



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Autorité cantonale de la transparence, de la
protection des données et de la médiation ATPrDM
Kantonale Behörde für Öffentlichkeit, Datenschutz
und Mediation ÖDSMB

La préposée cantonale à la transparence

Rue des Chanoines 2, 1700 Fribourg

T +41 26 322 50 08
www.fr.ch/atprdm

—

Réf : MS 2021-Trans-232/2022-Trans-90
T direct : +26 305 59 73
Courriel : martine.stoffel@fr.ch

Recommandation du 31 mai 2022

selon l'article 33 de la loi sur l'information et l'accès aux documents
(LInf)

concernant la requête en médiation entre

et

Bluefactory Fribourg-Freiburg SA

I. La préposée cantonale à la transparence constate :

1. Les faits pertinents suivants relatés en lien avec le présent dossier se limitent à l'essentiel dans ce contexte.
2. Le 3 septembre 2021, _____ (le requérant) a demandé au Service de l'environnement de l'Etat de Fribourg (SEn) des renseignements à propos de la présence d'amiante sur le site industriel de Bluefactory (BFF SA). Le SEn a répondu le 12 septembre 2021 qu'il « exige des diagnostics des polluants de l'environnement bâti pour toutes les demandes de permis comportant des démolitions-rénovations-transformations sur tous les éléments construits avant 1993. Le site industriel de Bluefactory a fait l'objet d'une douzaine de demandes de permis depuis 2011. » Il a considéré que « comme tous

les rapports de diagnostics avant et après travaux doivent être en possession du propriétaire des lieux, il serait plus simple et efficace de demander ces informations directement à Bluefactory Fribourg SA (BFF SA), en conformité avec la loi sur l'information ».

3. Le 13 septembre 2021, le requérant a demandé à BFF SA l'accès aux rapports de diagnostic amiante effectués en vue des travaux sur le site industriel de BFF SA, conformément à la loi cantonale du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents (LInf ; RSF 17.5). BFF SA a répondu le 14 septembre 2021 en indiquant que les lois auxquelles faisaient référence le requérant ne s'appliquaient pas, à sa connaissance, à BFF SA, et a redirigé le requérant vers les organes de l'Etat ou la commune de Fribourg.
4. Le 16 septembre 2021, le SEn a informé qu'il traiterait la demande d'accès. Il a averti qu'il allait estimer le temps qu'il lui faudrait pour rassembler les documents et que, si le travail est conséquent, des « honoraires » pouvaient être facturés.
5. Le 20 septembre 2021, le requérant a souhaité que la question de la soumission de BFF SA à la LInf soit analysée avec certitude et a déposé auprès de la préposée cantonale à la transparence (la préposée) une requête en médiation au sens de l'art. 33 al. 1 LInf contre le refus de BFF SA et du SEn d'accéder à sa demande.
6. A quatre reprises entre septembre et décembre 2021, la préposée a demandé au requérant de lui transmettre les copies des demandes d'accès et des déterminations de BFF SA et du SEn. Le 30 décembre 2021, le requérant a transmis les documents demandés à la préposée.
7. Le 11 janvier 2022, la préposée a invité le requérant, le SEn et BFF SA à une séance de médiation, octroyant un délai jusqu'au 17 janvier 2022 à BFF SA et au SEn pour se déterminer sur la requête ou donner accès aux documents. En vertu de l'art. 41 al. 3 LInf, elle a également demandé à BFF SA et au SEn de lui faire parvenir une copie des documents demandés d'ici au 17 janvier 2022.
8. Le 12 janvier 2022, BFF SA a informé qu'elle ne participerait pas à la séance de médiation car elle ne s'estime pas soumise au champ d'application de la LInf : « *Certes, la loi s'applique à des personnes privées telle qu'une société anonyme dans les deux cas précis des let. b. et c., mais BFF SA n'a ni la faculté de rendre des décisions dans le contexte précité, ni la mission d'accomplir des tâches publiques dans le domaine de l'environnement* ». Elle a ajouté que, par conséquent, « *nous pensons que BFF SA n'est qu'un « tiers » qui est partiellement concerné par la demande. La société BFF SA ne s'oppose pas à la demande d'accès aux informations concernant l'amiante sur son site, pour autant que cette demande soit conforme au droit et vise un organe public, tel le SEn. Le SEn s'engageant à donner accès aux documents qui sont en leur possession avant le 21 janvier, nous n'avons pas d'autres documents à fournir, et nous déclinons l'invitation à la médiation* ».
9. Le 13 janvier 2022, le SEn a informé qu'étant « *responsable du diagnostic amiante avant travaux* », il donnerait accès aux documents qui sont en sa possession (listing des permis de construire, rapport des bureaux d'ingénieurs avant travaux) avant le 21 janvier 2022.

10. Le 17 janvier 2022, la préposée a émis un doute quant à l'applicabilité de la LInf à BFF SA parce qu'il ne semblerait pas qu'elle puisse rendre des décisions au sens du Code de procédure et de juridiction administrative du 23 mai 1991 (CPJA ; RSF 150.1).
11. Le 19 janvier 2022, le SEn a transmis le listing des permis de construire pour le site de BFF SA ainsi que les rapports des bureaux d'ingénieurs en sa possession sur les diagnostics avant travaux des polluants de l'environnement bâti, en caviardant les données personnelles des collaboratrices et collaborateurs.
12. Le 20 janvier 2022, le requérant a sollicité un délai de 30 jours afin de lui permettre de prendre connaissance des documents transmis par le SEn et de communiquer sa position sur la suite de la procédure de médiation. Avec l'accord des parties, la préposée a suspendu la médiation pendant 30 jours et annulé la séance de médiation prévue le 24 janvier 2022.
13. Le 23 février 2022, le requérant a sollicité une nouvelle suspension de la procédure durant 30 jours pour se déterminer sur les documents. Avec l'accord des parties, la préposée a suspendu une nouvelle fois la médiation pendant 30 jours.
14. Le 14 avril 2022, le requérant a indiqué ne pas avoir reçu tous les documents demandés.
15. Le 25 avril 2022, la préposée a invité le requérant et le SEn à une séance de médiation le 11 mai 2022. Elle a enjoint le requérant à adresser les éventuelles demandes d'accès non couvertes par la demande d'accès initiale auprès des organes compétents.
16. Lors de la séance de médiation du 11 mai 2022, le requérant a soutenu que d'autres rapports et/ou documents relatifs à la présence d'amiante sur le site de BFF SA ne lui avaient pas été transmis. A son avis, ceux-ci sont en possession de BFF SA, il a donc maintenu sa requête en médiation (consid. 5) contre le refus d'accès de BFF SA (consid. 3). En ce qui concerne les demandes d'accès formulées auprès du SEn, il a confirmé avoir reçu les documents demandés et détenus par le SEn.
17. Le 12 mai 2022, la préposée a consulté BFF SA afin de lui donner la possibilité de compléter sa détermination du 12 janvier 2022 (consid. 8) d'ici au 20 mai 2022.
18. Par courriel du 13 mai 2022, BFF SA a répondu qu'elle confirmait sa position du 12 janvier 2022 (consid. 8). Elle a réaffirmé « *qu'elle ne s'oppose aucunement à une demande d'accès aux informations concernant l'amiante sur son site pour autant que celle-ci soit conforme au droit et vise un organe public. BFF SA a fourni les analyses qui lui ont été demandées dans le cadre d'obtention de permis et a notamment suivi l'ensemble des démolitions récentes avec un expert à ses côtés* ».
19. Les 11 et 18 mai 2022, la préposée a annoncé aux parties qu'elle allait effectuer une analyse de la question de la soumission de BFF SA à la LInf de façon plus approfondie sous une forme appropriée qui permette aux parties de soumettre cette question à une appréciation judiciaire. Il s'agit donc ici d'effectuer un tel examen plus approfondi.

II. La préposée considère ce qui suit :

A. Considérants formels

20. En vertu de l'article 33 al. 1 LInf, toute personne qui a demandé l'accès ou qui a fait opposition en tant que tiers peut, dans les trente jours qui suivent la détermination de l'organe public, déposer par écrit et contre celle-ci une requête en médiation auprès de la préposée. La personne qui a demandé l'accès peut, si l'organe public ne répond pas dans les délais prévus, déposer une requête en médiation comme si l'accès avait été refusé (art. 13 al. 3 de l'ordonnance cantonale du 14 décembre 2010 sur l'accès aux documents, OAD ; RSF 17.54). En l'absence de requête, la détermination est considérée comme acceptée (art. 14 al. 1 OAD).
21. La préposée conduit librement la procédure de médiation et s'efforce d'amener les parties à un accord (art. 14 al. 2 OAD).
22. Lorsque la médiation aboutit, l'accord est consigné par écrit et devient immédiatement exécutoire (art. 14 al. 3 OAD).
23. Lorsque la médiation échoue ou n'aboutit pas, la préposée établit à l'intention des parties une recommandation écrite (art. 33 al. 2 LInf).
24. Lorsqu'une recommandation a été émise, l'organe public rend d'office une décision; s'il se rallie à la recommandation, le renvoi à cette dernière peut faire office de motivation (art. 33 al. 3 LInf). L'organe public rend sa décision dès que possible, mais au plus tard dans les trente jours qui suivent la réception de la recommandation (art. 15 al. 1 OAD).

B. Considérants matériels

a) *Procédure de médiation avec le SEn*

25. Durant la séance de médiation du 11 mai 2022, le requérant a indiqué avoir reçu les documents demandés auprès du SEn (consid. 16). La procédure de médiation avec le SEn a donc abouti par la transmission des documents et est close.

b) *Soumission de BFF SA à la LInf*

26. Le requérant indique que BFF SA est à son avis soumis à la LInf. BFF SA soutient que tel n'est pas le cas (consid. 8 et 18).
27. La règle générale est que les personnes privées et les organes d'institutions privés qui accomplissent des tâches de droit public, dans la mesure où ils peuvent édicter des règles de droit ou rendre des décisions au sens du CPJA, sont soumis à la LInf (art. 2 al. 1 let. b LInf). Il s'agit là de deux conditions cumulatives.
28. Il existe une exception à ces deux conditions cumulatives dans le domaine de l'environnement (art. 2 al. 1 let. c LInf). Cette exception ne s'applique pas en l'occurrence.
29. BFF SA est une personne privée, à savoir une société anonyme de droit privé régie par les articles 620 ss de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Code des obligations ; RS 220). La Ville de Fribourg et l'Etat de Fribourg

ont créé l'entreprise commune (*joint-venture*) BFF SA (art. 54 al. 3 de la Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004, Cst ; RSF 10.1). Selon l'article 4 al. 1 de la Convention d'actionnaires du 12 février 2014, la Ville et l'Etat de Fribourg détiennent à parts égales (50% chacun) les actions de BFF SA.

30. L'attribution d'une tâche de droit public à une personne privée repose sur trois conditions¹ :
- > elle doit être justifiée et guidée par le souci de servir l'intérêt public ;
 - > la collectivité publique doit exercer une surveillance sur l'accomplissement des tâches confiées ;
 - > une base légale formelle qui circonscrit de manière claire et précise le domaine d'activité visé.
31. Selon ses statuts, le but social de BFF SA est de « *promouvoir, développer, construire, exploiter et gérer le quartier d'innovation sis sur l'ancien site de la brasserie Cardinal* » (art. 3 des statuts du 1^{er} avril 2022 de BFF SA). Ses buts s'inscrivent dans une vision globale de promotion économique et d'innovation. La promotion économique et l'encouragement à l'innovation sont des tâches publiques au sens de l'article 57 Cst., qui servent l'intérêt public. La loi cantonale du 3 octobre 1996 sur la promotion économique (LPEc ; RSF 900.1) concrétise ces tâches publiques.
32. Selon l'article 5 de la Convention d'actionnaires du 12 février 2014, les parties sont obligées de maintenir leur participation égale au capital action. La Convention d'actionnaires prévoit aux articles 5 et suivants une réglementation détaillée pour un éventuel transfert des actions. L'article 14 indique que le Conseil d'Etat et la Ville de Fribourg désignent les membres du Conseil d'administration, ainsi que le Président de BFF SA. La surveillance de BFF SA a donc lieu sur la base de la Convention d'actionnaires du 12 février 2014.
33. Dès lors, la préposée est d'avis que les deux premières conditions (à savoir le souci de servir l'intérêt public et la surveillance par la collectivité publique sur l'accomplissement des tâches confiées) pour l'attribution d'une tâche de droit public à une personne privée comme BFF SA sont réunies.
34. En ce qui concerne la troisième condition (la base légale formelle), les tâches de BFF SA ne sont pas mentionnées explicitement dans les bases légales déterminantes. Mais la LPEc mentionne à l'article 14 al. 1 que l'Etat veille à l'existence d'une offre effective et attrayante de terrains et de bâtiments destinés aux activités économiques. L'Etat a pour tâches de désigner les terrains et bâtiments considérés comme stratégiques pour le développement économique du canton (art. 15 al. 1 LPEc). Le canton et la Ville ont choisi comme un des moyens pour atteindre ce but la création de BFF SA. Il découle dès lors la législation générale que BFF SA exerce une tâche publique.

¹ DUBEY JACQUES / ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014, p. 36, N 109, HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2020, N 1817, p. 410. A ce sujet voir aussi TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berne 2014, 1/N 1-17, pp. 88-94.

35. Pour cette raison, la préposée est d'avis que la troisième condition est remplie également, et que BFF SA est une personne privée qui accomplit une tâche publique.
36. Le fait qu'une société de droit privé exerce des tâches publiques n'empêche pas que les relations de travail avec ses employé-e-s soient régies par le droit privé et soumis à des juridictions de droit civil et non pas administratif. Cette conséquence découle de la forme juridique choisie pour la société, mais n'a pas d'incidence sur les tâches publiques éventuellement octroyées à la société. C'est ce qui découle de deux jurisprudences récentes².
37. Cela étant, il sied encore de déterminer si BFF SA peut rendre des décisions au sens du CPJA ou édicter des règles de droit, qui constitue la deuxième condition cumulative de l'article 2 al. 1 let. b LInf pour que BFF SA soit soumise à la LInf.
38. La compétence de rendre des décisions administratives doit reposer sur une loi au sens formel.³ Ce n'est pas le cas en l'occurrence. Mais cette exigence de la base légale formelle n'est pas toujours nécessaire. Une jurisprudence du Tribunal fédéral précise que « *toutefois, la délégation de tâches publiques à un organisme extérieur à l'administration peut implicitement comprendre le pouvoir décisionnel nécessaire à leur accomplissement, pour autant qu'une loi spéciale ne l'exclue pas et que l'exercice d'un tel pouvoir de décision soit indispensable à l'organisme concerné pour réaliser lesdites tâches. Le plus souvent, la question de savoir si la délégation d'une tâche publique englobe celle d'un pouvoir décisionnel ne trouve pas de réponse évidente dans le texte légal et il faut déterminer par voie d'interprétation l'existence et, le cas échéant, l'étendue et le champ d'application précis d'un tel pouvoir* ».⁴
39. Cette situation correspond à celle de BFF SA. Les tâches publiques qui lui sont octroyées par la législation peuvent l'amener à rendre des décisions au sens du CPJA. C'est ce qui s'est passé effectivement. BFF SA a agi en tant que pouvoir adjudicateur dans au moins une procédure de droit des marchés publics. Divers actes accomplis par un pouvoir adjudicateur, dont l'appel d'offre ou l'adjudication, sont considérés comme des décisions sujettes à recours (art. 15 al. 1 bis de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics, AIMP ; RSF 122.91.2). Le CPJA est applicable aux décisions rendues dans le cadre des marchés publics, sous réserve des dispositions qui y dérogent (art. 7 al. 1 CPJA), c'est aussi ce qui ressort de la jurisprudence.⁵ Dès lors, BFF SA a rendu des décisions au sens du CPJA, malgré son statut de personne privée.
40. Par exemple, l'appel d'offres concernant le marché de travaux de construction « *Réalisation d'un bâtiment pour le Smart Living Lab* » a été publié le 26 mars 2021 dans la Feuille officiel du canton de Fribourg et sur la plateforme Simap.⁶ Le pouvoir adjudicateur était BFF SA. L'adjudication pour ce marché a été faite par décision

² Arrêt du Tribunal cantonal 102 2018 53 du 17 mai 2019 et arrêt du Tribunal fédéral 4A_310/2019 du 10 juin 2020.

³ ATF 144 II 376, consid. 7.1 ; BOVAY BENOÎT, Procédure administrative, Berne 2015, p. 330 ; DUBEY JACQUES / ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014, p. 313-314 N 856.

⁴ ATF 144 II 376, consid. 7.1.

⁵ Par exemple, arrêt du Tribunal cantonal 602 2020 52 du 15 juin 2020.

⁶ No. de la publication Simap : 1186835.

administrative le 15 décembre 2021 par BFF SA, publiée le 21 janvier 2022 dans la Feuille officielle du canton de Fribourg et sur Simap.⁷

41. Afin de comprendre pourquoi la voie du marché public a été choisie pour le marché de travaux de construction du bâtiment SLL, il y a lieu de se référer à la réponse du Conseil d'Etat à une question de députés⁸: « *La construction du bâtiment SLL est soumise à la loi sur les marchés publics car la réalisation de cet objet constitue l'exécution d'une tâche publique et que cette construction est financée par les collectivités publiques au moyen d'un prêt « conditionnellement remboursable » accordé par l'Etat de Fribourg* ».
42. BFF SA a donc rendu des décisions au sens du CPJA. D'ailleurs, BFF SA l'admet elle-même.
43. En conclusion, la préposée est d'avis que bien qu'une base légale formelle semble faire défaut, en raison de décisions au sens du CPJA rendues dernièrement, BFF SA est soumise à la LInf. Les demandes d'accès qui lui sont adressées sont à traiter conformément à la LInf.

III. Se fondant sur les considérants susmentionnés, la préposée recommande :

44. BFF SA traite la demande d'accès selon la procédure prévue aux articles 20 et suivants LInf, notamment en demandant au requérant de préciser les demandes d'accès encore ouvertes (art. 31 al. 1 et 32 al. 1 LInf). Si le requérant ou BFF SA le souhaite, la préposée se tient à leur disposition.
45. BFF SA rend une décision, comme prévu à l'article 33 al. 3 LInf, dans les trente jours qui suivent la réception de la recommandation (art. 15 al. 1 OAD).
46. La décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal cantonal (art. 34 al. 1 LInf et art. 114 al. 1 let. f CPJA).
47. La présente recommandation peut être publiée (art. 41 al. 2 let. e LInf). Afin de protéger les droits de la personnalité, les données du requérant sont anonymisées.
48. La recommandation est notifiée par courrier recommandé :
 - > au requérant, _____
 - > à Bluefactory Fribourg-Freiburg SA, Passage du Cardinal 1, 1700 Fribourg
49. Une copie de la recommandation est envoyée par courrier prioritaire :
 - > au Service de l'environnement SE, Impasse de la Colline 4, 1762 Givisiez

Martine Stoffel
Préposée cantonale à la transparence

⁷ No. de la publication Simap : 1239609.

⁸ Réponse du Conseil d'Etat du 4 mai 2021 à un instrument parlementaire, Question Kolly Gabriel / Demierre Philippe, blueFACTORY : une politique à deux vitesses pour les marchés publics ?, 2021-CE-61, p. 3.