹⁸⁰ Cf. ci-dessus n° 53 ; *Message LInf*, p. 946.

¹⁸¹ FLÜCKIGER (2003), p. 227 ; cf. ég. *Message LInf*, p. 946.

¹⁸² Cf. pour le droit fédéral COTTIER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 4. Il s'agit en fait de respecter les exigences de l'art. 38 Cst. cant., cf. ci-dessus n° 39.

¹⁸³ Pour le droit fédéral, cf. COTTIER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 4 ; celui-ci précise, à propos du risque, que le degré de vraisemblance de la survenance de l'atteinte ne doit

Sur le plan procédural, comme la prise en compte d'une exception de l'art. 26 al. 1 laisse une certaine marge de manœuvre à l'administration, cette dernière ne peut pas, pour refuser un accès, se contenter de simplement invoquer la disposition qui lui convient. Elle doit préciser les considérations qui l'ont conduit à se prévaloir de l'exception en cause et démontrer en quoi celle-ci est concrètement concernée. Ces précisions doivent figurer de manière détaillée dans la décision qui, le cas échéant, clôt la procédure (art. 33 al. 3¹⁸⁴), et doivent bien entendu être fournies au préposé lors de la phase de médiation prévue à l'art. 33. Mais elles devraient en soi aussi l'être au stade préliminaire de la détermination requise par l'art. 32 al. 3, au moins sous une forme sommaire¹⁸⁵.

57. La mise en danger de la *sécurité publique* est une exception traditionnelle que l'on retrouve dans pratiquement tous les textes sur la transparence¹⁸⁶. L'*art. 26 al. 1 let. a* fait référence à « la sécurité et

pas confiner à la certitude, mais doit quand même dépasser le stade de ce qui est simplement imaginable ou concevable : il faut, si l'on se fie au cours ordinaire des choses, que le dommage ait de grandes chances de survenir.

¹⁸⁴ Elles relèvent alors clairement de la motivation de la décision (art. 66 let. c CPJA) ; l'organe qui rend cette dernière ne peut s'abstenir de les donner que s'il adhère entièrement à la recommandation du préposé, cf. art. 33 al. 3, 2^e phr., et ci-dessous n° 110.

¹⁸⁵ L'art. 34 al. 2 de l'avant-projet d'octobre 2007 mentionnait expressément la nécessité d'une motivation sommaire (comme le fait p. ex. l'art. 12 al. 4 LTrans) ; cet aspect a disparu lors de la simplification des dispositions de procédure (cf. sur cette simplification *Message LInf*, p. 936), mais, sur la base de l'art. 36 al. 2, devrait réapparaître à l'échelon de l'ordonnance.

Sur le plan fédéral, certains estiment apparemment que la simple mention des dispositions invoquées est suffisante comme motivation sommaire d'une prise de position préalable (cf. HÄNNER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 12 n° 27, ainsi que le formulaire « Prise de position au sens de l'art. 12, al. 4, de la loi sur la transparence » figurant sur le site Internet de l'OFJ (http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/gesetzgebung/oeffentlichkeitsprinzip/musterstellungnahme-f.doc). Cela peut peut-être convenir pour les règles à caractère absolu (règles fixes) ; en revanche, pour les limites ordinaires, exprimées sous la forme de clauses générales, la simple invocation d'une disposition laissant une aussi grande marge d'appréciation à l'administration ne peut manifestement pas être assimilée à une motivation. C'est d'ailleurs aussi ce que pense le PFPDT (Empfehlung vom 30.07.2007, cons. II.B.1 ; Empfehlung vom 16.03.2010, cons. II.B.1).

¹⁸⁶ Sauf à ZH et AG, toutes les lois sur la transparence existant en Suisse la mentionne (art. 7 al. 1 let. c LTrans ; art. 29 al. 1 let. b loi BE ; art. 26 al. 1 let. a loi GE ; art. 16 al. 2 let. b loi VD ; art. 5 al. 2 let. b loi JU ; art. 23 al. 2 let. a loi NE ; art. 15 al. 2 let. a loi VS ; art. 4 al. 1 let. b loi UR ; § 5 al. 2 loi SO ; § 6

l'ordre publics », reprenant ainsi la terminologie de l'art. 76 Cst. cant.¹⁸⁷

Pour que cette disposition puisse être invoquée, il faut :

– Que la demande d'accès concerne un document lié d'une manière ou d'une autre à l'ordre public. A l'échelon des cantons, la « sûreté extérieure » citée dans la LTrans sera rarement concernée ; ce sont donc essentiellement les activités de police qui sont visées. Mais dans un sens large : selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'ordre public comprend principalement la tranquillité, la sécurité, la santé et la moralité publiques ainsi que la bonne foi en affaires¹⁸⁸.

– Que la diffusion de ce document constitue un risque de mise en danger de l'ordre public. La loi ne qualifie pas la mise en danger ; celle-ci n'a donc pas à être « notable ». Elle doit néanmoins revêtir une importance minimale, et le risque qu'elle se réalise doit être sérieux¹⁸⁹.

58. Le risque d'une *atteinte aux relations extérieures* du canton constitue le deuxième cas d'intérêt public reconnu comme prépondérant par l'art. 26 (al. 1 let. b). On retrouve un équivalent de cette disposition dans plusieurs lois en Suisse, avec presque chaque fois la même explication dans les messages ou rapports explicatifs : dans certains cas, la diffusion de documents provenant d'une entité qui ne connaît pas encore le droit d'accès ou qui fixe à ce dernier des limites différentes peut porter atteinte aux relations avec cette entité¹⁹⁰. Il s'agit sans doute du principal cas d'application de cet art. 26 al. 1 let. b, dont l'utilité devrait de ce fait diminuer au fur et à mesure de la généralisation et de l'uniformisation du droit d'accès¹⁹¹.

al. 3 let. a loi SZ ; § 29 al. 2 let. a loi BS). Elle figure également dans les Conventions d'Aarhus (art. 4 § 4 let. b) et de Tromsø (art. 3 § 1 let. b).

¹⁸⁷ *Message LInf*, p. 946. Sur le plan fédéral, la LTrans reprend la formulation de l'art. 185 Cst. féd.

¹⁸⁸ Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, n° 217 ss et les références citées.

¹⁸⁹ Cf. ci-dessus n° 56.

¹⁹⁰ Cf. art. 7 al. 1 let. e LTrans et *Message LTrans*, p. 1852 ; art. 26 al. 2 let. a loi GE et Rapport du Conseil d'Etat, Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII, p. 7671 ss, 7695 ; art. 16 al. 2 let. d loi VD et Exposé des motifs, BGC_VD 2002 p. 2634 ss, 2658 ; art. 23 al. 2 let. b loi NE et Rapport du Conseil d'Etat, BGC_NE 2006-2007 p. 431 ss, 445 ; art. 15 al. 2 let. b loi VS ; § 23 al. 2 let. d loi ZH et Antrag des Regierungsrates, commentaire du § 21 al. 2 let. d ; § 29 al. 2 let. b loi BS.

¹⁹¹ Sur la relation entre l'art. 7 al. 1 let. e LTrans et la Convention d'Aarhus, voir SIDLER/BALLY, p. 739.

Le texte de la règle n'est cependant pas restreint à cette seule possibilité. Il suppose simplement la conjonction de deux conditions comparables à celles qui valent pour l'art. 26 al. 1 let. a :

– Premièrement, il faut que le document recherché concerne les relations extérieures du canton. La notion, reprise de la Cst. cant.¹⁹², comprend principalement la collaboration avec la Confédération, les cantons et les organisations régionales, nationales et internationales (art. 5 Cst. cant.), auxquelles il faut ajouter les éventuelles relations internationales directes (art. 114 al. 2 Cst. cant.) ainsi que, par extension, les relations avec des communes d'autres cantons. Le sujet sur lequel porte les relations est indifférent du point de vue de l'art. 26 al. 1 let. b.

– Deuxièmement, il faut que la divulgation du document présente un risque d'atteinte à ces relations. La loi ne qualifiant pas l'atteinte potentielle, cette dernière n'a pas besoin d'être substantielle ; comme pour tous les cas de l'art. 26 al. 1, elle doit néanmoins revêtir une importance minimale et le risque qu'elle se réalise doit être sérieux¹⁹³.

59. L'art. 26 al. 1 let. c reconnaît l'existence d'un intérêt public prépondérant lorsque l'accès peut « entraver notablement le processus décisionnel de l'organe public ». La *protection du processus décisionnel* est la seule exception qui figure dans toutes les lois sur la transparence existant en Suisse¹⁹⁴, avec quelques différences de formulation¹⁹⁵. A l'échelon conventionnel, elle relève de la clause relative à la protection des délibérations des autorités¹⁹⁶.

¹⁹² *Message LInf*, p. 946.

¹⁹³ Cf. ci-dessus n° 56.

¹⁹⁴ Art. 7 al. 1 let. a LTrans ; art. 29 al. 1 let. a loi BE, art. 26 al. 2 let. c loi GE, art. 16 al. 2 let. a loi VD, art. 5 al. 2 let. c loi JU, art. 23 al. 2 let. e loi NE, art. 15 al. 2 let. c loi VS, art. 4 al. 1 let. a loi UR, § 5 al. 2 loi SO, § 3 ch. 1.1 loi AG, § 23 al. 2 let. b loi ZH, § 6 al. 3 let. c loi SZ, § 29 al. 2 let. c loi BS.

¹⁹⁵ Deux formulations distinctes ont été utilisées en Suisse : la loi fédérale et la plupart des lois alémaniques (SO, AG, ZH, SZ, BS) parlent en termes de « processus de libre formation de l'opinion et de la volonté d'un organe » ; les lois romandes parlent, elles, d'entrave ou d'atteinte au processus décisionnel (GE, NE, VS, JU, VD, ainsi que BE et UR). L'idée de base est clairement la même, ainsi que cela ressort des divers rapports explicatifs et messages. Dans le canton de Fribourg, le projet utilisait la première formule (art. 25 al. 1 let. c) ; mais pour le texte définitif, le Grand Conseil a préféré la seconde (BGC 2009, p. 857).

¹⁹⁶ Art. 4 § 4 let. a Convention d'Aarhus et art. 3 § 1 let. k Convention de Tromsø. Cf. *Rapport Tromsø*, n° 34 : « Il est à noter que, ... il s'agit au travers de la présente limitation de préserver la qualité du processus décisionnel en permettant un 'espace libre pour penser' » ; cf. ég. FLÜCKIGER (2009), p. 775 et la note 152.

Les termes utilisés à l'art. 26 al. 1 let. c nécessitent quelques précisions :

– Le processus décisionnel est la phase qui précède l'adoption de la décision. L'exception est donc limitée dans le temps : elle ne peut plus être invoquée après la décision, sauf rares exceptions¹⁹⁷.

– La notion de « décision » ne se réfère pas aux décisions au sens technique (décisions de l'art. 4 CPJA), mais à l'ensemble des décisions politiques et administratives¹⁹⁸.

– Les organes publics visés sont tous ceux qui entrent dans le champ d'application de la loi ; néanmoins, pour les autorités exécutives, la règle spéciale de l'art. 29 al. 2 devrait logiquement prévaloir.

– Pour que le processus décisionnel soit susceptible d'être entravé, il faut que le document en question ait un lien direct et immédiat avec la décision à prendre dans le cas d'espèce et qu'il revête une importance matérielle significative pour son adoption¹⁹⁹ ; tel n'est pas le cas, p. ex., de directives générales²⁰⁰.

– Enfin, pour qu'il y ait risque d'entrave, il faut que la diffusion du document auprès du public soit de nature à porter atteinte à la formation de la volonté de l'organe qui doit prendre la décision. L'entrave potentielle doit être « notable » : il ne suffit pas qu'elle revête une importance minimale, il faut que l'atteinte à la formation de la volonté de l'organe dépasse un certain seuil, ce qui ne semble possible que pour des dossiers complexes, contestés, épineux, urgents ou revêtant une connotation politique²⁰¹. Cette qualification de l'atteinte potentielle n'est pas anodine, car on ne la retrouve pas souvent dans les lois des autres cantons²⁰².

60. Selon l'*art. 26 al. 1 let. d*, l'accès doit également être refusé lorsqu'il peut « entraver notablement l'*exécution de décisions* prises

¹⁹⁷ P. ex., protection des avis exprimés au sein d'une autorité collégiale (cf. pour le droit fédéral *Message LTrans*, p. 1849 ; COTTIER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 17 s.).

¹⁹⁸ Cf. *Message LInf*, p. 946.

¹⁹⁹ Cf. pour le droit fédéral MAHON/GONIN *in* BGÖ-Kommentar, Art. 8 n° 30 (la remarque est faite au sujet de l'exception de l'art. 8 al. 2 LTrans).

²⁰⁰ De telles directives peuvent certes avoir une importance matérielle significative pour l'adoption de la décision, mais elles ne sont pas directement liées à un processus décisionnel déterminé ; dans ce sens, pour le droit vaudois, TA VD, arrêt GE.2003.0127 du 15.08.2006, cons. 6 et 9 et les Remarques y relatives de B. COTTIER *in* *Medialex* 2006 p. 226. Cf. ég. COTTIER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 22.

²⁰¹ Dans ce sens, pour le droit fédéral, COTTIER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 15.

²⁰² Outre la loi fédérale, il n'y a en Suisse que les lois BE, VD, GE et UR qui vont dans le même sens ; les huit autres lois déjà adoptées (JU, NE, VS, SZ, ZH, SO, AG et BS) se contentent d'un risque simple.

par l'organe public ». Même si sa formulation est différente, la règle correspond à celle de l'« entrave à l'exécution de mesures concrètes d'une autorité », que l'on trouve dans la loi fédérale et dans plusieurs lois cantonales²⁰³. Il ne s'agit plus de protéger les préparatifs d'une décision, mais les préparatifs relatifs à l'exécution de celle-ci²⁰⁴ ; ou, en d'autres termes, de protéger la phase qui succède à la décision et non plus celle qui la précède.

Sévèrement critiquée par la doctrine, pour laquelle elle permet tous les abus²⁰⁵, cette exception est à interpréter de manière particulièrement restrictive, comme l'exige expressément l'art. 26 al. 1 let. d : l'entrave potentielle doit, comme à la let. c, être « notable »²⁰⁶ et ne couvre donc clairement pas de simples complications dans la mise en œuvre d'une décision²⁰⁷. Quant au risque que cette entrave se concrétise, il doit, comme c'est le cas pour l'ensemble des situations visées à l'art. 26 al. 1, être sérieux²⁰⁸.

L'exception de l'al. 1 let. d vise essentiellement des activités d'inspection, de contrôle ou de surveillance dont le bon déroulement risque d'être compromis si les modalités en sont divulguées²⁰⁹. Elle devrait aussi permettre de couvrir des mesures d'exécution prises dans le domaine de l'environnement, p. ex. la protection des sites de reproduction d'espèces animales et végétales menacées²¹⁰.

²⁰³ Cf. art. 7 al. 1 let. b LTrans, art. 23 al. 1 let. c loi NE, art. 15 al. 2 let. d loi VS, § 6 al. 3 let. a loi SZ, § 23 al. 2 let. e loi ZH et § 29 al. 2 let. e loi BS.

²⁰⁴ Cf. pour le droit fédéral COTTIER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 23.

²⁰⁵ COTTIER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 24 ; FLÜCKIGER (2009), p. 778.

²⁰⁶ Parmi les lois qui, en Suisse, consacrent cette exception (cf. ci-dessus note 203), la LInf est la seule à donner cette précision.

²⁰⁷ Cf., pour le droit fédéral, COTTIER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 24, qui estime que le secret doit être la clé du succès des mesures en question.

²⁰⁸ Cf. ci-dessus n° 56.

²⁰⁹ *Message LInf*, p. 946 ; idem, pour le droit fédéral, COTTIER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 25. L'art. 3 § 1 let. e de la Convention de Tromsø prévoit la possibilité de limiter l'accès afin de protéger « les missions de tutelle, l'inspection et le contrôle par l'administration ».

Peuvent ainsi être concernés certains documents relatifs aux contrôles fiscaux, douaniers ou policiers, ainsi qu'aux inspections menées par les services sociaux, les responsables de la santé, de l'environnement ou du travail ou encore les examens scolaires et universitaires (cf. p. ex. *Rapport Tromsø*, n° 27).

²¹⁰ Pour le droit fédéral, cf. SIDLER/BALLY, p. 738 ; FLÜCKIGER (2009), p. 778, pour lequel il faut restreindre, vis-à-vis des documents environnementaux, son application à ce seul cas si on veut qu'elle soit conforme à la Convention d'Aarhus.

61. Le fait que l'accès puisse *compromettre la position de négociation* de l'organe public constitue la dernière des principales limites générales visant à protéger un intérêt public (*art. 26 al. 1 let. e*). C'est à nouveau une exception classique en Suisse où elle apparaît même, parfois, sous la forme d'une règle fixe²¹¹.

L'objectif est évident : les parties à une négociation, quelle qu'elle soit, doivent rester sur un pied d'égalité quant aux informations dont elles peuvent disposer²¹² ; une négociation ne peut en effet « pas être menée de manière efficace si une partie est contrainte d'abattre ses cartes avant même qu'elle ne commence »²¹³. Cela étant, toute négociation aboutissant forcément à une décision (au sens large), on peut se demander si cette exception ne fait pas un peu double emploi avec celle relative au processus décisionnel²¹⁴.

Quoi qu'il en soit, pour qu'une position de négociation soit susceptible d'être compromise, il faut que la négociation ne soit pas encore achevée ; il faut également que l'autre partie ne soit pas déjà au courant du document en question²¹⁵. L'exception est donc, comme celle relative au processus décisionnel, limitée dans le temps.

Pour le reste, la loi ne qualifie pas l'atteinte, qui doit donc simplement atteindre le minimum d'importance requis par toutes les exceptions de l'art. 26 al. 1²¹⁶. Elle ne précise en outre ni le type de négociation visé, ni les organes concernés : la nature des négociations en cause n'importe donc pas²¹⁷ ; et tous les organes entrant dans le champ d'application de la loi peuvent invoquer la disposition, pour autant qu'ils mènent des négociations.

²¹¹ Sous la forme d'une limite générale : art. 26 al. 2 let. c loi GE, art. 23 al. 2 let. d loi NE, art. 15 al. 2 let. e loi VS, art. 4 al. 1 let. d loi UR, § 6 al. 3 let. b loi SZ, § 23 al. 2 let. a loi ZH ; § 29 al. 2 let. d loi BS ; sous la forme d'une règle fixe : art. 8 al. 4 LTrans, § 13 al. 2 let. b loi SO et § 7 let. b loi AG.

²¹² *Message LInf*, p. 946.

²¹³ Cf., à propos de l'art. 8 al. 4 de la loi fédérale, *Message LTrans*, p. 1856.

²¹⁴ En tout cas, les Conventions d'Aarhus et de Tromsø, en dehors des dispositions relatives au secret des délibérations des autorités – qui servent à protéger le processus décisionnel – (art. 4 § 4 let. a Convention Aarhus ; art. 3 § 1 let. k Convention Tromsø ; cf. ci-dessus n° 59 et la note 196), ne contiennent aucune exception susceptible de protéger la capacité de négociation des organes publics.

²¹⁵ Dans ce sens, pour le droit fédéral, PFPDT, *Empfehlung vom 2.07.2007*, cons. II.B.3.

²¹⁶ Cf. ci-dessus n° 56.

²¹⁷ *Message LInf*, p. 946.

62. La liste des exceptions de l'art. 26 al. 1 n'est pas exhaustive.

La phrase introductive contient en effet un « notamment », comme c'est généralement le cas ailleurs en Suisse²¹⁸.

Largement débattu lors des travaux préparatoires²¹⁹, le caractère non-exhaustif des exceptions de cet al. 1 ne paraît pas injustifié : même si la formulation de ces exceptions est plutôt large, il n'est pas possible de garantir que toutes les situations sensibles ont été envisagées ; en outre, il semble préférable de motiver une décision en invoquant un intérêt bien réel mais différent de ceux mentionnés, plutôt que de tordre le texte existant pour faire rentrer dans les notions qu'il contient des éléments qu'à l'origine il ne vise pas²²⁰.

Ce d'autant plus que l'invocation d'un intérêt public différent de ceux mentionnés à l'art. 26 suppose de la part de l'organe public un effort important : il doit définir avec précision le nouvel intérêt et il doit démontrer son caractère prépondérant par rapport à l'intérêt du public à l'information²²¹.

Néanmoins, la liste définie par l'art. 4 § 4 de la Convention d'Aarhus est, elle, exhaustive²²². Une exception complémentaire ne sera donc compatible avec cette Convention que si elle correspond à l'un des motifs qui y sont énumérés.

63. Les exceptions de l'art. 26 al. 2 sont citées à part en raison de leur caractère particulier : elles découlent du caractère abusif ou disproportionné de la demande.

La let. a concerne les « demandes abusives ». C'est une exception qui n'apparaît pas dans les lois fédérale et cantonales²²³, non parce qu'elle est contestable dans son principe, mais bien plutôt parce que l'abus de

²¹⁸ Art. 29 al. 1 loi BE, art. 26 al. 2 loi GE, art. 5 al. 2 loi JU, art. 23 al. 2 loi NE, § 6 al. 3 loi SZ, art. 4 § 1 loi UR, § 23 al. 2 loi ZH, § 5 al. 2 loi SO, § 3 al. 1 ch. 1 loi AG, § 29 al. 2 loi BS. Il n'y a que les lois fédérale (art. 7 al. 1 LTrans), vaudoise (art. 16 al. 2 loi VD) et valaisanne (art. 15 al. 2 loi VS) qui ont une liste exhaustive.

²¹⁹ L'avant-projet de la Commission LInf (avant-projet du 9.10.06) contenait une variante de minorité supprimant le « notamment » ; dans l'avant-projet du 30.10.07 mis en consultation, cette variante avait disparu, mais lors de la consultation, deux partis politiques et les représentants des médias se sont déclarés en faveur d'une liste exhaustive.

²²⁰ Cf. *Message LInf*, p. 946.

²²¹ *Message LInf*, p. 946.

²²² FLÜCKIGER (2009), p. 775.

²²³ Sauf à l'art. 15 al. 4 loi VS. La Convention d'Aarhus cite également expressément cette exception (art. 4 § 3 let. a).

droit ressort déjà des principes généraux²²⁴. Les exemples cités expressément dans cette let. a ne sont pas suffisants en eux-mêmes pour justifier l'application de la règle : des demandes multiples ou répétées ne sont abusives que si elles visent des fins manifestement étrangères au droit d'accès (p. ex., perturbation du fonctionnement de l'administration). Ce sont donc ces fins qui doivent être mises en évidence.

La let. b fait référence à une « charge de travail ... manifestement disproportionnée », suivant ainsi le modèle de nombreuses lois cantonales²²⁵. Cette exception nécessite une pondération des intérêts en présence (d'un côté, intérêt du public à l'information ; de l'autre, accomplissement normal par l'organe public de ses tâches principales) et doit être utilisée en tenant compte du principe de proportionnalité (art. 25 al. 1) : dans la majeure partie des cas et pour autant que la demande ne soit pas abusive, l'accès devrait donc être différé plutôt que refusé purement et simplement²²⁶.

3) *Limites générales visant à protéger les intérêts privés*

64. Les limites générales visant à protéger les intérêts privés sont traitées aux art. 27 et 28 : art. 27 pour la protection des données personnelles, art. 28 pour les autres cas.

Sous réserve de la législation spéciale, les cas cités dans ces deux dispositions forment une *liste exhaustive*. Le législateur fribourgeois est cette

²²⁴ Dans ce sens *Message LTrans*, p. 1858.

²²⁵ Cf. les dispositions cantonales citées in FLÜCKIGER (2009), p. 773 note 142. En outre, l'art. 5 § 5 de la Convention de Tromsø prévoit une exception pour les demandes « manifestement déraisonnables ».

En revanche, la loi fédérale ne permet pas de limiter l'accès pour cette raison (COTTIER in BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 3 *in fine* ; elle ne prévoit que la possibilité de prolonger les délais, cf. art. 10 al. 4 let. c LTrans et art. 10 OTrans). Et il en va de même de la Convention d'Aarhus ; dès lors, selon FLÜCKIGER (2009), p. 773, l'exception « n'est compatible avec la Convention d'Aarhus que si elle est interprétée comme ne conduisant pas à exclure en soi les demandes complexes ou volumineuses mais qu'elle ne vise que les demandes abusives au sens de la Convention ».

²²⁶ Ce d'autant plus que, à Fribourg, les documents antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi sont soustraits du droit d'accès (art. 43). C'est en effet surtout pour ces derniers que le travail peut être disproportionné (cf. p. ex. TA GE, ATA/564/2008, cons. 12 ss). Car pour les documents postérieurs à cette entrée en vigueur, les systèmes de classement (art. 38 al. 1) devraient faciliter la recherche.

fois plus restrictif dans les exceptions que ce n'est généralement le cas ailleurs en Suisse²²⁷, sans qu'il ait donné d'explications détaillées à ce sujet ; il est sans doute parti de l'idée que, si la protection des données personnelles était assurée, l'ensemble des intérêts privés pouvant entrer en considération l'était aussi²²⁸.

En outre, la LInf ne contient pas de règles fixes (cas particuliers d'accès exclu) relatives à des intérêts privés²²⁹. Les « *dossiers personnels* » détenus par les organes publics, qu'il s'agisse de dossiers d'administrés ou de dossiers du personnel, ne sont donc pas en soi exclus du droit d'accès ; dès lors, sous réserve d'une disposition de la législation spéciale préexistante, chaque demande d'accès à un document faisant partie d'un tel dossier doit être examinée au regard des exceptions ordinaires. Néanmoins, dans la pratique, l'accès à un dossier personnel sera refusé dans la majorité des cas au nom de la protection des données personnelles²³⁰.

65. L'art. 27 axe la protection des intérêts privés sur la protection des données personnelles.

Elle le fait en prévoyant à la base une évaluation du risque d'atteinte à la protection des données personnelles (al. 1, phr. intr.). Ce risque s'évalue logiquement à l'aune de la LPrD, mais l'analyse tourne vite court :

- En soi, tout octroi d'accès à un document officiel contenant des données personnelles constitue une communication de données au sens de la LPrD²³¹.
- Les communications de données personnelles sont soumises à des conditions particulières (art. 10 ss LPrD) dont le non-respect est constitutif d'une atteinte à la protection des données.

²²⁷ La loi fédérale (art. 7 al. 1 LTrans) et la loi vaudoise (art. 16 al. 3 loi VD) ont une liste exhaustive. Ailleurs, la liste est exemplative : art. 29 al. 2 loi BE, art. 26 al. 2 loi GE, art. 5 al. 2 loi JU, art. 23 al. 3 loi NE, art. 15 al. 3 loi VS, § 6 al. 4 loi SZ, art. 4 § 2 loi UR, § 23 al. 3 loi ZH, § 5 al. 1 loi SO, § 3 al. 1 ch. 2 loi AG, § 29 al. 3 loi BS.

²²⁸ Cf. SCHWEIZER/WIDMER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 66 : s'il y a un risque d'atteinte à la sphère privée, c'est en principe dû à une communication de données personnelles, car le droit de la personnalité ne peut être lésé que si la personne est identifiée ou identifiable.

²²⁹ Cf. ci-dessous n° 72 ss ; tous les cas d'accès exclu prévus ou introduits par la LInf concernent en effet des intérêts publics.

²³⁰ Cf., pour le droit fédéral, PFPDT, Recommandation du 9.02.09, cons. II.B.1.

²³¹ Cf. ci-dessus n° 21 et *Message LInf*, p. 935.

– Or les art. 10 ss LPrD, qui n'ont pas été rédigés en fonction des problèmes relatifs à l'information du public, ne permettent précisément pas une communication de données personnelles dans le contexte du droit d'accès²³².

Dès lors, l'accès à des données personnelles ne pourrait pratiquement jamais être accordé si l'art. 27 al. 1 se contentait de cette simple évaluation. C'est pourquoi cette dernière est complétée par l'énumération de diverses situations (let. a – c) qui permettent de renverser le résultat de l'analyse et constituent en réalité l'élément central de l'art. 27 al. 1.

66. La *let. c* de l'art. 27 al. 1 est de loin la plus importante. Elle substitue à l'évaluation mentionnée dans la phrase introductive le principe de la **pondération des intérêts en présence** – intérêt du public à l'information d'une part, intérêt des personnes concernées au maintien du secret d'autre part –, marquant ainsi l'égalité constitutionnelle entre droit d'accès et protection des données²³³.

Cette balance des intérêts ne peut avoir lieu que dans le cas concret, en tenant compte notamment du caractère plus ou moins anodin des données concernées²³⁴, de la protection particulière accordée par la LPrD aux données sensibles²³⁵, du fait que les données en question ont été transmises volontairement ou non à l'administration²³⁶ et du facteur temps²³⁷. Elle est en outre facilitée par la présomption relative aux fonctions et activités professionnelles des membres des organes publics (art. 12), à laquelle renvoie l'art. 27 al. 2²³⁸.

²³² Cf. ci-dessus n° 21 et la note 72, ainsi que *Message LInf*, p. 935 et 940.

²³³ Cf. ci-dessus n° 20 et 22.

²³⁴ Cf., pour le droit fédéral, SCHWEIZER/WIDMER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 83 ; néanmoins, contrairement à la loi fédérale sur la protection des données (cf. art. 19 al. 2 LPD), la LPrD ne facilite pas la communication des données de base relatives à une personne (nom, prénom, adresse et date de naissance).

²³⁵ Cf. art. 8 LPrD ; la notion de « données sensibles » est définie à l'art. 3 let. c LPrD et recouvre les données sur les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales, sur la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race, sur des mesures d'aide sociale et, enfin, sur des sanctions pénales ou administratives et les procédures y relatives.

²³⁶ Cf., pour le droit fédéral, SCHWEIZER/WIDMER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 82 : les données qui n'ont pas été transmises librement à l'administration (car la personne était juridiquement tenue de les communiquer) jouissent d'une protection plus grande.

²³⁷ Cf. ci-dessus n° 52 note 169.

²³⁸ Cf. sur cette présomption ci-dessus n° 24.

67. Quant aux *let. a et b de l'art. 27 al. 1*, elles n'apportent rien de nouveau par rapport à l'art. 10 al. 1 LPrD. Hormis un élément fondamental : elles font expressément référence à la communication de données *au public*, précision indispensable pour qu'elles puissent être utiles dans le contexte du droit d'accès²³⁹. Il s'agit en fait de réserves : *réserve de la législation spéciale* à la let. a ; et *réserve du consentement* de la personne concernée à la let. b²⁴⁰.

68. Les *autres cas d'intérêt privé prépondérant* sont définis à l'art. 28. La formulation de la phrase introductive est plus catégorique qu'elle ne l'est à l'art. 26 al. 1 : elle ne fait pas allusion à un risque, mais à la survenance des états de fait prédéfinis aux let. a - c. Néanmoins, sur le fond, le mécanisme est similaire : on est toujours en présence de clauses générales, fondées sur l'évaluation d'une atteinte à des intérêts qualifiés de prépondérants par la loi (test du préjudice²⁴¹). Simplement, le risque d'atteinte se transforme ici en un constat d'atteinte, ce qui réduit un peu la marge de manœuvre de l'administration.

69. La protection des *secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication (art. 28 let. a)* est une limitation que l'on trouve un peu partout en Suisse²⁴². Elle a globalement pour but d'éviter que la révélation de certaines données transmises par des entreprises et des particuliers à l'administration, notamment dans le cadre de procédures de concessions, d'autorisations, de délégations de tâches publiques, de subventionnement etc., n'entraînent des distorsions de concurrence²⁴³ ou, au sens large, des dommages économiques²⁴⁴. La règle possède un équivalent dans la Convention d'Aarhus (art. 4 § 4 let. d), mais peut quand même poser des problèmes de compatibilité avec cette dernière lorsque des émissions dans l'environnement sont en cause²⁴⁵.

²³⁹ Cf. ci-dessus n° 21 et la note 72.

²⁴⁰ Cf. ég. ci-dessus n° 22.

²⁴¹ Cf. ci-dessus n° 53.

²⁴² Cf. art. 7 al. 1 let. g LTrans, art. 29 al. 2 let. c loi BE, art. 26 al. 2 let. i loi GE, art. 16 al. 3 let. c loi VD, art. 23 al. 3 let. b loi NE, art. 15 al. 3 let. b loi VS, § 6 al. 4 let. b loi SZ, art. 4 al. 2 let. b loi UR, § 5 al. 1 loi SO, § 3 al. 1 ch. 1 loi AG, § 29 al. 3 let. b loi BS.

²⁴³ Pour le droit fédéral, cf. COTTIER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 41.

²⁴⁴ L'art. 5 al. 2 let. a de la loi JU parle du risque de « causer un dommage économique ».

²⁴⁵ Cf., sur ce problème relativement complexe, l'analyse effectuée pour le droit fédéral par FLÜCKIGER (2009), p. 776 s.

Les secrets d'affaires (ou commercial) et de fabrication concernent surtout les entreprises. Bien que la notion soit utilisée également en droit pénal (art. 162 CP), en droit des obligations (p. ex. art. 321a al. 4 CO) et dans le domaine du droit de la concurrence (art. 6 LCD, art. 16 LCart), il n'en existe pas de définition légale²⁴⁶ et, pour plus de précisions, on doit se référer à l'interprétation de ces diverses dispositions ainsi qu'à la jurisprudence du Tribunal fédéral²⁴⁷. De fait, les secrets d'affaires et de fabrication pourront principalement être invoqués en présence d'informations commerciales « qui présentent effectivement un caractère confidentiel et que ces entreprises [les entreprises concernées] ont légitimement intérêt à voir garder confidentielles parce que leur divulgation serait la cause de distorsions de concurrence et, plus particulièrement, leur ferait perdre un avantage concurrentiel significatif »²⁴⁸.

Avec les secrets professionnels, on change un peu de domaine, l'objectif étant de protéger la confidentialité des informations relatives aux clients des professions concernées, notamment les professions libérales²⁴⁹. Il s'agit des professions citées à l'art. 321 CP, p. ex. avocats, notaires, médecins, pharmaciens, mais aussi, semble-t-il, d'autres professions telles que les architectes ou les psychologues²⁵⁰.

70. Le droit d'auteur apparaît deux fois dans la LInf. L'art. 23 al. 3 s'adresse, on l'a vu, aux bénéficiaires du droit d'accès²⁵¹. En revanche,

²⁴⁶ COTTIER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 42 note 48.

²⁴⁷ ATF 103 IV 283 cons. 2b : « Constitue un secret, au sens de ces dispositions, toute connaissance particulière qui n'est pas de notoriété publique, qui n'est pas facilement accessible, dont un fabricant ou un commerçant a un intérêt légitime à conserver l'exclusivité et qu'en fait il n'entend pas divulguer ... Il faut entendre par secrets de fabrication et secrets commerciaux des informations qui peuvent jouer un rôle sur le résultat commercial. Par secrets de fabrication, on entend les recettes et moyens de fabrication qui ne sont pas publics et qui revêtent une grande valeur pour le fabricant ; par secrets commerciaux, on entend la connaissance de sources d'achat et de ravitaillement, et celles relatives à l'organisation, la calculation du prix, la publicité et la production ». Cf. ég., p. ex., Commentaire romand du droit de la concurrence, Bâle 2002, J.-M. REYMOND, Art. 16 LCart n° 14 ss ; J. HURTADO POZO, Droit pénal partie spéciale, Genève/Zurich/Bâle 2009, n° 1678 ss.

²⁴⁸ PFPDT, Recommandation du 30.03.2010, cons. II.B.5.

²⁴⁹ COTTIER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 43.

²⁵⁰ COTTIER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 43.

²⁵¹ Cf. ci-dessus n° 47 : l'art. 23 al. 3 rappelle aux bénéficiaires du droit d'accès qu'ils ne peuvent utiliser les documents obtenus qu'en conformité avec la législation (fédérale) sur le droit d'auteur (LDA).

l'application de l'**art. 28 let. b** incombe aux organes publics, qui doivent refuser (totalement ou partiellement) l'accès lorsque celui-ci constitue une violation du droit d'auteur.

Les cas devraient être assez rares, car les auteurs de documents officiels consentent en principe implicitement à leur divulgation²⁵². Néanmoins, lorsqu'un document est parvenu à un organe public à l'insu de son auteur, on ne peut plus parler de consentement implicite à la divulgation ; dans une telle situation, l'organe public viole le droit d'auteur s'il octroie l'accès, notamment s'il fournit une copie du document²⁵³.

L'insertion d'une règle à ce sujet n'était sans doute pas indispensable²⁵⁴, car la LDA est directement applicable²⁵⁵ ; le rappel n'est cependant pas inutile, car c'est au stade de l'octroi ou du refus de l'accès que la question du droit d'auteur se pose en premier lieu²⁵⁶.

71. L'**art. 28 let. c** protège les *informations fournies librement* à un organe public par un tiers et qui sont au bénéfice d'une garantie de secret²⁵⁷. Cette exception est fondée sur le caractère libre de la communication des informations à l'administration : la personne (privée²⁵⁸) qui les a fournies n'aurait pas pu y être contrainte juridiquement, et l'organe public ne les détiendrait donc pas si le fournisseur ne l'avait pas voulu. Elle est cependant fortement limitée : il faut que l'organe public ait donné expressément une garantie de secret, soit conventionnellement dans le cas concret²⁵⁹, soit éventuellement de

²⁵² Cf. ci-dessus n° 47.

²⁵³ Cf. *Message LInf*, p. 947 ; BARRELET (2003), p. 157 s. et COTTIER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 61.

²⁵⁴ La loi fédérale et la plupart des lois cantonales n'y font d'ailleurs pas expressément allusion. A l'exception des lois SZ (§ 6 al. 4 let. b) et BS (§ 29 al. 3 let. b).

²⁵⁵ Son application résulte d'ailleurs de l'art. 25 al. 3.

²⁵⁶ BARRELET (2003), p. 161.

²⁵⁷ On retrouve, en Suisse, une exception identique sur le plan fédéral et dans plusieurs cantons (art. 7 al. 1 let. h LTrans, art. 23 al. 3 let. c loi NE, art. 15 al. 3 let. c loi VS, § 6 al. 4 let. a loi SZ, art. 4 al. 2 let. c loi UR, § 29 al. 3 loi BS). La Convention d'Aarhus prévoit une règle presque identique dans son art. 4 § 4 let. g (cf. SIDLER/BALLY, p. 738), dans une version toutefois allégée puisqu'elle n'exige pas la garantie de confidentialité.

²⁵⁸ Pour la LInf, cette précision découle directement de l'emplacement de la disposition. Elle est cependant aussi admise sur le plan fédéral, cf. COTTIER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 47 et la note 53.

²⁵⁹ C'est le seul cas admis par COTTIER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 7 n° 47.

manière générale pour certaines catégories d'information qui lui sont communiquées régulièrement à titre volontaire²⁶⁰.

4) *Cas particuliers*

a) En général

72. Les cas particuliers concernent des catégories de documents pour lesquels *la loi impose elle-même le secret* (exceptions dites « négatives », accès exclu) ou au contraire la transparence (exceptions dites « positives », garantie d'accès)²⁶¹. On retrouve des règles de ce type dans la loi fédérale et dans la plupart des lois cantonales²⁶², mais généralement en nombre plus restreint que dans la LInf.

Les garanties d'accès sont définies à l'art. 30 ainsi que, au besoin, dans la législation spéciale, de manière directe ou indirecte²⁶³. Comme elles ne soulèvent en soi guère de difficultés, elles ne font pas l'objet de développements dans la présente contribution²⁶⁴.

Quant aux règles qui excluent toute possibilité d'accès, la LInf en a créé huit en tout : cinq d'entre elles figurent directement aux art. 29 et

²⁶⁰ Dans ce sens OFJ, ch. 5.2.

²⁶¹ Cf., pour le droit fédéral, TAF, arrêt A-2165/2009, cons. 4.1.3.

²⁶² Cf. art. 8 LTrans ; dans les lois cantonales, l'exception relative aux procès-verbaux des séances non publiques revient p. ex. fréquemment (cf. ci-dessous note 295).

²⁶³ La LInf a introduit dans la législation spéciale des garanties directes d'accès pour les documents communaux : art. 22 al. 3 et 103^{bis} LCo (procès-verbaux des législatifs communaux), art. 84^{bis} al. 2 LCo (documents relatifs aux collaborations avec des tiers) ou art. 98e al. 4 LCo (rapports de révision), ainsi que les renvois à ces règles prévus dans les dispositions sur les bourgeoisies, les associations de communes ou les agglomérations.

Des garanties d'accès découlent également, de manière indirecte, du fait que la loi prévoit expressément la publicité de certains documents. La LInf a d'ailleurs aussi introduit des cas de ce genre : liens d'intérêts qui doivent être déclarés (cf. art. 13 s.), documents de travail des organes législatifs (art. 97 al. 1 LGC et art. 38 al. 4 LCo) et propositions mises au vote lors des délibérations des commissions parlementaires (art. 23 al. 2 LGC).

²⁶⁴ Cf., sur les cas de l'art. 30 (29 du projet), *Message LInf*, p. 948 s. Par rapport à l'art. 29 du projet, l'art. 30 n'a subi qu'une seule modification de fond : pour les rapports d'évaluation de l'al. 2 (qui étaient traités à l'origine dans la let. c de l'art. 29), le Grand Conseil a voulu éviter qu'une absence de décision sur les suites à donner à ces rapports ne paralyse la règle et a donc introduit un délai de six mois au-delà duquel la garantie d'accès devient automatiquement effective (cf. BGC 2009 p. 861).

43, et les trois dernières ont été insérées dans les dispositions de la législation spéciale consacrées aux documents concernés (art. 30 al. 3 LOCEA, art. 18 al. 2 LPers et art. 53 al. 3 LFE).

73. Ces cas particuliers ont pour point commun d'être *résolus par une règle fixe*²⁶⁵. Pour eux, le législateur a effectué lui-même la pondération des intérêts en présence et il a tranché la question de manière définitive²⁶⁶ et complète. L'organe saisi d'une demande n'a donc pas à se soucier de la proportionnalité de la restriction, déjà prise en compte par le législateur. Il n'a pas non plus à vérifier s'il existe exceptionnellement un intérêt supérieur justifiant la diffusion (ou, pour les cas d'accès garanti, un intérêt s'opposant exceptionnellement à cette diffusion)²⁶⁷.

Ce caractère absolu des règles fixes convient à des situations clairement délimitées et, surtout, restreintes. Il est en revanche moins adapté à des catégories de documents plus larges et relativement vagues. Car le législateur est alors trop éloigné du cas concret pour pouvoir se prononcer en toute connaissance de cause sur la question de savoir si l'intérêt général est mieux servi par la divulgation du document ou par sa non-divulgation ; et la proportionnalité de la règle devient alors sujette à caution.

74. Trois d'entre ces cas particuliers, on l'a vu, se distinguent précisément des autres par leur *caractère général*²⁶⁸ : pas d'accès aux documents reçus en copie, pas d'accès aux documents gouvernementaux avant la fin du processus décisionnel et pas d'accès aux documents antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi.

Ces trois exceptions ne figuraient pas dans l'avant-projet de la Commission LInf. Il s'agit en effet des limites complémentaires introduites par le Conseil d'Etat dans le texte avant sa mise en consultation²⁶⁹ ; par la

²⁶⁵ Cf. ci-dessus n° 52. Sur la notion de « règle fixe », voir FLÜCKIGER (2003), p. 227.

²⁶⁶ A propos des cas d'accès exclu de l'art. 8 LTrans, cf. MAHON/GONIN *in* BGÖ-Kommentar, Art. 6 n° 9 et Art. 8 n° 2 et 4 ; TAF, arrêt A-2165/2009, cons. 4.1.3.

²⁶⁷ Le législateur fribourgeois a renoncé à rédiger ces exceptions sous la forme de présomptions de refus d'accès, comme le faisait l'avant-projet de la Commission LInf (cf. art. 28 al. 1 de l'avant-projet du 9.10.2006 : « Ne sont pas accessibles, à moins que l'intérêt du public à l'information n'en justifie exceptionnellement la divulgation : ... »).

²⁶⁸ Cf. ci-dessus n° 53.

²⁶⁹ Cf. ci-dessus n° 16. Dans l'avant-projet mis en consultation, ces cas « particuliers » étaient présentés, en raison de leur « généralité », comme une catégorie

suite, deux d'entre elles ont fait l'objet de vives discussions²⁷⁰ et la plus importante (pas d'accès avant la fin du processus décisionnel) a été largement atténuée²⁷¹.

Leur nécessité peut certes être discutée. Du point de vue de la transparence, c'est indéniablement un retour en arrière : dans ces domaines, le législateur fribourgeois a voulu laisser au gouvernement et à l'administration la maîtrise complète de l'information et a donc maintenu le principe du secret. Or cela ne correspond pas vraiment au standard des lois sur la transparence déjà adoptées en Suisse et, on le verra, peut poser des problèmes au regard des Conventions d'Aarhus et de Tromsø le jour où elles seront ratifiées.

D'un autre côté, sous l'angle pratique, ces exceptions vont largement simplifier la tâche de l'administration et présentent l'avantage d'une certaine transparence dans l'énoncé des restrictions, ce qui n'est pas négligeable dans ce domaine²⁷².

75. Le *caractère absolu* des règles fixes est *un peu relativisé* par deux éléments :

Premièrement, on l'a vu, par le fait qu'il ne s'applique pas à l'information d'office²⁷³. Cela permet à l'organe public d'envisager spontanément une publication d'un document en soi « inaccessible » s'il estime que, dans un cas particulier, ce caractère ne se justifie pas.

Deuxièmement, par l'écoulement du temps. La LInf ne pose elle-même aucune limite temporelle à l'application des règles fixes qu'elle a établies, si l'on excepte le cas de l'art. 29 al. 2. Mais, en l'absence d'une loi générale sur l'archivage qui fait toujours défaut dans le canton de Fribourg, il faut admettre que, au-delà des délais fixés pour la consultation des archives²⁷⁴, les limites du droit d'accès tombent complètement²⁷⁵.

particulière d'exceptions, appelées « limites globales préalables ». Mais cela rendait le système des exceptions au droit d'accès trop complexe pour le lecteur, et il a paru préférable de le simplifier à l'échelon du projet, sans que cela ne change le caractère général des limites en question.

²⁷⁰ Cf. ci-dessous n° 80 note 279 et n° 93 note 314.

²⁷¹ Cf. ci-dessus n° 16 et ci-dessous n° 93 note 314.

²⁷² Cf. à ce propos notamment ci-dessous n° 95.

²⁷³ Cf. ci-dessus n° 50.

²⁷⁴ Pour les archives de l'Etat, la question est réglée par l'art. 20 al. 2, 1^{re} phr. LICE, qui laisse le soin au Conseil d'Etat de « frapper certains documents d'une réserve de consultation, dont la durée est adaptée aux besoins mais qui ne peut dé-

76. Enfin, l'analyse des *buts visés par ces exceptions* montre une certaine constance dans les objectifs visés :

– Elles sont presque toutes liées au principe de la libre formation de la volonté de l'organe public. Six règles fixes sur huit constituent en effet des cas d'application de l'exception générale relative à l'entrave au processus décisionnel (art. 26 al. 1 let. c). Avec deux conséquences par rapport à l'exception générale : la possibilité d'une atteinte au processus décisionnel n'a plus à être examinée dans le cas concret, et l'exclusion de l'accès n'est en outre plus limitée dans le temps (sauf dans le cas de l'art. 29 al. 2).

– On constate également, en poursuivant l'analyse, que sur ces six cas d'application de l'art. 26 al. 1 let. c, quatre concernent spécifiquement des documents du Conseil d'Etat et trouvent donc, de manière plus ou moins directe, leur justification dans le principe de la collégialité gouvernementale²⁷⁶.

77. Quoi qu'il en soit, les cas particuliers sont examinés en détail ci-dessous dans un ordre qui tient compte de cette *ratio legis* : d'abord, les deux exceptions qui ne sont pas liées aux risques d'atteintes au processus décisionnel ; puis les deux exceptions qui concernent ce processus de manière générale ; enfin, les quatre exceptions qui relèvent du principe de collégialité, en partant de la plus générale vers les plus spécifiques.

b) Documents antérieurs à la loi

78. L'*art. 43* exclut complètement du droit d'accès les documents antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi. Ce n'est qu'une disposition transitoire ; mais, pendant bien quelques années après l'entrée en vigueur de la loi, elle recouvrira une partie importante des documents détenus par les organes publics.

79. La solution est *reprise directement de la loi fédérale* (art. 23 LTrans), dans des termes semblables ou équivalents. Elle doit dès lors s'interpréter de la même manière et les considérations émises à ce

passer cent ans », et par les art. 5 ss du règlement sur concernant les Archives de l'Etat (RSF 481.1.11).

²⁷⁵ Cf., pour le droit fédéral, MAHON/GONIN in BGÖ-Kommentar, Art. 8 n° 22.

²⁷⁶ Cf. à ce sujet ci-dessus n° 27 ss.

sujet dans le Commentaire de la loi fédérale peuvent être reprises directement²⁷⁷ :

– Lorsque le document émane d'un organe soumis à la loi, il doit être considéré comme produit avant l'entrée en vigueur de cette dernière s'il était achevé à ce moment-là (c'est la fin du processus d'élaboration du document qui est déterminante, non son début).

– Lorsque le document a été reçu par un organe soumis à la loi, c'est la date de réception qui fait foi, si bien qu'un document produit avant l'entrée en vigueur de la loi peut être soumis au droit d'accès s'il est parvenu à l'organe après cette entrée en vigueur.

– Il incombe à l'organe public qui désire limiter ou refuser l'accès de prouver l'antériorité de la production ou de la réception du document.

80. L'introduction de cette disposition a fait l'objet de discussions aussi bien sur le plan fédéral²⁷⁸ que cantonal²⁷⁹. Au-delà des arguments avancés lors des débats²⁸⁰ et de leur bien-fondé²⁸¹, elle *soulève diverses questions* :

²⁷⁷ FÜZESSÉRY MINELLI in BGÖ-Kommentar, Art. 23 n° 11, 12 et 13.

²⁷⁸ Sur le plan fédéral, elle ne figurait pas dans le projet du gouvernement et a été ajoutée devant les Chambres, après que le Conseil fédéral s'y soit rallié, cf. BO CE 2003 p. 1142 s. et BO CN 2004 p. 1265 s. ; FÜZESSÉRY MINELLI in BGÖ-Kommentar, Art. 23 n° 1.

²⁷⁹ Sur le plan cantonal, voir n° 16 et 74. Devant le Grand Conseil, la proposition de la commission parlementaire (suppression de cette exception) fut rejetée en 1^{re} lecture après de longues discussions (BGC 2009 p. 863-866). En 2^e lecture, deux membres de la commission tentèrent alors de faire passer des amendements visant à atténuer la portée de la règle (amendement PEIRY, conservant le droit d'accès pour tous les documents postérieurs au 1^{er} janvier 2002 – date du début de la précédente législature – ; et amendement DE WECK, maintenant le droit d'accès pour tous les documents relatifs aux affaires pendantes), mais en vain (BGC 2009 p. 1238-1242).

²⁸⁰ *Arguments contre* l'insertion d'une telle règle : cela reporterait l'entrée en vigueur effective du principe de transparence de plusieurs années, voire d'une génération et cela empêcherait le renversement de culture ou de mentalité au sein de l'administration voulu par la nouvelle loi.

Arguments pour l'insertion d'une telle règle : bonne-foi de l'administration qui a travaillé avec l'idée que ses documents étaient secrets, nécessité de décharger l'administration en ne la soumettant pas à des obligations de recherches dans des dossiers anciens, protection des personnes privées qui auraient communiqué des documents en partant de l'idée qu'ils étaient couverts par le principe du secret et, enfin, non-rétroactivité des lois.

²⁸¹ Ainsi, l'invocation de la non-rétroactivité des lois, qui a constitué l'argument-massue des partisans de cette limite, laisse songeur. Car le principe de non-

– Non seulement elle n'est pas courante en Suisse²⁸², mais encore elle constitue clairement une dérogation aux standards internationaux en la matière²⁸³. Elle ne résistera donc pas à une ratification par la Suisse de la Convention d'Aarhus (pour les domaines relevant de cette convention)²⁸⁴ et/ou de la Convention de Tromsø.

– Elle se justifie difficilement pour les documents produits avant l'entrée en vigueur de la loi, mais qui sont toujours actifs après cette entrée en vigueur²⁸⁵ (p. ex., des directives qui n'ont pas été renouvelées mais qui restent applicables²⁸⁶). Pour ce type de documents, l'argument de la non-rétroactivité tombe d'autant plus à faux que l'on est en présence de documents durables, certes produits ou reçus avant l'entrée en vigueur de la loi mais dont les effets se poursuivent au-delà²⁸⁷.

– Elle est enfin particulièrement gênante pour les documents postérieurs au 1^{er} janvier 2009. L'art. 147 al. 1 Cst. cant. prévoit en effet qu'à cette date les adaptations de l'ancien droit à la nouvelle

rétroactivité des lois se rattache à la garantie de l'égalité de traitement (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, n° 1410) et, à ce titre, sert à protéger les particuliers contre l'Etat ; or, ici, il est invoqué pour protéger l'Etat contre les particuliers !

²⁸² En dehors de la loi fédérale, il n'y a guère que les lois UR et SZ qui la consacrent également.

²⁸³ FÜZESSÉRY MINELLI *in* BGÖ-Kommentar, Art. 23 n° 7.

²⁸⁴ La Confédération a déjà admis l'incompatibilité de cette règle avec la Convention d'Aarhus et, pour pouvoir adhérer à cette dernière, propose en l'état de paralyser les effets de l'art. 23 LTrans (cf. art. 10g LPE tel que proposé dans les documents mis en consultation en décembre 2009).

²⁸⁵ Les critères sur lesquels sont fondés les art. 43 LInf et 23 LTrans ne tiennent pas compte de l'utilisation des documents ; cette dernière peut donc intervenir après l'entrée en vigueur de la loi sans que cela influe sur l'application de l'exception (cf. TAF, arrêt A-4049/2009, cons. 9.3).

²⁸⁶ Dans un tel cas, l'accès pourra être refusé sur la base de l'art. 43. Mais à partir du moment où la directive est modifiée postérieurement à l'entrée en vigueur de la LInf, on doit admettre qu'il s'agit d'un nouveau document et qu'il devient accessible dans sa totalité. La règle n'a en effet pour but de permettre à l'organe public de prolonger indéfiniment le régime du secret en procédant à des modifications partielles.

²⁸⁷ De ce point de vue, l'amendement DE WECK précité (note 279) constituait une solution intéressante, susceptible d'être acceptée par certains partisans de la « non-rétroactivité » ; il a cependant succombé (de justesse) lorsqu'il a été opposé à la solution de la commission parlementaire (qui consistait à supprimer l'art. 43 – art. 42 du projet –), cf. BGC 2009 p. 1241 s.

Constitution doivent être entrées en vigueur. Or le droit d'accès ne sera une réalité dans le canton qu'à partir du 1^{er} janvier 2011. Le législateur pouvait-il dès lors vraiment soustraire du droit d'accès les documents produits ou reçus en 2009 et 2010²⁸⁸ ?

c) Documents reçus en copie

81. C'est une exception originale que le législateur fribourgeois a posée à l'**art. 29 al. 1 let. a**. La règle, qui exclut de l'accès « les documents qui n'ont pas été produits ou reçus à titre principal par un organe public soumis à la présente loi », n'a en effet pas d'équivalent dans le paysage des lois suisses, ni dans les lois étrangères consultées. Lors des travaux préparatoires, elle est un peu passée inaperçue, les discussions s'étant cristallisées autour des autres cas particuliers à connotation générale introduits par le Conseil d'Etat²⁸⁹.

82. Elle n'est *pas dénuée de logique*. Elle est en effet fondée sur l'idée selon laquelle un organe ne peut pas exercer une responsabilité à l'égard de documents dont il n'est ni le producteur ni un destinataire principal²⁹⁰ ; la responsabilité est donc renvoyée à qui de droit. Dans le contexte de la LInf, cette solution paraît d'autant plus justifiée qu'elle découle en fait directement des choix faits en matière de compétence : la LInf attribue au producteur d'un document ou, à défaut, à son destinataire principal la compétence de traiter une demande d'accès (art. 37 al. 1), et cela signifie implicitement qu'il n'y a pas d'organe compétent pour les documents reçus uniquement en copie²⁹¹.

²⁸⁸ Pour régler ce problème, c'est l'amendement PEIRY précité (note 279) qui constituait la bonne solution ; il a cependant été écarté lors du premier vote qui a eu lieu en 2^e lecture, cf. BGC 2009, p. 1241.

²⁸⁹ Lors de la consultation, elle a été contestée uniquement par des représentants des médias (Impressum Suisse, Impressum Fribourg et La Liberté), et la virulence des remarques émises n'atteignait pas celle des observations faites au sujet des autres cas particuliers à connotation générale. Elle a donc été maintenue dans le texte du projet. Par la suite, elle a fait l'objet d'un amendement devant la commission parlementaire, mais cet amendement a été refusé et, lors des débats en Grand Conseil, il n'y a pas eu de discussion (BGC 2009 p. 857).

²⁹⁰ *Message LInf*, p. 947.

²⁹¹ Le raisonnement devrait en soi être aussi valable, sur le plan fédéral, pour l'art. 10 al. 1 LTrans : l'organe qui n'a reçu qu'une copie du document n'est pas compétent et doit transférer la requête au producteur du document ou à son destinataire principal (HÄNNER in BGÖ-Kommentar, Art. 10 n° 21). Mais que se passe-t-il lorsque ni le producteur ni le destinataire principal ne sont soumis à la LTrans ?

83. La formulation utilisée à l'art. 29 al. 1 let. a a d'ailleurs été harmonisée avec celle de l'art. 37 al. 1. *Pour que l'accès soit exclu*, il faut donc que le document ait été produit par un organe non soumis à la loi, et que son destinataire principal soit également un organe non soumis à la loi.

Le critère de la soumission à la loi s'analyse naturellement de manière globale, sur la base de l'art. 2. Ainsi, un organe de l'Etat ne peut se fonder sur cette exception pour refuser l'accès à un document communal ; il doit simplement transférer la demande à la commune concernée.

Pour le reste, un document qui n'est ni produit ni reçu à titre principal par l'organe qui le détient est un document reçu en copie. Mais la notion de copie doit être interprétée restrictivement, dans la mesure où elle sert à limiter un droit fondamental²⁹². Pour cela, il faut interpréter largement celle de « destinataire principal » : le destinataire principal ne devrait pas être uniquement celui ou celle qui est désigné dans l'adresse du document, ce devrait être tout organe qui l'a reçu non pas à simple titre d'information mais pour le traiter d'une manière ou d'une autre.

84. Cela étant, même si elle découle assez logiquement des règles de compétence et même si elle est comprise dans le sens décrit ci-dessus, la règle ne paraît *pas compatible avec les Conventions d'Aarhus*²⁹³ et de Tromsø. Celles-ci s'appliquent en effet à respectivement toutes les informations ou tous les documents détenus par les organes publics, sans égard à leur producteur ou à leur destinataire²⁹⁴, et ne prévoient en outre aucun motif de refus susceptible d'être invoqué pour des documents reçus en copie.

d) Procès-verbaux des séances non publiques

85. La règle de l'*art. 29 al. 1 let. b* relative aux procès-verbaux des séances non publiques apparaît dans diverses lois cantonales²⁹⁵, mais

Comme cette dernière ne contient pas de règle comparable à l'art. 29 al. 1 let. a LInf, ne faut-il pas admettre que l'art. 10 al. 1 LTrans contient une lacune ?

²⁹² Cf. ci-dessus n° 39.

²⁹³ La non-compatibilité de cette règle avec la Convention d'Aarhus a expressément été relevée par FLÜCKIGER (2009), p. 771.

²⁹⁴ Cf. art. 4 § 3 let. a Convention d'Aarhus et art. 1 § 2 let. b Convention de Tromsø.

²⁹⁵ Cf. art. 20 al. 3 de la loi NE, art. 15 al. 5 de la loi VS (uniquement pour les séances des exécutifs), § 13 al. 2 let. a de la loi SO, § 7 let. a de la loi AG, § 6 al. 1 let. c de la loi SZ.

pas dans la loi fédérale. Elle figurait déjà dans l'avant-projet de la Commission LInf et n'a pas fait l'objet de la moindre contestation lors des travaux.

86. Son *champ d'application* n'est pourtant pas négligeable. D'une part, la notion de procès-verbal recouvre, en l'absence de définition légale, tout compte rendu d'une séance, qu'il soit officiel ou officieux (notes de séances), et qu'il soit approuvé ou non. D'autre part et surtout, en dehors des cas de l'art. 4 (assemblées relevant du pouvoir législatif, séances des organes délibératifs de personnes morales de droit public et débats judiciaires), les séances des organes publics – qu'il s'agisse d'organes exécutifs, de commissions ou d'organes purement administratifs – se tiennent en principe à huis clos (art. 5 al. 1)²⁹⁶.

87. Or, si le huis clos est souvent lié au principe de collégialité, à la nécessité de pouvoir s'exprimer en toute liberté ou, de manière générale, à la sauvegarde du processus décisionnel, il y a également bon nombre de situations dans lesquelles il s'impose non pas directement parce que le secret est nécessaire, mais essentiellement pour des raisons pratiques, parce qu'il serait trop compliqué d'organiser une publicité pour de simples réunions administratives.

L'art. 29 al. 1 let. b ne tient cependant pas compte de cette nuance et exclut du droit d'accès tous les procès-verbaux de ces séances, *sans égard au fait que l'intérêt du public à l'information* pourrait parfois l'emporter sur ces raisons pratiques. La règle est en outre valable sans tenir compte de l'écoulement du temps ni, le cas échéant, de la fin du processus décisionnel engagé lors des séances en question²⁹⁷.

88. La règle fixe de l'art. 29 al. 1 let. b pose donc expressément pour les procès-verbaux des séances l'équation « séance à huis clos = refus d'accès ». Mais, dans la mesure où elle se réfère uniquement aux procès-verbaux, elle empêche clairement l'extension de cette équation aux *documents préparatoires* des dites séances ; ceux-ci sont donc soumis aux règles ordinaires, sous réserve bien entendu d'une autre règle fixe (notamment art. 29 al. 1 let. c ou art. 29 al. 2).

²⁹⁶ Contrairement aux art. 5 ss de la loi GE, les art. 4 ss LInf n'établissent pas de distinction entre une séance non publique et une séance à huis clos ; les deux termes sont synonymes dans le contexte de la loi fribourgeoise.

²⁹⁷ Cela étant, l'exception de l'art. 29 al. 1 let. b ne devrait pas poser de problème sous l'angle de la Convention d'Aarhus ; elle semble couverte par les art. 4 § 3 let. c et § 4 let. a de cette dernière.

e) Contenu subjectif des notes internes

89. L'art. 29 al. 1 let. c est consacré aux notes internes. Les notes ou documents internes, étroitement liés au processus décisionnel des organes publics et à la notion de document préparatoire, font l'objet de vives discussions en relation avec le principe de transparence, avec des solutions variables de pays à pays²⁹⁸. Sur le plan international, ils sont cités expressément par la Convention d'Aarhus²⁹⁹, mais pas directement par la Convention de Tromsø. En Suisse, ils apparaissent rarement dans les lois sur la transparence : la loi fédérale y a renoncé³⁰⁰ et seules deux ou trois lois cantonales y font référence³⁰¹.

90. Dans la LInf, l'exception relative aux notes internes est **fortement nuancée** : sont soustraits du droit d'accès, non pas toutes ces notes, mais uniquement « les réflexions individuelles, échanges de vues et avis de nature politique ou stratégique exprimés dans les notes internes servant aux discussions des organes publics ».

Cette formulation résulte essentiellement des discussions devant la Commission LInf³⁰². Lors de la consultation, le flou de la règle et les difficultés d'interprétation qu'elle va engendrer sont relevés, ainsi que le caractère « tortueux » des explications complémentaires fournies.

²⁹⁸ Cf. l'étude (sommaire) effectuée en 2003 par la Commission européenne, intitulée « Analyse comparative des législations des États membres et des pays candidats en matière d'accès aux documents », publiée sur Internet à l'adresse http://ec.europa.eu/transparency/access_documents/docs/compa.pdf, pt. 2.4.

²⁹⁹ L'art. 4 § 3 let. c de la Convention d'Aarhus permet, avec quelques cautèles, de refuser une demande qui « concerne les communications internes des autorités publiques ».

³⁰⁰ Cf. *Message LTrans*, p. 1840.

³⁰¹ L'art. 4 al. 3 de la loi JU exclut de la notion de document officiel les « rapports et notes internes échangées entre services ». L'art. 9 al. 2 de la loi VD exclut du droit d'accès les « documents internes, notamment les notes et courriers échangés entre les membres d'une autorité collégiale ou entre ces derniers et leurs collaborateurs ». Enfin, l'art. 26 al. 3 de la loi GE n'emploie pas directement le mot « interne », mais exclut quand même du droit d'accès « les notes échangées entre les membres d'une autorité collégiale ou entre ces derniers et leurs collaborateurs ».

³⁰² Point de départ de ces discussions : chaque membre ou presque de la Commission ayant sa propre conception de la note interne, celle-ci ne peut être utilisée telle quelle dans une règle qui doit respecter les exigences de précision nécessaires pour limiter un droit fondamental (art. 38 Cst. cant.). La Commission LInf s'est dès lors attelée à la recherche de précisions acceptables. Cf. ég. à ce sujet *Message LInf*, p. 948.

Dans le projet définitif, le Conseil d'Etat la conserve néanmoins avec une légère adaptation et, devant le Grand Conseil, elle n'a plus été remise en cause, le débat s'étant concentré sur d'autres exceptions. Sa portée pratique sera sans doute réduite en raison de l'art. 29 al. 2, qui n'existait pas dans l'avant-projet de la Commission LInf.

91. Les *conditions* qui doivent être remplies pour que l'exception soit applicable sont les suivantes :

– Il faut tout d'abord que le document en question soit une note interne. La notion, on l'a vu, est floue. Dans le canton du Jura, elle serait identique à celle retenue par la jurisprudence en relation avec le droit de consulter le dossier : « Par documents internes, il faut comprendre les pièces qui ne constituent pas des moyens de preuve pour le traitement du cas, mais qui servent au contraire exclusivement à la formation interne de l'opinion de l'administration et sont destinées à un usage interne, tels que notes, avis personnel donné par un fonctionnaire à un autre, projets, rapports, propositions, etc. »³⁰³. Mais cette définition, reprise de celle du Tribunal fédéral³⁰⁴, est fondée sur la distinction d'avec des moyens de preuve et axée sur l'adoption de décisions individuelles et concrètes, alors que le domaine du droit d'accès est beaucoup plus large³⁰⁵. Sa transposition en matière de droit d'accès doit donc être prise avec prudence, même si on ne dispose guère d'autre définition susceptible de faire l'unanimité³⁰⁶.

– Il faut ensuite que cette note « serve aux discussions des organes publics ». Le critère est beaucoup plus large que celui, également axé sur l'usage du document, qui a été retenu à l'art. 29 al. 2. Si large que son utilité est discutable : les documents destinés à l'usage personnel sont déjà soustraits du droit d'accès en vertu de l'art. 22 al. 3³⁰⁷ ; et si une note interne n'entre pas dans cette dernière catégorie, à quoi d'autre qu'aux discussions des organes publics peut-elle bien servir³⁰⁸ ?

³⁰³ Commission jurassienne de la protection des données, décision du 1.09.2004 *in* RJJ 2004 p. 213 ss, cons. 3.1.2.

³⁰⁴ ATF 125 II 453 / JdT 2001 I 322, cons. 4a.

³⁰⁵ En outre, même en procédure administrative, la distinction entre notes internes et autres documents est une question controversée dans la doctrine, cf. les références données dans l'ATF précité ou dans le *Message LTrans*, p. 1840.

³⁰⁶ Dans le même sens TA VD, arrêt GE.2005.0145 du 3.02.2006, cons. 4.b.cc.

³⁰⁷ Cf. ci-dessus n° 45.

³⁰⁸ L'avant-projet de la Commission LInf faisait référence aux « discussions préliminaires des organes publics », ce qui excluait toutes les discussions finales,

– Il faut encore que la note contienne des « réflexions, échanges de vues et avis ». Ces éléments ont pour point commun d’être des appréciations subjectives, par opposition aux éléments factuels, aux données techniques ou purement juridiques³⁰⁹, bref aux parties d’un document qui sont, pour autant que faire se peut, objectivement vérifiables³¹⁰.

– Enfin, le contenu subjectif de ces notes doit revêtir une « nature politique ou stratégique »³¹¹. La précision a son importance, car les organes s’occupant d’aspects politiques ou stratégiques sont en nombre limités : seules les notes servant à leurs discussions sont par la force des choses concernées, pour autant bien entendu qu’elles concernent de tels aspects.

92. Une fois que ces conditions sont remplies, l’art. 29 al. 1 let. c peut s’appliquer. Mais il ne permet pas d’opposer un refus total au demandeur ; il permet seulement de *restreindre l’accès* au document en éliminant de ce dernier les appréciations subjectives à caractère politique ou stratégique. Le reste de la note, soit essentiellement les éléments objectifs (ainsi que d’éventuelles appréciations subjectives ne revêtant pas un caractère politique ou stratégique), reste accessible aux conditions usuelles.

f) Documents gouvernementaux avant la fin du processus décisionnel

93. La règle de l’*art. 29 al. 2* est inspirée de la loi fédérale³¹², mais on ne la retrouve en principe pas dans les lois des autres cantons³¹³.

aboutissant formellement aux décisions. Mais l’adjectif « préliminaires » a été supprimé par le Conseil d’Etat avant la mise en consultation.

³⁰⁹ L’accès à un avis de droit ne devrait dès lors pas pouvoir être refusé sur la base de l’art. 29 al. 1 let. c (contrairement à ce qui prévaut à Genève, où le Tribunal a admis que l’accès à un avis de droit pouvait être refusé sur la base de l’art. 26 al. 3 de la loi GE – pas d’accès aux notes échangées entre les membres d’une autorité collégiale et leurs collaborateurs –, cf. TA GE, ATA/295/2010, cons. 7).

³¹⁰ Cf. ég. *Message LInf*, p. 948.

³¹¹ Cette qualification a été ajoutée par le Conseil d’Etat après la consultation, en s’inspirant de la jurisprudence vaudoise (cf. TA VD, arrêt GE 2005.0145 du 3.02.2006, cons. 4.b.aa *in fine* et 4.b.ee).

³¹² Cf. art. 8 al. 2 LTrans ; sur l’historique de cette disposition, dont la teneur actuelle résulte des discussions aux Chambres fédérales, cf. MAHON/GONIN *in* BGÖ-Kommentar, Art. 8 n° 27.

³¹³ Hormis FR, seuls deux cantons ont repris une solution similaire (art. 7 al. 1 loi UR) ou proche (§ 7 let. b loi AG) de celle de la LTrans.

Elle a fait l'objet de vives discussions lors des travaux préparatoires, aussi bien lors des phases préalables que devant les organes du Grand Conseil³¹⁴. Pour le Conseil d'Etat, elle a probablement constitué le **point le plus crucial de toute la loi**, avec comme objectif de ne pas porter atteinte à la sérénité des prises de décision³¹⁵.

94. Cette exception, qui n'a pas subi de modification par rapport au projet du Conseil d'Etat, comporte **trois composantes** :

– Premièrement, elle concerne les documents qui servent à la préparation des décisions. Le but est donc le même qu'à l'art. 26 al. 1 let. c (protection du processus décisionnel), même si le moyen est plus radical. Dès lors, c'est l'ensemble des décisions politiques et administratives qui sont visées, et non seulement les décisions au sens technique³¹⁶. En revanche, la phase de préparation de la décision et le lien entre le document et cette phase sont des notions qui doivent, elles, être interprétées de manière restrictive, faute de quoi la règle ne serait plus guère compatible avec les buts de la loi³¹⁷. Il faut notamment que le document soit rattaché par un lien direct et immédiat à la phase préparatoire et qu'il revête une importance matérielle significative pour l'adoption de la décision³¹⁸.

– Deuxièmement, elle ne s'applique qu'aux décisions des organes gouvernementaux (Conseil d'Etat, conseils communaux et exécutifs intercommunaux). C'est donc essentiellement le principe de collégialité des

³¹⁴ Cf. ci-dessus n° 16. Le Conseil d'Etat reprend tout d'abord dans son avant-projet la règle très large de l'art. 8 al. 2 LTrans (pas d'accès avant la décision). Après la consultation, il l'atténue nettement en la limitant aux dossiers gouvernementaux (*Message LInf*, p. 931 et 948). Puis la Commission parlementaire propose, à l'unanimité, sa suppression pure et simple (BGC 2009 p. 857 s.). Le Conseil d'Etat ne se rallie pas et les discussions en plénum sont animées (BGC 2009 p. 857-861, 1^{re} lecture, et p. 1236-1238, 2^e lecture), mais le Grand Conseil tranche finalement en faveur du gouvernement (BGC 2009 p. 860 et 1238 ; cf. ég. ci-dessus note 47).

³¹⁵ *Message LInf*, p. 948 ; le Commissaire du gouvernement insistera à de nombreuses reprises sur cette nécessaire sérénité, cf. BGC 2009 p. 850, 858, 860 et 1236 et 1237 s., et il ne sera pas le seul (voir ci-dessus n° 16 et la note 49).

³¹⁶ *Message LInf*, p. 948. Pour le droit fédéral, voir MAHON/GONIN in BGÖ-Kommentar, Art. 8 n° 29.

³¹⁷ Dans ce sens, pour le droit fédéral, MAHON/GONIN in BGÖ-Kommentar, Art. 8 n° 30, qui relèvent qu'à défaut d'une telle exigence, presque n'importe quel document administratif est susceptible d'être en lien avec une décision.

³¹⁸ Pour le droit fédéral, cf. MAHON/GONIN in BGÖ-Kommentar, Art. 8 n° 30 ; PFPDT, Recommandation du 18.12.2007, cons. II.B.3, qui parle d'un « lien temporel et matériel avec une décision pendante ».

exécutifs qui la justifie³¹⁹. Elle est ainsi nettement moins restrictive que son modèle fédéral³²⁰ : les documents relatifs aux décisions prises aux échelons inférieurs (Direction, unité administrative, commission) restent en effet soumis aux règles ordinaires. En pratique, la ligne de démarcation entre les documents relatifs aux décisions des organes gouvernementaux et les documents relatifs aux décisions des organes administratifs est parfois floue. Elle devra être fixée, on l'a vu, sur la base d'une définition étroite de la phase préparatoire : cette phase ne recouvre pas les travaux effectués aux échelons inférieurs et aboutissant à des décisions préalables ou intermédiaires de la part de ces derniers, mais uniquement la préparation concrète de la décision du Conseil d'Etat ou du conseil communal. Il ne suffit donc pas que le document soit lié de près ou de loin à une affaire qui relève en fin de compte de l'exécutif cantonal ou communal ; il faut que le dossier en soit arrivé au stade où il est préparé en vue de sa transmission à l'exécutif pour décision³²¹.

– Troisièmement, elle ne s'applique que jusqu'au moment où la décision est prise. Il s'agit donc d'un motif de refus d'accès dont la portée est limitée dans le temps, en quelque sorte d'une paralysie momentanée du droit d'accès. Passé le cap de la décision, les règles ordinaires redeviennent applicables, et c'est sur elles qu'un éventuel refus d'accès devra alors être fondé³²² ; sous réserve bien entendu de l'entrée en jeu, toujours possible, d'une autre limite particulière³²³.

³¹⁹ *Message LInf*, p. 948.

³²⁰ En réalité, sous réserve de la troisième composante (temporelle), elle est comparable à l'art. 8 al. 1 (pas d'accès aux documents de la procédure de corapport) plutôt qu'à l'art. 8 al. 2 LTrans (pas d'accès avant la décision). Les documents servant à la préparation des décisions du Conseil d'Etat correspondent en effet, sur le plan fédéral, aux documents de la procédure de corapport prévue pour le Conseil fédéral, cf. ci-dessous n° 97.

³²¹ En ce qui concerne le Conseil d'Etat, la transmission d'une proposition au collège pour prise de décision se fait conformément aux art. 29-31 LOCEA. Ainsi, p. ex., un avant-projet d'une Direction qui fait l'objet d'une consultation interne avant d'être remanié en vue de sa soumission au Conseil d'Etat doit être considéré non pas comme un document « gouvernemental » mais comme un document de la Direction.

Il paraît possible de reprendre ici comme critère celui retenu sur le plan fédéral pour définir le point de départ de la procédure de corapport (signature par le département compétent de la proposition), cf. ci-dessous n° 97.

³²² MAHON/GONIN *in* BGÖ-Kommentar, Art. 8 n° 33.

³²³ Cas particuliers de l'art. 29 al. 1, mais aussi ceux prévus par la législation spéciale, notamment par les art. 30 al. 3 LOCEA, 18 al. 2 LPers et 53 al. 3 LFE.

95. Nettement moins restrictive que l'art. 8 al. 2 LTrans, la règle de l'art. 29 al. 2 est-elle beaucoup plus limitative que la moyenne des lois cantonales ? En théorie, certainement ; en pratique, c'est parfois moins évident.

La situation qui prévaut dans le canton de Vaud a ainsi beaucoup frappé les esprits au sein du Conseil d'Etat fribourgeois. La loi vaudoise ne prévoit certes pas de règle fixe concernant l'accès avant décision et se contente du critère général de l'atteinte au processus décisionnel³²⁴. Mais l'Exposé des motifs du projet commentait ce critère général comme si on était en présence d'une règle fixe au champ d'application extrêmement large³²⁵.

Si l'idée est de refuser systématiquement l'accès avant la décision sur la base du critère général, il est alors plus « transparent » de la part du législateur de prévoir une règle fixe, ce que n'a pas manqué de relever le Commissaire du gouvernement devant le Grand Conseil³²⁶.

g) Documents de la procédure de corapport

96. La LInf a modifié l'**art. 30** de la loi sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration (**LOCEA**) pour y insérer le principe selon lequel les documents de la procédure de corapport sont exclus du droit d'accès³²⁷.

La procédure de corapport est un mode de traitement des dossiers à l'échelon gouvernemental qui « doit permettre au Conseil d'Etat de concentrer ses délibérations sur les aspects essentiels de l'affaire » (art. 30 al. 2 LOCEA). C'est donc à nouveau le principe de collégialité qui la justifie et, d'ailleurs, les documents de cette procédure relèvent en soi déjà de l'art. 29 al. 2. Leur exclusion du droit d'accès a ainsi pour unique effet d'étendre la portée de l'art. 29 al. 2 au-delà de la décision du Conseil d'Etat (suppression de la limite temporelle).

³²⁴ Cf. art. 16 al. 2 let. a loi VD.

³²⁵ Exposé des motifs et projet de loi sur l'information du 17 décembre 2001, BGC_VD 2002 p. 2634 ss, 2655 : « Tous les documents qui doivent faire l'objet d'une décision du Conseil d'Etat sont par définition soustraits au principe de transparence avant que le Conseil d'Etat n'ait pu formellement prendre sa décision ».

³²⁶ BGC 2009, p. 860 ; cf. ég. p. 1236.

³²⁷ La règle, introduite dans l'avant-projet par le Conseil d'Etat, n'a pratiquement pas été contestée. Lors de la consultation, Impressum Fribourg a certes fait remarquer qu'elle était exagérée, mais son intervention était un peu esulée et l'est restée par la suite.

97. Cette exclusion semble être reprise directement du droit fédéral. L'**art. 8 al. 1 LTrans** prévoit en effet que « le droit d'accès n'est pas reconnu pour les documents officiels afférents à la procédure de co-rapport ».

Or les effets de l'art. 8 al. 1 LTrans sont très étendus. Par principe, toutes « les affaires que le Conseil fédéral doit trancher sont soumises aux membres du Conseil fédéral pour co-rapport » (art. 15 al. 1 LOGA). L'art. 8 al. 1 LTrans signifie donc que le principe de transparence ne s'applique pas aux documents officiels servant à préparer les décisions du Conseil fédéral³²⁸.

Deux éléments sont alors déterminants pour l'application de cette disposition :

– Le point de départ de la procédure de co-rapport. Après quelques tergiversations³²⁹, il a été fixé au « jour où le département compétent signe sa proposition »³³⁰. Cela signifie que les travaux préparatoires antérieurs, et notamment le projet de proposition de l'office fédéral compétent³³¹, ne sont en principe pas concernés par cette exception.

– La proximité entre le document et la procédure de co-rapport. En théorie, tout le monde se rejoint sur les points suivants : les documents préparatoires essentiels, ceux qui révèlent les avis individuels des membres du collège, sont clairement visés par l'art. 8 al. 1 LTrans³³² ; en revanche, les pièces annexes jointes aux propositions des Départements – notamment les sources qui ont permis leur rédaction – ne sont, elles, pas considérées comme des « documents officiels afférents

³²⁸ *Message LTrans*, p. 1855. Il constitue de ce fait, malgré son emplacement, une règle spéciale par rapport à l'art. 8 al. 2 LTrans (pas d'accès avant la décision), cf. MAHON/GONIN in BGÖ-Kommentar, Art. 8 n° 9 et 22.

³²⁹ Le Message affirmait que cette procédure commençait « avec la remise des documents de l'office au chef de département » (*Message LTrans*, p. 1855).

³³⁰ Art. 5 al. 1^{bis} OLOGA ; cf. MAHON/GONIN in BGÖ-Kommentar, Art. 8 n° 18 et TF, arrêt 1C_522/2009, cons. 2.3.1.

³³¹ MAHON/GONIN in BGÖ-Kommentar, Art. 8 n° 19 ; TAF, arrêt A-4049/2009 cons. 8.1 ; idem TF, arrêt 1C_522/2009, cons. 2.3.3, qui mentionne également les documents de la consultation des offices.

³³² Sont principalement cités la proposition signée du chef de département, les co-rapports des autres départements et de la Chancellerie fédérale, les éventuelles réponses (répliques et duplicques) et projets de réponses, les feuilles d'accompagnement, les notes des conseillers fédéraux, de leurs conseillers personnels ou d'autres collaborateurs ; cf. MAHON/GONIN in BGÖ-Kommentar, Art. 8 n° 20 ; TAF, arrêt A-2165/2009 cons. 4.1.5 et arrêt A-4049/2009 cons. 8.1 ainsi que les références citées ; idem TF, arrêt 1C_522/2009, cons. 2.3.3.

à la procédure de co-rapport »³³³. Mais, en pratique, la question de savoir si un document constitue une simple annexe ou un élément essentiel de la proposition au Conseil fédéral est sujette à discussion ; le Tribunal fédéral vient de rendre un arrêt à ce sujet, affirmant la nécessité d'interpréter l'art. 8 al. 1 LTrans conformément à ses buts³³⁴.

98. Cela étant, ces considérations propres au droit fédéral ne peuvent pas être reprises telles quelles sur le plan fribourgeois.

Il y a en effet une différence fondamentale entre la procédure de corapport telle qu'elle est comprise à la Confédération et la *procédure de corapport prévue par la LOCEA* : dans le premier cas, il s'agit d'une procédure généralisée qui s'applique, on l'a vu, à toutes les affaires du Conseil fédéral, alors que, dans le second cas, il s'agit d'une procédure limitée à quelques situations particulières, « lorsque l'importance ou la nature de l'affaire le justifie » (art. 30 al. 1 LOCEA). Ces situations sont d'ailleurs tellement exceptionnelles à l'échelon fribourgeois que, à ce jour (soit plus de huit ans après l'entrée en vigueur de la LOCEA), le Conseil d'Etat n'a toujours pas jugé utile de les définir (conformément à ce qu'exige l'art. 30 al. 3, 1^{re} phr., LOCEA) ; la procédure de corapport n'existe donc tout simplement pas dans la réalité fribourgeoise.

99. Il ne saurait dès lors être question de tirer un parallèle entre les textes fédéral et fribourgeois pour appliquer l'art. 30 al. 3, 2^e phr., LOCEA à l'ensemble des propositions transmises par les Directions au Conseil d'Etat pour décision. Ces propositions sont déjà au béné-

³³³ PFPDT, Empfehlung vom 17.12.2004, cons. II.B.5 ; Recommandation du 22.04.2009, cons. II.B.3 ; Recommandation du 9.02.2009, cons. I.6. TAF, arrêts A-2165/2009, cons. 4.1.5 et A-4049/2009 cons. 8.1. TF, arrêt 1C_522/2009, cons. 2.3.3.

³³⁴ TF, arrêt 1C_522/2009 rendu le 19 mai 2010.

Dans un premier temps, le Tribunal administratif fédéral avait appliqué l'art. 8 al. 1 LTrans en partant de l'idée que le document demandé ne constituait pas une simple annexe, mais le document principal de la procédure de co-rapport (TAF, arrêt A-2165/2009, cons. 4.2, critiqué par B. COTTIER, Commentaire *in* Medialex 2009 p. 230 s.).

Le Tribunal fédéral, à une voix près si l'on en croit le compte-rendu des débats fourni par la presse le lendemain de la décision (A. RUF, La Liberté du 20.05.10), est arrivé à la conclusion inverse. Sa décision est motivée principalement par deux éléments : d'une part, les documents sont antérieurs à l'ouverture de la procédure ; d'autre part, le secret instauré par l'art. 8 al. 1 LTrans se limite au processus délibératif (protection du principe de collégialité et du secret des délibérations) et la consultation des documents en question ne révèle rien sur la procédure ayant abouti à la décision du Conseil fédéral (cons. 2.3.4).

fice d'une règle qui leur est spécifiquement consacrée : celle de l'art. 29 al. 2, dont les effets dans le temps sont limités.

L'art. 30 al. 3 LOCEA restera donc lettre morte jusqu'au jour où la procédure de corapport aura été formellement introduite. Ce jour-là, il ne devrait normalement s'appliquer qu'aux éléments liés spécifiquement à ce type de procédure, soit essentiellement la mise en évidence des éventuels points de divergence qui peuvent exister dans un dossier avant la discussion au sein du collège et les prédéterminations des membres du Conseil d'Etat avant la séance³³⁵.

h) *Rapports Evalfri et rapports de l'Inspection des finances*

100. La LInf a également introduit dans la législation spéciale deux règles fixes qui soustraient entièrement du droit d'accès certains **rapports administratifs** établis à l'intention du Conseil d'Etat : il s'agit des rapports établis par la Commission d'évaluation et de classification des fonctions du personnel de l'Etat (rapports Evalfri, **art. 18 al. 2 LPers**) et des rapports de l'Inspection des finances (**art. 53 al. 3 LFE**). Ces deux modifications de lois ont suivi le même parcours : elles sont apparues dans le texte légal seulement au stade du projet définitif, sur demande des services concernés, et la Commission parlementaire a proposé en vain leur suppression pure et simple³³⁶. A nouveau, elles ont pour effet d'étendre la portée de l'art. 29 al. 2 en supprimant toute limite temporelle à l'exclusion de l'accès.

101. Les **arguments** avancés lors des travaux pour les justifier sont largement similaires : il s'agit de documents destinés (principalement) au Conseil d'Etat, qui revêtent un caractère technique, sont difficilement compréhensibles pour le public sans explications complémentaires et peuvent susciter des interprétations erronées ; en outre, leurs auteurs doivent pouvoir s'y exprimer en toute liberté et y consigner des remarques qui ne sont pas destinées au public³³⁷. Certains de ces arguments motivent déjà l'exception de l'art. 29 al. 2. Mais les autres

³³⁵ Il s'agit des éléments directement invoqués à l'appui de la modification de l'art. 30 LOCEA par le *Message LInf*, p. 955.

³³⁶ BGC 2009, p. 868 et 1242 (LPers) et p. 903 s. et 1243 s. (LFE).

³³⁷ *Message LInf*, p. 955 et 959, ainsi que les débats parlementaires cités à la note précédente. On retrouve une argumentation largement similaire à Neuchâtel, p. ex., où les rapports du Contrôle cantonal des finances ont également été soustraits du droit d'accès (art. 24 de la loi sur le contrôle des finances ; cf. Rapport du Conseil d'Etat, BGC_NE 2006-2007, p. 867 ss, 883 s.).

peinent à justifier un refus systématique d'accès après la décision³³⁸. Ce qui prouve en quelque sorte l'utilité des art. 18 al. 2 LPers et 53 al. 3 LFE, à défaut de leur opportunité.

C. Procédure et mise en œuvre

102. Les dispositions relatives à la procédure et à la mise en œuvre occupent onze articles de la LInf (art. 31 à 36 et art. 37 à 41). Elles doivent être encore précisées à l'échelon réglementaire et demandent surtout à être testées dans la pratique. En l'état, on peut donc se contenter de relever quelques points particuliers.

1) Déclenchement de la procédure

103. La procédure peut être *déclenchée par n'importe qui*³³⁹ : toute personne bénéficie d'office de la légitimation active lui permettant de requérir un document et d'obtenir au besoin une décision ainsi que, ultérieurement, de la qualité pour recourir à l'encontre d'une décision totalement ou partiellement négative (art. 76 let. a CPJA)³⁴⁰.

104. Le point de départ de la procédure est donc une *demande d'accès* à un document (art. 31), qui doit tout d'abord être identifiée comme telle. Car la LInf ne contient pas de définition précise et pratique de ce qu'est une telle demande³⁴¹. En outre, le demandeur cherchera souvent des informations sans savoir si elles sont consignées ou non dans un document. La confusion sera encore renforcée par le fait que bon nombre de demandes de ce type étaient déjà satisfaites de manière informelle avant l'entrée en vigueur du principe de transparence.

³³⁸ Comme l'a relevé la députée S. BERSET en plénum (BGC 2009, p. 868), ces arguments reviennent à dire que le public n'a pas les capacités intellectuelles pour comprendre les documents en question. Mais si on admettait vraiment que les documents présentant un caractère technique et/ou susceptibles d'être mal interprétés ne doivent pas être rendus publics, il faudrait non seulement renoncer au droit d'accès, mais encore restreindre considérablement la politique d'information des autorités et abandonner la publication de tous les documents un peu complexes, y compris bon nombre d'actes législatifs (et la présente contribution) !

³³⁹ Cf. art. 20 al. 1 et ci-dessus n° 46.

³⁴⁰ Cf. pour le droit fédéral MAHON/GONIN *in* BGÖ-Kommentar, Art. 6 n° 10 ss ; HÄNER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 15 n° 2 ss et Art. 16 n° 7 ; TAF, arrêt A-2165/2009, cons. 2.1. Pour le droit vaudois, TA VD, arrêt GE.2008.0175 du 20.01.2009, cons. 1b.

³⁴¹ Le même constat a été fait pour la LTrans (PASQUIER/MEILLAND, pt 2.2).

105. C'est dans ce contexte qu'intervient le *devoir d'assistance de l'organe*. Même si ce dernier peut exiger du demandeur des indications suffisantes pour permettre l'identification du document (art. 31 al. 1), son devoir d'assistance porte en priorité sur cette identification (art. 32 al. 1, 1^{re} phr.) : il n'est en effet pas en droit de revendiquer du demandeur des indications dont le public ne peut avoir connaissance.

Pour que ce devoir d'assistance puisse se concrétiser, la LInf impose aux organes publics la mise en place de systèmes de classement des documents au sein de l'administration qui tiennent compte des impératifs du droit d'accès (art. 38 al. 1). Cette exigence, qui devrait aboutir à terme à des systèmes de gestion et d'archivage électroniques des documents, n'est cependant pas couplée avec une obligation de publication des plans de classement et des répertoires de documents³⁴². Or il serait souhaitable que, à terme, la pratique aille dans ce sens, comme c'est le cas notamment dans le canton de Vaud³⁴³. D'une part, parce que la Convention d'Aarhus va probablement l'imposer pour les domaines environnementaux³⁴⁴. D'autre part, parce que, à défaut d'une telle publication, le demandeur est dans l'impossibilité d'effectuer lui-même un premier travail de recherche, et qu'il devrait alors logiquement incomber à l'organe public de compenser cet inconvénient.

En fait, plus le contenu et la publicité des répertoires de documents sont lacunaires, plus le devoir d'assistance de l'organe est grand³⁴⁵.

106. Enfin, les demandes d'accès n'excluent pas le *déclenchement d'autres procédures*, indépendantes de celle prévue aux art. 31 ss. L'introduction du droit d'accès général ne rend en effet pas caduques les droits préexistants. La demande devra donc dans certains cas être analysée selon divers schémas, qui peuvent fort bien se superposer : droit d'accès général (art. 20 ss LInf), droit d'accès du demandeur à ses

³⁴² L'art. 43 al. 1 de l'avant-projet de 2006 prévoyait la mise à disposition du public des plans de classement et des répertoires des principaux types de documents en possession de l'administration, mais il a été supprimé.

³⁴³ Cf. la rubrique « Documents détenus par les autorités » figurant sur le site Internet du canton de Vaud (<http://www.vd.ch/>), sous le thème « transparence ».

³⁴⁴ Cf. art. 5 § 2 de la Convention d'Aarhus et FLÜCKIGER (2009), p. 762 s. La Convention de Tromsø est moins catégorique, mais le rapport explicatif va dans le même sens : « C'est l'autorité publique qui a la responsabilité de garder ses documents classés et indexés de manière à pouvoir les identifier. Les registres publics de documents sont d'une grande aide à cette fin, aussi bien pour le public que pour les autorités elles-mêmes » (*Rapport Tromsø*, n° 44).

³⁴⁵ FÜZESSÉRY MINELLI in BGÖ-Kommentar, Art. 21 n° 15.

données personnelles (art. 23 ss LPrD), droit d'accès au dossier dans le contexte d'une procédure (p. ex., art. 63 ss CPJA) ou encore simple demande de renseignements (art. 8 al. 1 let. b et 10 al. 2 LInf).

2) *Déroulement de la procédure*

107. La procédure elle-même est décrite dans les grandes lignes aux art. 31 à 36 et sera *précisée à l'échelon de l'ordonnance* (art. 36 al. 2) ; ces précisions devraient faciliter la tâche des organes d'application en détaillant les différentes étapes³⁴⁶.

108. Cette procédure est globalement conforme à celle que l'on retrouve la plupart du temps en Suisse³⁴⁷ et comporte *quatre phases* : une phase préliminaire menée par l'organe public, s'achevant par l'octroi de l'accès ou par une détermination de l'organe, et qui devrait permettre de résoudre la majeure partie des cas ne présentant pas de difficultés (art. 32) ; une phase de médiation, menée par le ou la préposé-e à la transparence et aboutissant soit à un accord entre les parties, soit à une recommandation du ou de la préposé-e (art. 33 al. 1 et 2) ; une phase de décision, qui incombe à nouveau à l'organe public (art. 33 al. 3) ; et, enfin, une quatrième phase qui recouvre les voies de droit (art. 34 s.).

109. Les *tiers concernés*, on l'a vu³⁴⁸, sont largement impliqués (art. 32 al. 2, 2^e phr., 33 al. 1 et 36 al. 1 let. b). La LInf les traite différemment selon qu'il s'agit d'autres organes publics ou de personnes privées : les premiers sont simplement consultés ; en revanche, les secondes peuvent s'opposer à l'octroi de l'accès, ce qui n'équivaut pas à un droit de blocage mais leur confère le statut de parties à la procédure, avec la possibilité de faire valoir leurs droits devant l'organe de médiation puis devant les instances de recours³⁴⁹. La consultation des tiers ne présente toutefois pas que des avantages, notamment sous l'angle des délais ; l'art. 32 al. 2 tempère dès lors ce devoir de consul-

³⁴⁶ *Message LInf*, p. 936 (pt 1.3.4.13).

³⁴⁷ C'est le cas de la loi fédérale et des lois SO, AG, VS, GE, VD et NE (à NE, c'est cependant le préposé qui rend directement la décision).

³⁴⁸ Cf. ci-dessus n° 25.

³⁴⁹ *Message LInf*, p. 949. Les tiers privés peuvent cependant aussi consentir à la diffusion de leurs données auprès du public (cf. art. 27 al. 1 let. b), ce que l'organe devrait toujours avoir en vue lorsqu'il envisage de refuser l'accès en se fondant de lui-même sur un intérêt privé prépondérant (cf. à ce sujet, sur le plan fédéral, le rapport d'activités 2008/2009 du PFPDT, p. 93).

tation par un « en principe », dont les contours devraient être précisés dans la réglementation d'exécution.

110. En cas d'échec de la phase de médiation, l'art. 33 al. 3 impose à l'organe public le *prononcé d'office d'une décision*, laquelle vient donc s'ajouter à la recommandation du préposé sans que le demandeur ne doive la solliciter. Cette solution raccourcit un peu la procédure dans la plupart des cas et, surtout, épargne au demandeur une démarche supplémentaire ; en outre, elle n'augmente guère la tâche de l'organe public puisque celui-ci, s'il se rallie à la recommandation du préposé, n'a pas besoin de motiver la décision (art. 33 al. 3, 2^e phr.).

111. Les différents organes impliqués dans la procédure ont un devoir de diligence (art. 32 al. 1, 2^e phr.). La règle de base est celle des *délais* adaptés à la nature de l'affaire (art. 36 al. 1 let. a). L'organe dispose donc d'une certaine marge de manœuvre ; mais en réalité, si l'on considère qu'« une réponse rapide à une demande est l'essence même du droit d'accès aux documents publics »³⁵⁰, le laps de temps à sa disposition devrait être relativement bref, entre quelques heures et quelques jours dans les cas qui ne soulèvent pas de difficultés. Les délais maximaux (art. 36 al. 1 let. a *in fine*) sont là pour assurer une plus grande sécurité juridique³⁵¹ ; mais ils peuvent poser des problèmes de compatibilité avec la Convention d'Aarhus³⁵².

³⁵⁰ *Rapport Tromsø*, n° 49.

³⁵¹ Cf. HÄNER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 12 n° 12. Pour la LInf, ces délais maximaux ont été portés de vingt à trente jours en raison des très nombreuses remarques émises à ce sujet lors de la procédure de consultation (cf. *Message LInf*, p. 936).

³⁵² Sur le plan fédéral, les délais de la LTrans sont de 20 et non de 30 jours. Selon SIDLER/BALLY, p. 735 et FLÜCKIGER (2009), p. 762 s., ils seraient parfaitement conformes à la Convention (sauf lorsque la demande porte sur des documents contenant des données personnelles et que la procédure est prolongée du temps nécessaire à entendre les personnes concernées). Cette affirmation semble cependant trop optimiste : l'art. 4 (§§ 2 et 7) de la Convention d'Aarhus fixe un délai d'un mois, qui peut exceptionnellement être porté à une durée maximale de deux mois, pour accorder l'accès ou rejeter la demande (cf. ég. *Guide Aarhus*, p. 69) ; or, si le demandeur utilise les moyens à sa disposition, le rejet d'une demande résulte non pas de la prise de position prévue à l'art. 12 LTrans (qui doit effectivement être rendue dans un délai maximal de 40 jours), mais de la décision prononcée en application de l'art. 15 LTrans, laquelle, si tous les délais sont épuisés, n'est rendue que 120 jours après le dépôt de la demande (soit le double du délai maximal prévu par la Convention). Un raisonnement similaire doit être tenu pour la LInf, en tenant compte de délais de 30 et non de 20 jours !

112. A noter encore que, comme on est en présence d'une présomption de liberté d'accès aux documents officiels³⁵³, le *fardeau de la preuve* pour renverser cette présomption incombe à l'organe public³⁵⁴.

3) *Mesures de mise en œuvre*

113. Les mesures de mise en œuvre du droit d'accès par les *organes ordinaires* sont définies aux art. 37 et 38. Outre les exigences relatives aux plans de classement déjà mentionnées³⁵⁵, on peut relever les éléments suivants :

– L'art. 37 al. 1 attribue la compétence de traiter les demandes d'accès non pas à tout organe qui détient le document, mais à celui qui l'a produit ou qui l'a reçu à titre principal. Cette solution, reprise de la loi fédérale³⁵⁶, nécessite des transferts de demande d'autorité à autorité : la LInf s'applique en effet à des organes relevant de collectivités différentes (Etat et communes) et de différents pouvoirs (législatif, exécutif et judiciaire), qui échangent régulièrement des documents. Elle suppose également la priorité de la compétence du producteur par rapport à celle du destinataire principal.

– En outre, à l'intérieur des différentes administrations, la répartition des compétences à effectuer par les autorités concernées (art. 37 al. 1, 2^e phr.) devra, dans la mesure du possible, tenir compte à la fois des avantages d'une décentralisation (proximité avec le dossier et rapidité de traitement) et de ceux d'une centralisation (unité de doctrine et acquisition de compétences plus pointues)³⁵⁷.

– Les transferts de demandes rendus nécessaires par l'art. 37 al. 1 doivent naturellement être effectués spontanément et sans délai par les organes concernés, en raison de leur devoir d'assistance (art. 32 al. 1) mais aussi des règles ordinaires de la procédure administrative (art. 16 al. 2 CPJA).

³⁵³ Cf. ci-dessus n° 42.

³⁵⁴ *Message LTrans*, p. 1844 ; MAHON/GONIN *in* BGÖ-Kommentar, Art. 6 n° 11.

³⁵⁵ Cf. ci-dessus n° 105.

³⁵⁶ Cf. art. 10 al. 1 LTrans. Ce choix permet certes d'éviter plusieurs décisions contradictoires relatives au même document (HÄNER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 10 n° 3). Mais, sur le plan fédéral, il est difficilement applicable aux documents reçus uniquement en copie (ci-dessus n° 82 note 291). En outre, correspond-il vraiment aux exigences de la Convention d'Aarhus (cf. art. 4 § 3 let. a et § 5) ou de la Convention de Tromsø (cf. art. 5 § 2) ?

³⁵⁷ Cf. ég. HÄNER *in* BGÖ-Kommentar, Art. 10 n° 16 et 18.

– La possibilité d’anticiper les demandes par la diffusion spontanée d’informations et de documents, notamment sur Internet, est régulièrement mise en corrélation avec le droit d’accès³⁵⁸. Cette diffusion devrait permettre de réduire le nombre de requêtes, mais elle peut aussi avoir pour effet d’éveiller la curiosité du public et de provoquer le dépôt de nouvelles demandes³⁵⁹.

114. Enfin, restent les mesures à prendre par les *organes spécialisés* institués aux art. 39 ss³⁶⁰. Avec en exergue :

– La tâche d’évaluation des effets de la LInf (art. 40 let. e). Reprise de la loi fédérale, cette exigence n’est pas fréquente en droit fribourgeois³⁶¹, mais son importance est de plus en plus reconnue. Il appartiendra à la Commission de déterminer la période utile d’évaluation³⁶² ; la transmission par les organes publics de renseignements complets sur tous les cas problématiques (art. 38 al. 2) devrait lui faciliter un peu la tâche³⁶³.

– La tâche d’information de la population et de formation des organes publics (art. 41 al. 2 let. a et b), qui revêt un caractère essentiel si l’on en croit les recommandations émises par les évaluateurs des lois fédérale et genevoise³⁶⁴.

– La fonction de médiateur lors des procédures d’accès (art. 41 al. 2 let. c), avec au besoin le prononcé de recommandations dans un délai qui ne devrait en principe pas dépasser 30 jours (art. 36 al. 1 let. a)³⁶⁵.

³⁵⁸ Cf. art. 21 let. c LTrans, art. 10 Convention de Tromsø ou art. 5 Convention d’Aarhus. Selon PASQUIER/MEILLAND, pt 5.1, « le renforcement d’une attitude proactive de l’administration dans la mise à disposition de l’information est sans conteste un effet bénéfique de l’entrée en vigueur de la LTrans ».

³⁵⁹ FÜZESSÉRY, p. 86.

³⁶⁰ Sur ces organes, voir ci-dessus n° 26.

³⁶¹ On ne la retrouve guère qu’aux art. 35 LSub et 20 LPFI.

³⁶² Sur le plan fédéral, le premier rapport a été établi trois ans après l’entrée en vigueur de la LTrans (PASQUIER/MEILLAND, avril 2009, pour une loi entrée en vigueur le 1.07.06) ; les Genevois ont attendu quatre ans de plus (CEPP_GE, octobre 2009, pour une loi entrée en vigueur le 1.03.02).

³⁶³ La première recommandation du rapport d’évaluation de la loi fédérale porte directement sur la récolte des données nécessaires aux futures évaluations (PASQUIER/MEILLAND, pt 6.1).

³⁶⁴ PASQUIER/MEILLAND, pt 6.2 ; CEPP_GE, pt 8.

³⁶⁵ Sur le plan fédéral, ce délai de 30 jours est fixé de manière catégorique par l’art. 14 LTrans. S’il n’est pas respecté, le demandeur subit un déni de justice (TAF, arrêts A-75/2009, A-6032/2009 et A-363/2010). Mais les spécialistes de la médiation es-

IV. CONCLUSION

115. Il y a le texte de la loi. Et il y a sa mise en œuvre et son application dans la pratique.

116. *Le texte de la LInf*, tout d'abord. Les médias l'ont présenté comme l'un des plus restrictifs de Suisse³⁶⁶ alors que, simultanément, la Constitution fribourgeoise est l'une des plus favorables à la transparence³⁶⁷. Le jugement des médias est-il pertinent et la LInf est-elle vraiment en retrait par rapport au mandat constitutionnel ?

Elle contient certes des exceptions au droit d'accès qui ne correspondent pas au standard des lois cantonales (surtout les art. 29 al. 1 let. a, 29 al. 2 et 43) et, sur ce plan, elle peut paraître assez restrictive. Mais elle ne l'est de loin pas autant que la loi fédérale et, même en comparaison intercantonale, elle ne fait pas aussi mauvaise figure que cela³⁶⁸. Enfin et surtout, contrairement à plusieurs de ses consœurs³⁶⁹, elle met dès le départ des moyens à disposition pour assurer la mise en œuvre du principe de transparence. Or cet élément, qui devrait notamment permettre la sensibilisation et la formation du personnel des collectivités publiques, est parfois considéré comme encore plus important que les règles de base³⁷⁰.

timent que, dans des affaires complexes, ce délai ne permet pas d'aboutir à une solution négociée et devrait être augmenté (C. GUY-ECABERT, Commentaire de l'arrêt A-75/2009 *in* Medialex 2009 p. 157 s. ; cf. ég. PASQUIER/MEILLAND, pt 4.4). Si le besoin d'une telle augmentation devait vraiment se faire sentir dans la pratique (cf. sur le plan fédéral la demande du PFPDT, Rapport d'activités 2009/2010, p. 107), elle pourrait, dans le canton de Fribourg, être introduite à l'échelon réglementaire, car l'art. 36 al. 1 let. a, contrairement à l'art. 14 LTrans, relativise par un « en principe » le délai de 30 jours. Mais on entrerait alors encore plus en conflit avec les exigences de la Convention d'Aarhus (cf. ci-dessus n° 111 note 352).

³⁶⁶ Cf. ci-dessus n° 17.

³⁶⁷ BARRELET (2005), p. 158 et ci-dessus n° 36.

³⁶⁸ Cf. notamment ci-dessus n° 59 et la note 202, n° 60 et la note 206, n° 64 et n° 95. On peut aussi relever, p. ex., que la LInf ne contient pas une disposition aussi « élastique » que l'art. 16 al. 2 let. a de la loi VD, qui permet de refuser l'accès lorsqu'il « est susceptible de perturber sensiblement le fonctionnement des autorités ». Enfin, il ne faut pas négliger les ouvertures intéressantes apportées dans le domaine du devoir d'informer (cf. les exemples donnés ci-dessus n° 12 s.).

³⁶⁹ Cf. les lois BE, JU, UR, ZH. A l'origine, les lois GE, VD et NE ne prévoyaient pas non plus d'organe spécifique de mise en œuvre, mais elles ont été modifiées depuis.

³⁷⁰ Cf. SPOERRI/VARONE, p. 114.

Par ailleurs, certaines règles qui peuvent paraître discutables sous l'angle du renversement de paradigme seront prochainement confrontées aux réalités du droit international, qu'il s'agisse de la Convention d'Aarhus en voie de ratification ou, dans une perspective plus éloignée, de la Convention de Tromsø. Et des adaptations seront inévitables dans un avenir proche.

Il était sans doute envisageable d'aller plus loin dans l'esprit de transparence que ne l'a fait le législateur fribourgeois. Mais les avancées de la LInf, réelles, ne constituent-elles pas le maximum que l'on pouvait espérer d'un canton dont l'autorité la plus influente, sous un Ancien Régime somme toute pas si éloigné que cela dans le temps, s'appelait la « Chambre secrète »³⁷¹ ?

117. La *mise en œuvre de la loi* et son application dans la pratique, ensuite. La LInf n'étant pas encore entrée en vigueur, il faut se référer aux expériences faites ailleurs en Suisse.

La mise en œuvre par l'administration du principe de transparence y fait l'objet de constats divergents. Les rapports des responsables de cette mise en œuvre font régulièrement état, en tout cas dans plusieurs cantons, du bon fonctionnement et de l'adéquation des dispositifs mis en place³⁷². Mais les premières évaluations à caractère plus scientifique, disponibles depuis peu, ne vont pas nécessairement dans le même sens. Si on ne reprend que leurs conclusions les plus pessimistes, on constate qu'elles signalent une absence de changement de culture administrative, un manque de pratique et de bonne volonté de la part des organes publics, une méfiance à l'égard des personnes adressant des requêtes ainsi que, de la part des responsables politiques, la volonté de conserver le contrôle de l'information et même d'entraver les activités des évaluateurs³⁷³. Pour un constat lapidaire :

³⁷¹ Cf. à ce sujet MORARD/FOERSTER, Guide des Archives de l'Etat de Fribourg, Fribourg 1986, p. 12 ; J. CASTELLA, L'organisation des pouvoirs politiques dans les Constitutions du canton de Fribourg, Fribourg 1953, p. 16 ss ; G. CASTELLA, Histoire du canton de Fribourg, Fribourg 1922, p. 331 ss.

³⁷² C'est le constat fait par SPOERRI/VARONE, p. 90.

³⁷³ PASQUIER/MEILLAND, pt 4.3, 5.1 et p. 53 s. ; CEPP_GE, pt 2.2 et 7.3.1 ; SPOERRI/VARONE, p. 112 ss. Et lorsque la culture administrative change, c'est parfois pour éviter les effets de la transparence (simplification des procès-verbaux, utilisation de notes manuscrites sur des '*post-it*' pouvant facilement être retirés du dossier, mesures dilatoires pour retarder le moment de la communication), cf. CEPP_GE, pt 7.3.5 ; SPOERRI/VARONE, p. 112.

le changement de paradigme est « plus souvent postulé qu'effectif »³⁷⁴.

En outre les tribunaux, lorsqu'ils sont confrontés aux premières applications des lois sur la transparence, montrent aussi une certaine difficulté d'adaptation. Par exemple, le Tribunal administratif genevois a dans un premier temps refusé de considérer que les personnes morales étaient titulaires du droit d'accès, malgré l'incongruité de cette solution³⁷⁵. Et même le Tribunal fédéral, qui vient de faire preuve d'une certaine ouverture à l'égard des documents du Conseil fédéral³⁷⁶, est resté très frileux lorsqu'il s'est agi de ses propres documents³⁷⁷.

118. Pour Fribourg, les perspectives à court terme ne sont dès lors pas forcément radieuses. Ici comme ailleurs, « la majorité des êtres humains n'aime pas, par principe, les virages à 180 degrés »³⁷⁸. Les réticences face à un tel virage sont donc inévitables de la part d'une administration « élevée au biberon de l'ancienne approche du secret »³⁷⁹. Et le fait que la LInf ne s'applique pas aux documents antérieurs à son entrée en vigueur ne va pas hâter l'évolution des mentalités. Mais, à moyen et à long terme, les efforts de l'Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données devraient faire bouger les choses, de manière à ce que l'engagement pris par le Commissaire du gouvernement se réalise : « le Conseil d'Etat va, avec son administration qui a compris le changement complet de paradigme, assumer cette loi sur l'information »³⁸⁰.

³⁷⁴ PASQUIER/MEILLAND, p. 53.

³⁷⁵ TA GE *in* SJ 2003 I p. 475 ; B. COTTIER, Remarques *in* Medialex 2003 p. 239 s., montre qu'une telle limitation n'a pas de sens, puisqu'il suffit que le représentant de la personne morale dépose la demande en son nom propre.

³⁷⁶ Cf. ci-dessus n° 97.

³⁷⁷ ATF 133 II 209 / JdT 2008 I 132 : le Tribunal fédéral a refusé l'accès à des documents préparatoires relatifs à la composition de ses cours en arguant du fait qu'ils ne relevaient pas des tâches administratives, mais juridictionnelles du Tribunal ; cet argument ne paraît guère convaincant (cf. ég. les commentaires de cet arrêt émis par B. COTTIER, Remarques *in* Medialex 2007 p. 158 s. et GONIN/MAHON, Note *in* RDAF 2008 p. 461 s.).

³⁷⁸ P. CORMINBOEUF, Commissaire du gouvernement, *in* BGC 2009 p. 852.

³⁷⁹ P. CORMINBOEUF, Commissaire du gouvernement, *in* BGC 2009 p. 849.

³⁸⁰ P. CORMINBOEUF, Commissaire du gouvernement, *in* BGC 2009 p. 1235.

ANNEXES

Annexe 1 : Exceptions au droit d'accès – Tableau des limites indirectes et cas particuliers

Cf. ci-dessus n° 54. Pour les cas qui relèvent de la législation spéciale, le tableau n'est bien entendu pas exhaustif ; il ne donne que des exemples.

<i>Règles à caractère négatif (pas d'accès)</i>	
<i>Le document demandé relève d'un organe ou d'une activité n'entrant pas dans le champ d'application de la LInf</i>	<ul style="list-style-type: none"> – champ d'application personnel : art. 2 et 3 al. 2 – champ d'application matériel : le document concerne une activité économique exercée en situation de concurrence (art. 3 al. 2)
<i>Le document demandé relève d'un domaine qui n'est pas régi par les règles sur le droit d'accès</i>	<ul style="list-style-type: none"> – consultation de documents relatifs à des procédures civiles, pénales, de juridiction administrative et d'arbitrage (art. 21 al. 1 let. a) – consultation du dossier par les parties durant une procédure administrative de première instance (art. 21 al. 1 let. b) – accès d'une personne aux données la concernant (art. 21 al. 1 let. c) – obtention de documents faisant l'objet d'une commercialisation (art. 21 al. 2)
<i>Le document demandé ne revêt pas un caractère officiel</i>	<ul style="list-style-type: none"> – document inachevé (art. 22 al. 3) – document à usage personnel (art. 22 al. 3)
<i>Le document demandé est exclu du droit d'accès par la LInf</i>	<ul style="list-style-type: none"> – documents antérieurs à la loi (art. 43) – documents reçus en copie (art. 29 al. 1 let. a) – procès-verbaux des séances non publiques (art. 29 al. 1 let. b) – contenu subjectif des notes internes (art. 29 al. 1 let. c) – documents gouvernementaux avant la fin du processus décisionnel (art. 29 al. 2)
<i>Le document demandé est exclu du droit d'accès par la législation spéciale (fédérale ou cantonale)</i>	<ul style="list-style-type: none"> – documents de la procédure de corapport (art. 30 al. 3 LOCEA) – rapports Evalfri (art. 18 al. 2 LPers) – rapports de l'Inspection des finances (art. 53 al. 3 LFE) – documents soumis au secret fiscal (art. 110 LIFD et art. 139 LICD) ...

Règles à caractère positif (accès garanti)	
<i>Le document demandé jouit d'une garantie d'accès posée ou rappelée par la LInf</i>	<ul style="list-style-type: none"> – budgets et comptes des collectivités publiques et de leurs établissements, comptes des autres institutions étatiques (art. 30 al. 1 let. a) – documents des consultations externes et, après l'expiration du délai de consultation, avis exprimés (art. 30 al. 1 let. b) – informations statistiques non couvertes par le secret statistique (art. 30 al. 1 let. c) – rapports d'évaluation des prestations de l'administration (à certaines conditions, art. 30 al. 2)
<i>Le document demandé jouit d'une garantie d'accès posée par la législation spéciale (fédérale ou cantonale)</i>	<ul style="list-style-type: none"> – certaines des informations figurant au registre foncier (art. 970 al. 2 et 3 CC) – données du registre du commerce (art. 930 CO) – conventions relatives aux ententes intercommunales, contrats portant délégation de tâches communales et statuts des associations de communes (art. 84^{bis} al. 2 LCo) – rapports des organes de révision des communes (art. 98e al. 4 LCo) ...
Règles spécifiques	
<i>Le document demandé est soumis à des règles spécifiques figurant dans la législation spéciale (fédérale ou cantonale)</i>	<ul style="list-style-type: none"> – procès-verbaux et registres des offices des poursuites et des offices des faillites (art. 8a LP) – registres électoraux des communes (art. 5 LEDP) ...

Annexe 2 : Principaux ouvrages cités

Ouvrages de doctrine :

- AUER/MALINVERNI/HOTTELIER : Droit constitutionnel suisse, vol. II, 2^e éd., Berne 2006
- BARRELET D. : Le principe de transparence et les exigences du droit d'auteur *in* Medialex 2003 p. 155 ss
- Les dispositions sur la transparence *in* La nouvelle Constitution fribourgeoise, RFJ Numéro spécial 2005, p. 156 ss

- BGÖ-Kommentar* : Brunner/Mader (éd.), Öffentlichkeitsgesetz – Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (BGÖ), Stämpflis Handkommentar, Berne 2008
- FLÜCKIGER A. : Le projet de loi fédérale sur la transparence : transparence de l'administration ou des citoyens ? *in* Tanquerel/Bellanger, L'administration transparente, Bâle 2002, p. 131 ss
- Le conflit entre le principe de transparence de l'administration et la protection de la sphère privée *in* Medialex 2003 p. 225 ss
 - La transparence des administrations fédérales et cantonales à l'épreuve de la Convention d'Aarhus sur le droit d'accès à l'information environnementale *in* DEP 2009 p. 749 ss
- FÜZESSÉRY S. : Le devoir d'informer des autorités : l'autre face de la transparence administrative *in* A. Flückiger (éd.), La mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration, Genève-Zürich-Bâle 2006, p. 81 ss
- MACHERET A. : La proportionnalité des actes étatiques : une appréciation difficile *in* Le droit en mouvement, RFJ Numéro spécial 2002, p. 187 ss
- MAHON P. : L'information par les autorités *in* RDS 1999 II p. 199 ss
- Les enjeux du droit à l'information *in* Tanquerel/Bellanger (éd.), L'administration transparente, Bâle 2002, p. 9 ss
- SCYBOZ P. : Pouvoirs législatif et exécutif : règles générales, organisation et fonctionnement *in* La nouvelle Constitution fribourgeoise, RFJ Numéro spécial 2005, p. 235 ss
- SIDLER/BALLY : La ratification projetée par la Suisse : impact et enjeux de la Convention d'Aarhus pour le droit fédéral *in* DEP 2009 p. 725 ss
- SPOERRI/VARONE : La transparence administrative à l'épreuve des usagers : une évaluation exploratoire dans cinq cantons *in* LeGes 2008/1 p. 89 ss

Rapports, messages et divers :

Les adresses Internet ont été vérifiées pour la dernière fois le 9.08.2010.

- CEPP_GE (Commission externe d'évaluation des politiques publiques du canton de Genève) : Le principe de transparence dans l'administration – Evaluation des dispositions légales concernant l'accès aux documents et l'information du public (LIPAD), Genève, 9.10.09 (publié sur le site <http://etat.geneve.ch/cepp>)
- Guide Aarhus* : Convention d'Aarhus : Guide d'application, Nations Unies (Commission économique pour l'Europe), New-York et Genève 2000 (publié à l'adresse <http://www.unece.org/env/pp/guidancedocs.htm>)
- Message LInf* : Message accompagnant le projet de loi sur l'information et l'accès aux documents (LInf), du 26 août 2008, BGC 2009 p. 929 ss
- Message LTrans* : Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration, du 12 février 2003, FF 2003 p. 1807 ss

OFJ (Office fédéral de la justice) : Mise en œuvre du principe de la transparence au sein de l'administration fédérale : Questions fréquemment posées, document du 16.03.2010 (publié sur le site <http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/dokumentation/oeffentlichkeit.html>)

PASQUIER/MEILLAND (IDHEAP), Evaluation de la loi sur la transparence – Evaluation de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration selon l'art. 19 de celle-ci effectuée sur mandat du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, Chavannes-près-Renens, 24.04.09 (publié à l'adresse <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00652/01405/index.html?lang=fr>)

PF PDT (Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence), Recommandations / Empfehlungen (publiées sur le site <http://www.edoeb.admin.ch>)

Rapport Tromsø : Rapport explicatif relatif à la Convention du Conseil de l'Europe du 18.06.2009 sur l'accès aux documents publics – STCE n° 205 (publié à l'adresse <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/205.htm>)

Annexe 3 : Répertoire par articles

Seuls sont répertoriés ici les articles de la LInf.

<i>Art.</i>	<i>n°</i>	<i>Art.</i>	<i>n°</i>
1 al. 2	5, 40	10 al. 2	11, 106
2	54, 83	10 al. 2 let c	50
2 let. a	54	11	50
2 let. b	54	11 al. 1	21
3	18	11 al. 1 let. b	22
3 al. 1	53, 54	11 al. 1 let. c	9, 22
3 al. 2	54	11 al. 2	25
4 – 19	11	12	8, 24, 50, 66
4	11, 86	12 al. 1	24
5	11	12 al. 3	24
5 al. 1	86	13 s.	13, 72
6 al. 1	11	13 al. 1	13
7 al. 2	11, 18	13 al. 2	13
8 al. 1 let. b	11, 106	16	12
9	18	17 – 19	11
9 al. 2	11	20 ss	106
10 al. 1	50	20 al. 1	8, 44, 46, 103

<i>Art.</i>	<i>n°</i>	<i>Art.</i>	<i>n°</i>
21	53, 54	29 al. 2	16, 28, 29, 39, 53, 59, 75, 76, 88, 90, 91, 93 ss, 96, 98, 100, 101, 116
21 al. 2	48	30	51, 54, 72
22 al. 1	44	30 al. 1 let. b	16
22 al. 2	44	31 ss	9, 102, 106, 107
22 al. 3	44, 45, 53, 54, 91	31	104
23 al. 1	8, 47	31 al. 1	105
23 al. 2	47	31 al. 2	46
23 al. 3	47, 70	32	108
24	9	32 al. 1	9, 44, 105, 111, 113
24 al. 1	48	32 al. 2	9, 25, 109
24 al. 2	48	33 al. 1	9, 25, 108, 109
25 ss	8, 39, 49 s., 51 ss, 53	33 al. 2	108
25	51	33 al. 3	9, 56, 108, 110
25 al. 1	23, 51, 63	34 s.	9, 108
25 al. 2	51	36 al. 1 let. a	111, 114
25 al. 3	8, 51, 53, 70	36 al. 1 let. b	9, 25, 109
26 -28	51, 53	36 al. 2	56, 107
26	55	37 ss	102
26 al. 1	53, 56, 58, 60, 61, 62, 68	37	113
26 al. 1 let. a	57, 58	37 al. 1	82, 83, 113
26 al. 1 let. c	59, 60, 76, 94	38	113
26 al. 1 let. d	60	38 al. 1	9, 63, 105
26 al. 1 let. e	61	38 al. 2	114
26 al. 2	63	39 ss	9, 26, 114
26 al. 2 let. a	63	40 let. e	114
26 al. 2 let. b	44, 53, 58, 63	41 al. 2	114
27	64, 65 ss	43	51, 53, 54, 63, 72 ss, 78 ss, 116, 118
27 al. 1	65	44, mod. LGC	10, 12, 13, 31
27 al. 1 let. a	67	44, mod. LOCEA	10, 28, 31, 54, 72, 96 ss
27 al. 1 let. b	22, 67, 109	44, mod. LPers	28, 31, 54, 72, 100 s.
27 al. 1 let. c	8, 21, 22, 53, 66	44, mod. LOJ	10, 31, 32
27 al. 2	24, 66	44, mod. LCO	10, 12, 13, 29, 31, 54
28	53, 64, 68 ss	44, mod. LPrD	21, 26, 31
28 let. a	69	44, mod. LFE	28, 31, 54, 72, 100 s.
28 let. b	70		
28 let. c	71		
29	51, 54, 72 ss		
29 al. 1 let. a	53, 81 ss, 116		
29 al. 1 let. b	11, 29, 85 ss		
29 al. 1 let. c	28, 39, 88, 89 ss		

Annexe 4 : Abréviations

Sont répertoriées ici, sous une forme simplifiée, les principales abréviations utilisées, hormis certains sigles usuels (notamment cantons, partis politiques); pour le titre complet des actes législatifs (fédéraux et fribourgeois), il faut se référer aux répertoires concernés. Pour les lois sur la transparence des autres cantons, cf. n° 2 note 4, avec référence aux recueils systématiques cantonaux.

ATA : arrêt du Tribunal administratif ; *ATF* : arrêt du Tribunal fédéral ; *ATS* : Agence télégraphique suisse ; *BGC* : Bulletin officiel des séances du Grand Conseil (fribourgeois, sauf précision contraire) ; *BGÖ* : Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung, RS 152.3 (= LTrans) ; *BOC* : Bulletin officiel des séances de la Constituante ; *CC* : Code civil suisse, RS 210 ; *CEDH* : Convention européenne des Droits de l'Homme, RS 0.101 ; *CEPP_GE* : Commission externe d'évaluation des politiques publiques du canton de Genève ; *CO* : Code des obligations, RS 220 ; *Cst. cant.* : Constitution du canton de Fribourg, RSF 10.1 ; *Cst. féd.* : Constitution fédérale, RS 101 ; *DEP* : Le Droit de l'environnement dans la pratique ; *JdT* : Journal des Tribunaux ; *LAMat* : loi sur les allocations de maternité, RSF 836.3 ; *LCart* : loi fédérale sur les cartels, RS 251 ; *LCo* : loi sur les communes, RSF 140.1 ; *LDA* : loi fédérale sur le droit d'auteur, RS 231.1 ; *LEAC* : loi sur l'emploi et l'aide aux chômeurs, RSF 866.1 ; *LEDP* : loi sur l'exercice des droits politiques, RSF 115.1 ; *LeGes* : Législation & Evaluation ; *LFE* : loi sur les finances de l'Etat, RSF 610.1 ; *LGC* : loi sur le Grand Conseil, RSF 121.1 ; *LICD* : loi sur les impôts cantonaux directs, RSF 631.1 ; *LICE* : loi sur les institutions culturelles, RSF 481.0.1 ; *LIFD* : loi sur l'impôt fédéral direct, RS 642.11 ; *LInf* : loi sur l'information et l'accès aux documents (ROF 2009_096) ; *LJ* : loi sur la justice, ROF 2010_066 ; *LOCEA* : loi sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration, RSF 122.0.1 ; *LOGA* : loi fédérale sur l'organisation du gouvernement, RS 172.010 ; *LOJ* : loi sur l'organisation judiciaire, RSF 131.0.1 ; *LOTG* : loi sur l'organisation du Tribunal cantonal, RSF 131.1.1 ; *LP* : loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1 ; *LPAL* : loi sur la publication des actes législatifs, RSF 124.1 ; *LPD* : loi fédérale sur la protection des données, RS 235.1 ; *LPE* : loi fédérale sur la protection de l'environnement, RS 814.01 ; *LPers* : loi sur le personnel de l'Etat, RSF 122.70.1 ; *LPMI* : loi sur la péréquation financière intercommunale, ROF 2009_123 ; *LPGA* : loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1 ; *LPrD* : loi sur la protection des données, RSF 17.1 ; *LStat* : loi sur la statistique cantonale, RSF 110.1 ; *LSub* : loi sur les subventions, RSF 616.1 ; *LTrans* : loi fédérale sur la transparence, RS 152.3 ; *OFJ* : Office fédéral de la justice ; *OTrans* : ordonnance fédérale sur la transparence, RS 152.31 ; *PPD* : Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence ; *RDS* : Revue de droit suisse ; *RJJ* : Revue jurassienne de jurisprudence ; *RJN* : Recueil de jurisprudence neuchâteloise ; *ROF* : Recueil officiel fribourgeois ; *ROFC* : règlement sur l'organisation et le fonctionnement des commissions, RSF 122.0.61 ; *RS* : Recueil systématique du droit fédéral ; *RSF* : Recueil systématique de la législation fribourgeoise ; *TA* : Tribunal administratif ; *TAF* : Tribunal administratif fédéral ; *TC* : Tribunal cantonal