



*Fribourg, novembre 2017*

Rapport explicatif

—

## **Projet d'ordonnance modifiant l'ordonnance du 14 décembre 2010 sur l'accès aux documents (OAD)**

### **1 Origine et nécessité**

Cette modification de l'OAD fait suite à l'adoption par le Grand Conseil de la loi du 5 octobre 2016 modifiant la loi sur l'information et l'accès aux documents ([ROF 2016\\_125](#)), dont l'objectif principal était d'adapter le droit cantonal à la Convention du 25 juin 1988 sur l'accès à l'information, la participation et l'accès à la justice en matière d'environnement ([Convention d'Aarhus ; RS 0814.07](#)), entrée en vigueur pour notre pays le 1<sup>er</sup> juin 2014. Elle a été préparée par un groupe de travail présidé par la Préposée cantonale à la transparence et comprenant des personnes représentant le Service de l'environnement et le Service de législation.

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

Un avant-projet d'ordonnance a été mis en consultation durant l'été 2017. Les modifications proposées ont été bien accueillies ; elles ont été jugées globalement nécessaires et pertinentes, y compris les ajustements tenant compte de la pratique. Les propositions ayant suscité le plus de remarques concernaient le raccourcissement des délais et l'envoi en recommandé de la détermination, applicables aux documents environnementaux. En outre, certaines critiques ont aussi été formées contre le caractère parfois compliqué du texte. Ces avis ont été pris en considération dans toute la mesure du possible : l'envoi en courrier recommandé de la détermination a été abandonné et certaines formulations ont été simplifiées ou clarifiées. Mais il n'a pas été possible de modifier les règles concernant les délais, la Convention d'Aarhus ne laissant quasiment aucune marge d'appréciation dans ce domaine.

### **2 Grandes lignes du projet**

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

– Il introduit les modifications nécessaires pour tenir compte de l'élargissement du champ d'application personnel et matériel de la loi sur l'information et l'accès aux documents (LInf). Les art. 1 al. 2<sup>bis</sup> et 2 al. 1<sup>bis</sup> font le lien, d'une part, entre les notions d'*organes publics au sens strict* et

de *personnes privées assimilées à des organes publics* (art. 20 al. 1<sup>bis</sup> LInf) et, d'autre part, entre celles de *documents officiels* et d'*informations sur l'environnement*.

– Il prévoit l'introduction de plusieurs nouvelles normes de procédure qui concernent le traitement des demandes d'accès à des informations sur l'environnement. L'art. 15 al. 3 OAD fixe les règles que doit suivre la Commission cantonale de la transparence et de la protection des données lorsqu'elle tranche des demandes d'accès à des informations sur l'environnement conformément à l'art. 33a LInf. Les art. 12 al. 2, 13a, 14 al. 1<sup>bis</sup> et 4, ainsi que l'art. 15 al. 1 concernent la question des délais, lesquels ont été raccourcis à certaines conditions pour satisfaire aux exigences de la Convention d'Aarhus.

– Il adapte les règles sur la compétence pour traiter les demandes d'accès qui sont contenues à l'art. 17 OAD. La suppression de l'exception relative aux documents reçus uniquement en copie (art. 29 al. 1 let. a LInf) et l'adoption de l'art. 37 al. 1<sup>bis</sup> LInf, selon lequel une demande d'accès portant sur un document qui n'a été ni produit ni reçu à titre principal peut être traitée par tout organe qui le détient, impliquent de repenser légèrement la systématique de cette disposition.

– Il corrige, là où cela paraît possible, certaines lourdeurs de la procédure d'accès aux documents que la pratique des six premières années a permis d'identifier (art. 1a, 11 et 17 al. 3 OAD). Une nouvelle disposition a été ajoutée qui concerne le devoir de collaboration des parties à la phase de médiation (art. 14a OAD). En outre, deux modifications supplémentaires ont été expressément introduites à la demande de la pratique (art. 2 al. 2 let. b et 8 al. 1 let. a OAD).

### **3 Commentaire des dispositions**

#### **3.1. *Extension du champ d'application matériel et personnel* (art. 1 al. 2<sup>bis</sup> et 2 al. 1<sup>bis</sup>)**

**3.1.1.** Afin d'unifier la procédure d'accès aux documents, les personnes privées qui sont nouvellement soumises au droit d'accès sur la base de l'art. 20 al. 1<sup>bis</sup> LInf sont considérées comme des « organes publics » conformément à l'art. 1 al. 2<sup>bis</sup> OAD. Cela signifie qu'elles devront appliquer les mêmes règles que les organes publics au sens strict au moment de traiter des demandes d'accès à des informations sur l'environnement. Seules deux exceptions ont été introduites pour tenir compte des spécificités propres aux personnes privées et par souci de simplification (art. 14 al. 4, 1<sup>ère</sup> phr., 2<sup>e</sup> partie et 17 al. 4 OAD).

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

#### **3.2. *Règles de procédure* (art. 12 al. 2, 13a, 14 al. 1<sup>bis</sup> et 4, et 15 al. 3)**

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

La procédure devant la Commission est contentieuse ; l'organe privé sollicité par la demande d'accès jouit de tous les droits propres aux parties. Les règles à suivre par la Commission sont décrites à l'art. 15 al. 3. En tant qu'autorité administrative, cette dernière applique et respecte les

garanties de procédure qui figurent dans le CPJA ; elle veille aussi à préserver les intérêts des tiers concernés. La procédure est en outre gratuite.

**3.2.2.** Conformément aux exigences de la Convention d'Aarhus, la décision qui ouvre, le cas échéant, la voie du recours devant les tribunaux doit pouvoir être rendue dans un délai maximal de soixante jours. L'art. 36 al. 1<sup>bis</sup> LInf offre dès lors la possibilité à l'auteur-e d'une demande d'accès à des informations sur l'environnement d'exiger que celle-ci soit traitée dans des délais raccourcis par rapport à la procédure ordinaire, mais présume qu'il ou elle y renonce si aucune demande n'est faite dans ce sens. Un parti politique a critiqué l'introduction dans l'ordonnance de cette présomption qu'il juge contraire à la Convention d'Aarhus. A l'inverse, plusieurs organes d'application ont de leur côté relevé l'énorme difficulté pratique de respecter ces délais, en particulier lorsque des tiers doivent être consultés. Qui plus est, des délais trop stricts peuvent aussi avoir un impact défavorable sur le déroulement de la procédure de médiation. Tenant compte de tous ces éléments et après avoir encore procédé à une comparaison des différentes législations en Suisse sur les délais en matière de droit d'accès, cette présomption semble un compromis acceptable tant du point de vue pratique que juridique ; c'est pourquoi elle a été maintenue. Celle-ci peut cependant toujours être renversée, entraînant le départ d'un nouveau délai de soixante jours.

En cas d'activation de l'art. 36 al. 1<sup>bis</sup> LInf, toutes les étapes de la procédure se retrouvent raccourcies en conséquence (cf. les art. 13a al. 2 et 14 al. 1<sup>bis</sup> introduits par le projet). Malgré la brièveté des délais et l'importance cruciale, en particulier pour les tiers concernés, d'avoir la possibilité de requérir la médiation, l'envoi de la détermination par recommandé a été abandonné, plusieurs participants à la consultation ayant critiqué le caractère disproportionné et coûteux de cette mesure. A cela s'ajoute que la réception des envois recommandés non distribués directement par l'agent ou l'agente postal-e peut être retardée jusqu'à sept jours (délai de garde de la Poste) durant lesquels toute la procédure peut se retrouver paralysée. Il n'empêche que les organes publics concernés devront malgré tout tenir compte des délais très serrés au moment d'adresser leur détermination. Ils pourront notamment se tourner vers les moyens électroniques si cette manière de faire s'avère satisfaisante et que les personnes concernées y consentent. Si le média utilisé ne permet cependant pas de calculer précisément le délai de cinq jours prévu à l'art. 14 al. 1<sup>bis</sup> pour requérir la médiation, les acteurs concernés devront faire preuve d'une certaine souplesse et accepter que la demande de médiation puisse parvenir au ou à la préposé-e avec quelques jours de retard. Vu l'enjeu particulier de ce délai et pour éviter toute confusion, l'art. 12 al. 2 OAD a été complété de telle manière que les organes publics devront indiquer expressément dans la détermination le temps à disposition pour requérir la médiation. Cette obligation vaut quel que soit le délai applicable (ordinaire ou raccourci).

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

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

**3.3.2.** Conformément à l'art. 37 al. 1 LInf, la compétence pour traiter une demande d'accès est attribuée en premier lieu à l'organe qui l'a produit ou qui l'a reçu à titre principal. Entre ces deux organes, l'OAD maintient le principe de la compétence subsidiaire du « destinataire » par rapport à celle du « producteur ». Selon le projet, l'art. 17 al. 2 OAD est uniquement complété par un renvoi à l'art. 37 al. 1<sup>bis</sup> LInf, en vertu duquel une demande concernant un document qui a été reçu en copie

peut être traitée par tout organe se trouvant en sa possession. Pour que cette règle trouve application, il faut bien entendu que le document visé n'ait été ni produit, ni reçu à titre principal par un autre organe soumis à la LInf.

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

**3.3.4.** L'art. 17 al. 4 OAD introduit par le projet définit les règles de compétence applicables à l'égard des documents environnementaux détenus par des personnes privées au sens de l'art. 20 al. 1<sup>bis</sup> LInf. Comme pour les organes publics au sens strict, le principe de la compétence principale de l'organe producteur est maintenu. Toutefois, dans un souci de simplification et d'efficacité, les demandes qui concernent des documents qui ont été transmis à un organe cantonal ou communal peuvent aussi être traitées par celui-ci directement. Dans un tel cas, la personne privée à l'origine du document concerné n'est pas pour autant exclue de la procédure. En tant que tiers concerné, elle devra impérativement être consultée et pourra requérir, le cas échéant, l'ouverture d'une procédure de médiation devant le ou la préposé-e contre la détermination de l'organe public. La décision de l'organe public est quant à elle sujette à recours conformément aux règles ordinaires de la juridiction administrative (art. 34 al. 1 LInf).

### **3.4. Modifications fondées sur la pratique (art. 1a, 2 al. 2, 8 al. 1, let. a, 11 et 14a)**

**3.4.1.** Les documents ayant déjà fait l'objet d'une diffusion officielle doivent pouvoir ensuite être consultés librement, quand bien même ils ne seraient plus directement accessibles *via* les canaux de communications traditionnels employés par l'Etat.

Le nouvel art. 1a considère ce type de documents comme des « documents manifestement publics ». Il s'en suit que toute personne doit en principe pouvoir y accéder sans qu'il soit nécessaire de passer par la procédure d'accès aux documents officiels. Les demandes tendant à leur consultation ne sont dès lors pas considérées comme des demandes d'accès au sens de la LInf ; elles ne doivent pas non plus être comptabilisées dans le recensement annuel pour le ou la préposé-e (art. 22 LInf). En cas de demande portant sur un document manifestement public, n'importe quel organe public qui le détient est habilité à le transmettre sans autre formalité (art. 1a al. 2). Dans le cas des documents manifestement publics qui ont été versés aux Archives, ceux-ci peuvent être communiqués librement sans qu'il soit nécessaire de consulter l'organe public responsable durant le délai de protection prévu par la loi.

La consultation des documents manifestement publics connaît cependant une limite : l'intérêt du public d'être informé à propos d'un objet peut diminuer sous l'effet du temps, tandis qu'il peut y avoir des motifs légitimes justifiant de ne pas revenir sur des faits passés (cf. notamment la question du droit à l'oubli). C'est pourquoi, même lorsqu'un document a déjà été diffusé officiellement à un moment donné auprès du public, l'organe sollicité doit s'assurer que sa divulgation au moment de la demande ne présente aucun risque d'atteinte manifeste à des intérêts particuliers. En cas de doute fondé, la demande doit être traitée selon les règles ordinaires de la procédure d'accès ; elle doit être transmise à l'organe compétent et le ou les tiers concernés doivent être consultés.

**3.4.2.** Deux modifications supplémentaires ont été apportées à la demande de la pratique. Il s'agit premièrement d'une précision sur la notion de document officiel qui permet de couvrir les documents provenant de sources tierces (art. 2 al. 2 let. b). La formulation est reprise de l'art. 1 al. 2 let. b OTrans. Secondement, la notion de demande soulevant des difficultés particulières a été étendue aux demandes portant sur des documents particulièrement volumineux requérant un certain délai afin d'en prendre connaissance avant leur possible divulgation (art. 8 al. 1 let. a).

**3.4.3.** L'art. 11 OAD permet de simplifier la procédure en supprimant à certaines conditions l'obligation de consulter les éventuels tiers concernés par une demande d'accès.

L'alinéa 1<sup>er</sup> énumère les cas où l'organe public peut renoncer à la consultation parce qu'il apparaît de manière très claire, au stade du pré-examen de la demande, que cette dernière remplit les conditions d'un refus complet de l'accès.

L'alinéa 2 énonce deux situations pour lesquelles la consultation n'est pas non plus nécessaire pour procéder à la divulgation des informations demandées :

– La let. *a* est une nouveauté. Elle vise les cas où il est absolument clair qu'un accès aux informations souhaitées peut être accordé et que la consultation représenterait une étape inutile et contraire au principe d'économie de procédure. Sa formulation est inspirée de la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 142 II 340 cons. 4.6, JdT 2017 I 26). En précisant que cette exception vaut aussi pour accorder un accès restreint ou différé, l'idée est de simplifier la divulgation des informations requises si l'auteur-e de la demande accepte le caviardage de certaines parties du document potentiellement litigieuses ou s'il se satisfait d'un accès différé.

– La nouvelle let. *b* ne fait que reprendre le contenu des anciennes let. *b* et *c* sous une seule et même disposition.

**3.4.3.** Le nouvel art. 14*a* détaille sous divers aspects l'obligation de collaborer à laquelle les parties sont tenues dans la phase de médiation. Les règles qu'il contient sont similaires à celles qu'on retrouve dans le CPJA s'agissant du déroulement ordinaire de la procédure (cf. art. 47 ss CPJA). Cette disposition est reprise de l'art. 12*b* de l'ordonnance fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (OTrans ; RS 152.31).

## **4 Conséquences du projet et conformité au droit supérieur**

La concrétisation des nouvelles exigences relatives au droit d'accès en matière environnementale aura inmanquablement certaines conséquences organisationnelles pour les personnes en charge de la mise en œuvre de la LInf aux niveaux cantonal et communal. Comme le Conseil d'Etat l'a indiqué dans son Message relatif à la modification de la LInf, les modifications apportées n'ont cependant pas de conséquences financières et en personnel directes (Message 2015\_CE\_127 du 06.06.2016, BGC 2016 p. 2647 ss, 2653). D'une part, parce qu'elles procèdent pour l'essentiel à une adaptation à du droit supérieur qui est de toute manière d'application directe et, d'autre part, parce que ces changements ne devraient pas avoir d'impact sensible sur le nombre de demandes d'accès, lequel est resté stable depuis l'entrée en vigueur de la LInf (selon les statistiques de 2016, 39 demandes ont été déposées l'année passée).

A noter par ailleurs que les modifications proposées qui concernent les documents manifestement publics (cf. *pt* 3.4.1 ci-dessus), l'extension de la notion de demande soulevant des difficultés particulière (cf. *pt* 3.4.2 ci-dessus) et les possibilités supplémentaires de renoncer à la consultation des tiers (cf. *pt* 3.4.3 ci-dessus) sont susceptibles d'alléger dans une certaine mesure la charge de travail inhérente au traitement d'une demande d'accès à l'information.