



1C_353/2019

Arrêt du 18 mars 2020

Ire Cour de droit public

Composition
MM. les Juges fédéraux Chaix, Président,
Fonjallaz et Haag.
Greffier : M. Kurz.

Participants à la procédure

A. _____,
recourant,

contre

Préposée à la transparence de l'Etat de Fribourg, rue des Chanoines 2, 1700 Fribourg,
Commission de la protection des données et de la transparence de l'Etat de Fribourg, rue des Chanoines 2,
1700 Fribourg,

Etablissement cantonal d'assurance des bâtiments ECAB,

Objet
Législation cantonale sur l'information et l'accès aux documents,

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, le Cour administrative, du 21 mai 2019
(601 2019 19).

Faits :

A.

Le 19 novembre 2018, A. _____ a saisi la Préposée cantonale à la transparence du canton de Fribourg (ci-après: la Préposée) d'une requête en médiation concernant l'accès à divers documents et renseignements de la part de l'Etablissement cantonal fribourgeois d'assurance des bâtiments (ci-après: l'ECAB); il désirait aussi connaître la date de la séance du conseil d'administration de l'ECAB (ci-après: CA) au cours de laquelle ses précédentes demandes seraient traitées.

Par lettre du 23 novembre 2018, les parties ont été convoquées par la Préposée à une séance de médiation le 5 décembre 2018. Par courrier électronique, A. _____ a indiqué qu'une séance de médiation n'était pas nécessaire. Le 27 novembre 2018, il lui fut répondu que la séance ne pouvait être annulée, sauf en cas de retrait de la demande ou de demande commune de suspension. Le même jour, A. _____ fit savoir qu'il ne serait pas présent à la séance; il jugeait celle-ci inutile dans la mesure où sa requête - qu'il confirmait - était claire et non négociable; il désirait savoir quand la séance du CA aurait lieu. L'ECAB a transmis certains renseignements et la Préposée a fait savoir, les 30 novembre et 3 décembre 2018, que la séance était maintenue. A. _____ ne s'est pas présenté à celle-ci et la Préposée a indiqué, par lettre du lendemain, que la procédure suivrait son cours. L'ECAB a encore fourni certains renseignements le 10 décembre 2018. Le 12 décembre 2018, la Préposée a convoqué une nouvelle séance de médiation le 8 janvier 2019, précisant que les parties étaient obligées de comparaître et que si le requérant était à nouveau absent sans excuse valable, la requête serait considérée comme retirée. Le même jour, A. _____ a indiqué à l'ECAB qu'il réclamait encore deux renseignements (voyages à l'étranger des membres du CA et rémunération des anciens membres). Le 7 janvier 2019, il fit savoir qu'il ne se présenterait pas à la séance de médiation car il attendait encore la réponse de l'ECAB; il considérait que la médiation avait échoué et demandait une recommandation sur le fond.

Le requérant ne s'étant pas présenté à la séance du 8 janvier 2019, la Préposée a constaté, par décision du 23 janvier 2019, que la requête était retirée et que la procédure de médiation était considérée comme close.

Les parties avaient l'obligation de collaborer à la médiation en vertu de l'art. 14a de la loi cantonale sur l'accès aux documents (OAD, RS/FR 17.54) et l'autorité cantonale pouvait, en l'absence d'une disposition spécifique, appliquer par analogie l'art. 12b al. 3 OTrans.

B.

Par arrêt du 21 mai 2019, la I^e Cour administrative du Tribunal cantonal fribourgeois a rejeté le recours formé par A._____. La médiation était une étape essentielle de la procédure d'accès, préalable à une recommandation et à la décision de l'organe concerné. En l'occurrence, la seconde séance conservait un objet et le recourant avait été averti des conséquences d'une absence injustifiée; la Préposée pouvait dès lors classer la demande sans rendre de recommandation. Le requérant demeurait d'ailleurs libre de présenter une nouvelle demande.

C.

Agissant par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, A._____ demande au Tribunal fédéral de constater la nullité de plein droit de la décision de la Préposée, la caducité - ou la nullité de plein droit - de l'arrêt cantonal, la Préposée devant constater l'échec de la médiation et rendre une recommandation; subsidiairement, il conclut au renvoi de la cause à l'instance précédente ou à la Préposée. Le Tribunal cantonal se réfère à son arrêt. La Préposée et la Commission cantonale de la protection des données et de la transparence (ci-après: la commission) concluent au rejet du recours dans la mesure où il est recevable. L'ECAB conclut au rejet du recours. Le recourant a déposé des déterminations complémentaires.

Considérant en droit :

1.

L'arrêt attaqué, relatif à une procédure d'accès à des documents au sens de la loi fribourgeoise sur l'information et l'accès aux documents (LInf, RS/FR 17.5), constitue une décision finale rendue dans une cause de droit public (art. 82 let. a LTF). Aucune des exceptions mentionnées à l'art. 83 LTF n'étant réalisée, c'est le recours en matière de droit public qui est en principe ouvert, et non le recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 LTF). Le recours peut, cela étant, être traité comme tel. Le recourant a pris part à la procédure devant l'autorité précédente (art. 89 al. 1 let. a LTF). Il dispose d'un intérêt à l'annulation ou à la réforme de l'arrêt attaqué, dans le sens de ses conclusions.

Dans ses motifs, le recourant entend remettre en cause un précédent arrêt du Tribunal cantonal constatant que la commission n'a pas de compétence pour statuer sur le fond de la cause, et déclarant irrecevable le recours à l'encontre de sa décision. Le recourant n'a toutefois pas agi en temps utile contre l'arrêt en question, lequel est entré en force et ne constitue d'ailleurs pas l'objet de la présente procédure. Les griefs soulevés à cet égard sont irrecevables.

Sous cette dernière réserve, il y a lieu d'entrer en matière.

2.

Le recourant soutient en premier lieu que la décision de la Préposée du 23 janvier 2019 aurait dû être déclarée nulle, faute de toute compétence décisionnelle: selon le droit cantonal, la Préposée pourrait exclusivement rendre des recommandations. Le recourant se prévaut sur ce point d'un arrêt rendu par la cour cantonale le 21 mai 2019 dans une cause parallèle, constatant que la commission n'a pas de compétence pour rendre de décision formelle sur le fond. Il estime que le défaut de compétence décisionnelle serait évident et pourrait être invoqué en tout temps. La cour cantonale aurait violé l'art. 30 al. 1 Cst. en ne sanctionnant pas cette nullité.

2.1. Selon la jurisprudence, la nullité absolue ne frappe que les décisions affectées des vices les plus graves, manifestes ou particulièrement reconnaissables, et pour autant que la constatation de la nullité ne mette pas sérieusement en danger la sécurité du droit (**ATF 138 II 501** consid. 3.1 p. 503 s.; **137 I 273** consid. 3.1 p. 275).

2.2. Selon les art. 33 LInf et 14 OAD, la requête en médiation est déposée après traitement initial de la demande par l'organe public. Lorsque la médiation aboutit, l'accord devient immédiatement exécutoire; dans le cas contraire, le préposé formule une recommandation (art. 33 al. 2 LInf et 14 al. 4 OAD). Le dépôt de la requête en médiation emporte la saisine du préposé et l'ouverture d'une procédure qui s'achève, dans les cas ordinaires, par un accord ou une recommandation. Lorsqu'un accord intervient, il appartient au préposé d'en faire état par une décision de constatation acquérant force de chose jugée. En outre, lorsque la demande de médiation ne satisfait pas aux conditions de recevabilité posées par la loi (en particulier le délai de trente jours suivant la détermination de l'organe public - art. 33 al. 1 LInf, art. 14 al. 1 et 1bis OAD), il appartient également au préposé de le constater par une décision mettant fin à sa saisine. Ainsi, contrairement à ce que retient l'arrêt attaqué, si le préposé ne rend pas de décision formatrice contraignante sur le fond de la cause (soit sur l'existence et l'étendue du droit d'accès), il peut être amené à statuer dans certains cas par voie décisionnelle, y compris lorsque la demande de médiation est retirée et qu'il convient à tout le moins d'en prendre acte. Dans ces conditions, il ne saurait y avoir de nullité absolue de la décision du 23 janvier 2019 pour défaut de compétences décisionnelles. On ne saurait non plus reprocher à la cour cantonale de ne pas avoir constaté cette nullité et il n'y a aucune contradiction avec l'arrêt cantonal qui constate que la commission, à l'instar de la Préposée, ne peut pas rendre de décision sur le fond. Le grief doit être écarté.

3.

Dans le prolongement du grief précédent, le recourant se plaint d'arbitraire dans l'application de l'art. 111 al. 2 du code de procédure et de juridiction administrative du canton de Fribourg (CPJA, RS/FR 150.1). Il reproche à la cour cantonale d'avoir considéré son recours comme un recours pour déni de justice (refus de statuer) alors que ni la préposée, ni l'ECAB n'avaient à ce stade de compétences décisionnelles.

3.1. Une décision est arbitraire (art. 9 Cst.) lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité; il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit censurée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire, non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat (ATF 144 III 145 consid. 2; 144 I 170 consid. 7.3 p. 174 s. et les références). Pour être jugée arbitraire, la violation du droit doit être manifeste et pouvoir être reconnue d'emblée. Il appartient au recourant de démontrer en quoi l'application qui a été faite du droit est arbitraire, y compris dans son résultat (art. 106 al. 2 LTF; ATF 144 III 145 consid. 2 et les références).

3.2. La cour cantonale a laissé indécise la question de savoir si le classement de la procédure pouvait faire l'objet d'un recours pour retard à statuer, considérant que l'ECAB pouvait "indirectement" avoir commis un déni de justice. Il n'y a pas lieu d'examiner le bien-fondé de cette appréciation dès lors que l'arrêt attaqué n'est à tout le moins pas arbitraire dans son résultat. En effet, renonçant - à juste titre comme on l'a vu - à constater la nullité de la décision de la Préposée, la cour cantonale a ensuite examiné sur le fond si l'instance précédente pouvait considérer la requête de médiation comme retirée et priver ainsi le recourant d'une recommandation, puis d'une décision de l'organe public. Qu'il s'agisse d'un recours pour déni de justice ou d'un recours contre la décision de classement de la procédure de médiation, les griefs soulevés contre cette dernière ont donc été examinés et le recourant n'en subit aucun préjudice.

4.

Sur le fond, le recourant se plaint d'une non-application, respectivement d'une application arbitraire des art. 33 LInf et 14a al. 4 OAD. A teneur de cette dernière disposition, ignorée par la cour cantonale et dont le recourant propose une interprétation grammaticale, systématique, historique et téléologique, la seule conséquence possible d'un refus de participer à la séance de médiation serait la constatation du non-aboutissement de la médiation et le prononcé d'une recommandation. La cour cantonale ne pouvait donc appliquer l'art. 12b al. 3 LTrans ou les règles sur la conciliation civile dont la réglementation cantonale s'écarterait délibérément. L'art. 33 CPJA, invoqué par la Préposée (et également ignoré par la cour cantonale), ne serait pas non plus applicable à la procédure de médiation. La liberté dont bénéficie la Préposée dans la conduite de la procédure serait limitée par les principes et les buts de la médiation (obtention d'un accord, respect du droit d'être entendu, procédure écrite, respect de la volonté des parties) de sorte qu'elle ne pouvait pas ignorer la règle claire de l'art. 14a al. 4 OAD. Le recourant rappelle que la procédure a commencé par écrit et qu'au vu de la position exprimée par les parties, aucun accord n'était possible. Contrairement à ce que soutient la cour cantonale, le recourant ne pouvait renouveler sa demande puisque celle-ci se serait heurtée aux mêmes obstacles et que l'obligation de déposer une nouvelle demande contreviendrait au principe de célérité.

4.1. L'art. 14a OAD est intitulé " Obligation de collaborer à la médiation ". Son alinéa 4 a la teneur suivante: Lorsque les parties refusent de prêter le concours nécessaire à l'aboutissement d'un accord ou qu'elles retardent abusivement la médiation, le ou la préposé-e peut constater qu'elle n'a pas abouti. Avec le recourant, il faut constater que, tout en laissant indécise la question de savoir si les art. 33 CPJA et 12b al. 3 LTrans s'appliquaient, directement ou par analogie, à la procédure cantonale de médiation, l'arrêt cantonal ne mentionne pas cette disposition. Quelle que soit la raison de cette omission, le recourant ne démontre pas, alors que cette démonstration lui incombe (cf. consid. 3.1 ci-dessus), que l'arrêt attaqué serait arbitraire dans son résultat, c'est-à-dire que l'application de la disposition précitée aboutirait nécessairement au résultat qu'il préconise.

4.2. En effet, tel qu'il est rédigé, l'art. 14a al. 4 OAD est une disposition potestative qui permet au préposé de constater l'échec de la médiation - et de poursuivre la procédure par une recommandation -, mais ne le lui impose pas. Il n'empêche pas en particulier d'adopter des mesures destinées à amener les parties à satisfaire à l'obligation de collaboration qui est au centre de la procédure de médiation, comme cela ressort de l'art. 14a al. 1 à 3 OAD. Les parties sont en effet notamment tenues de collaborer à la recherche d'un accord et de prendre part à la médiation (art. 14a al. 2 let. c OAD). Dans ce cadre, le préposé conduit librement la procédure et dispose d'une grande marge de manoeuvre (art. 14 al. 3 OAD). En outre, la médiation constitue une étape obligatoire de la procédure d'accès (art. 33 al. 2 LInf et 14 OAD), et le requérant ne saurait s'en dispenser de son propre chef au motif qu'il considère cette étape comme superflue. C'est au seul préposé qu'il appartient de constater que la médiation a échoué, faute de quoi l'étape préalable de la médiation pourrait être systématiquement contournée. Dans ce sens, l'art. 14a al. 4 OAD devrait recevoir une interprétation restrictive et ne s'appliquer que lorsque *les parties* (et non une seule d'entre elles) refusent de collaborer à la médiation; dans ce cas en effet, l'obtention d'un accord apparaît d'emblée exclue.

4.3. En l'occurrence, l'ECAB a fourni, après le dépôt de la requête divers documents et renseignements par lettre du 29 novembre 2018. Au contraire du recourant, il s'est présenté à la séance du 5 décembre 2018. L'ECAB a ensuite fourni, le 10 décembre 2018, des documents complémentaires. Une nouvelle séance a été fixée au 8 janvier 2019 avec la précision que si le requérant ne se présentait pas, sa requête serait considérée comme retirée. Le recourant a alors persisté à considérer que la médiation avait échoué,

exigeant une recommandation. Pour sa part, l'ECAB a fait savoir, le 7 janvier 2019, qu'il ne considérait pas que la médiation avait échoué et qu'il se présenterait à la séance du lendemain. Lors de cette séance, à laquelle le recourant ne s'est pas présenté, le représentant de l'ECAB a indiqué une nouvelle fois qu'il était prêt à discuter des requêtes résiduelles du recourant dans le cadre de la séance de médiation et, " le cas échéant, en fonction de l'issue de la séance, à fournir des renseignements ou des documents ".

Il en ressort clairement que si le recourant a persisté à requérir des renseignements directement auprès de l'ECAB, ce dernier paraissait toujours ouvert à une discussion dans le cadre de la médiation. Cette dernière ne pouvait donc être considérée comme vouée à l'échec, de sorte que la condition posée à l'art. 14a al. 4 OAD n'était pas remplie. Le recourant ne saurait soutenir, dans ces circonstances, que le refus de tenir compte de cette disposition aboutirait à un résultat arbitraire.

4.4. Au demeurant, le recourant a été clairement informé des conséquences d'une absence injustifiée à la deuxième séance de médiation. Il ne saurait donc se plaindre d'un formalisme excessif. Comme le relève justement la cour cantonale, il lui suffisait de former une nouvelle demande d'accès et de se présenter à la séance de médiation pour obtenir, en cas de refus de l'organe public, une recommandation puis une décision au sujet des documents et renseignements qu'il sollicitait encore. Pour ces motifs également, l'arrêt attaqué n'est pas arbitraire.

5.

Sur le vu de ce qui précède, le recours, traité comme recours en matière de droit public, est rejeté dans la mesure où il est recevable. Conformément à l'art. 66 al. 1 LTF, les frais judiciaires sont mis à la charge du recourant qui succombe. L'ECAB, qui a procédé sans l'aide d'un mandataire professionnel, n'a pas droit à des dépens.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours, traité comme recours en matière de droit public, est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge du recourant. Il n'est pas alloué de dépens.

3.

Le présent arrêt est communiqué au recourant, à la Préposée à la transparence de l'Etat de Fribourg, à la Commission de la protection des données et de la transparence de l'Etat de Fribourg, à l'Etablissement cantonal d'assurance des bâtiments ECAB et au Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, l^e Cour administrative.

Lausanne, le 18 mars 2020
Au nom de la Ire Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Chaix

Le Greffier : Kurz