



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

601 2018 267

Arrêt du 28 novembre 2018

1^{er} Cour administrative

Composition

Présidente:

Marianne Jungo

Juges:

Anne-Sophie Peyraud,

Christian Pfammatter

Greffière:

Stéphanie Morel

Parties

A._____, **recourante**, représentée par Me Michael Bader,
avocat

contre

B._____, **autorité intimée**

Objet

Loi sur l'information et l'accès aux documents – accès à un rapport
d'audit

Recours du 13 septembre 2018 contre la décision du 10 août 2018

considérant en fait

A. En août 2017, un audit été réalisé à B._____, lequel portait sur le fonctionnement du Conseil d'administration et du Conseil de direction de l'établissement.

Par le biais d'un communiqué de presse du 21 février 2018, B._____ a notamment indiqué que l'enquête était terminée et que sur la base de ses résultats, plusieurs mesures avaient été prises, dont notamment la fin du contrat, d'un commun accord, entre lui et la directrice générale A._____.

B. Le 26 février 2018, le journal "C._____" a demandé à B._____ qu'il lui transmette une copie du rapport d'audit complet sur la gouvernance de l'hôpital. Dans les mois qui ont suivi, d'autres demandes similaires ont été déposées.

Par courrier du 13 mars 2018, B._____ a imparti à son ancienne employée un délai pour se déterminer sur ces requêtes en lui précisant que le Conseil d'administration s'était prononcé favorablement sur le principe. Par réponse du 15 mars suivant, l'intéressée s'y est opposée.

Par missive du 7 mai 2018, B._____ a informé les différents protagonistes, dont en particulier A._____, que l'accès au rapport d'audit serait accordé dans une version partielle, caviardée à certains endroits, sous réserve du dépôt éventuel d'une demande en médiation auprès de la Préposée à la transparence. Un exemplaire de la version caviardée a été remis à l'ancienne directrice générale.

C. Agissant le 14 juin 2018, cette dernière a déposé une requête en médiation auprès de l'Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données (ci-après: ATPrD), arguant que le rapport d'audit était discutable d'un point de vue méthodologique. Fondée uniquement sur les sentiments et critiques des personnes interrogées, dont la véracité des déclarations n'avait pas été vérifiée, le contenu de l'enquête était préjudiciable à sa réputation et à sa carrière professionnelle future.

Le 28 juin 2018, la Préposée à la transparence a constaté l'échec de la médiation entre A._____ et B._____ et a rendu sa recommandation. Elle a retenu pour l'essentiel que certains passages du rapport d'audit pouvaient porter atteinte aux intérêts personnels et professionnels de la directrice générale, ce qui justifiait de les caviarder. En plus de la censure proposée par B._____ dans sa version du 7 mai 2018, la Préposée a préconisé le caviardage d'autres passages. Pour le reste, le contenu du document officiel, qui avait déjà été indirectement publié dans le communiqué de presse de février 2018, ne violait pas le droit des tiers; l'intérêt public à son accès prévalait dans ces conditions sur l'intérêt privé à garder son contenu secret. Sa méthode d'élaboration, non décisive, n'avait pas lieu d'être discutée et remise en cause, les résultats de l'enquête ayant été approuvés par le Conseil d'administration.

D. Par décision du 10 août 2018, B._____ s'est référé à la motivation contenue dans la recommandation de la Préposée et a autorisé l'accès au rapport d'audit dans une version partielle, avec caviardage.

E. Le 13 septembre 2018, A._____ a formé recours contre cette décision auprès du Tribunal cantonal et a conclu, sous suite de frais et dépens, principalement à l'annulation de la

décision du 10 août 2018 et subsidiairement, à sa modification en ce sens que d'autres passages devaient être caviardés. A l'appui de ses conclusions, l'ancienne directrice générale fait notamment valoir que le rapport d'audit, élaboré pour un usage interne, constitue un document dont l'accès est exclu. En outre, réalisé sur la base de propos subjectifs provenant d'un échantillon restreint de personnes, sa publication va à l'encontre du but de la loi, puisqu'il ne permet pas au public de se faire un avis éclairé sur la réelle situation de B._____. En outre, il porte atteinte à ses intérêts personnels.

F. Invitée à se déterminer, la nouvelle Préposée cantonale à la transparence s'est principalement référée à la recommandation émise le 28 juin 2018 en citant au surplus un arrêt du Tribunal fédéral publié récemment.

Dans ses observations du 25 octobre 2018, B._____ s'en est tenu à sa décision et a renvoyé à la motivation contenue dans la recommandation.

Il sera fait état des arguments, développés par les parties à l'appui de leurs conclusions, dans les considérants en droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la résolution du litige.

en droit

1.

1.1. Déposé dans le délai et les formes prescrits, le recours est recevable en vertu de l'art. 114 al. 1 let. b du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1) en relation avec l'art. 4 al. 1 de la loi cantonale du 27 juin 2006 sur l'hôpital fribourgeois (LHFR; RSF 822.0.1) et l'art. 34 al. 1 de la loi fribourgeoise du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents (LInf; RSF 17.5). Le Tribunal cantonal peut donc entrer en matière sur ses mérites.

1.2. Selon l'art. 77 CPJA, le recours devant le Tribunal cantonal peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (lettre a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). En revanche, à défaut d'habilitation légale expresse, la Cour ne peut pas examiner en l'espèce le grief d'inopportunité (art. 78 al. 2 CPJA).

2.

2.1. Selon l'art. 19 al. 2 de la Constitution du 16 mai 2004 du canton de Fribourg (Cst. FR; RSF 131.219), 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.

Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011, la LInf introduit ce droit d'accès, avec pour objectif principal de renverser le principe du secret de l'activité de l'administration au profit de celui de transparence. Les relations entre le public et l'administration sont gouvernées par la reconnaissance d'un intérêt public à l'information, s'étendant à tous les documents officiels détenus par les organes publics cantonaux et communaux (VOLLERY, La loi fribourgeoise sur l'information et l'accès aux documents *in* RFJ 2009 p. 357 ss). Cette reconnaissance se traduit par l'ancrage à l'art. 20 al. 1 LInf d'un droit subjectif privé au bénéfice de toute personne physique ou morale à accéder, dans le cadre posé

par la loi et sans devoir faire valoir un intérêt particulier, aux documents officiels détenus par les organes publics (arrêt TC 601 2018 27 du 24 mai 2018 consid. 2.1).

L'art. 22 LInf définit la notion de document officiel comme étant toutes les informations enregistrées sur un support quelconque et qui concernent l'accomplissement d'une tâche publique (al. 1). Ne sont pas des documents officiels les documents qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration ou sont destinés à l'usage personnel (al. 3). Aux termes de l'art. 2 de l'ordonnance fribourgeoise du 14 décembre 2010 sur l'accès aux documents (OAD; RSF 17.54), sous réserve des alinéas 2 et 3, sont des documents officiels tous les documents établis ou reçus par les organes publics et qui concernent l'accomplissement d'une tâche publique, tels que rapports, études, procès-verbaux, statistiques, registres, directives, instructions, correspondances, prises de position, préavis, décisions ainsi que, de manière générale, les différentes pièces composant un dossier (al. 1). Un document a atteint son stade définitif d'élaboration lorsque l'organe public dont il émane l'a signé ou approuvé (al. 2 let. a) ou lorsque son auteur-e l'a définitivement remis au ou à la destinataire notamment à titre d'information ou pour que celui-ci ou celle-ci prenne position ou une décision (al. 2 let. b). Un document est destiné à l'usage personnel lorsqu'il concerne l'accomplissement d'une tâche publique mais est utilisé exclusivement par son auteur-e comme moyen auxiliaire (notes de travail ou copies annotées) (al. 3).

2.2. Cette dernière notion est reprise du droit fédéral, selon lequel on entend par document destiné à l'usage personnel, toute information établie à des fins professionnelles mais qui est utilisée exclusivement par son auteur ou par un cercle restreint de personnes comme moyen auxiliaire, tel que des notes ou des copies de travail (VOLLERY, p. 386; cf. art. 1 al. 3 de l'ordonnance du 24 mai 2006 sur le principe de la transparence dans l'administration, OTrans; RS 152.31). Le message de la loi donne en outre comme exemple des annotations manuscrites ou des notes destinées à préparer un exposé (Message no 90 du Conseil d'Etat au Grand Conseil accompagnant le projet de loi sur l'information et l'accès aux documents [ci-après: Message LInf], n. 2.3.1 a ad art. 21).

Sur la question des notes internes, il convient également de se référer à l'art. 29 al. 1 let. c LInf. Aux termes de cette disposition, ne sont pas accessibles: les réflexions individuelles, échanges de vues et avis de nature politique ou stratégique exprimés dans les notes internes servant aux discussions des organes publics. Il n'a pas paru possible de soustraire du droit d'accès l'ensemble des notes ou documents internes: cette notion est trop floue pour respecter le principe selon lequel toute restriction d'un droit fondamental doit avoir une base légale suffisamment claire et précise (presque chaque membre de la fonction publique a sa propre conception de ce qui est interne), et le fait de revenir globalement au principe du secret pour tout ce qui est interne serait contestable sous l'angle du principe de proportionnalité (Message LInf, n. 2.3.2 b ad art. 28). Cette disposition ne permet pas d'opposer un refus total au demandeur, mais 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 (VOLLERY, p. 419).

2.3. Dans le cas particulier, contrairement à ce que soutient la recourante, le rapport d'audit doit être considéré comme un document officiel au sens des art. 22 LInf et 2 OAD. On ne saurait y voir un document à usage personnel, voire une simple aide à la décision au sens de l'art. 29 al. 1 let. c LInf (cf. arrêts TF 1C_277/2016 du 29 novembre 2016 consid. 3.4; 1C_472/2017 du 29 mai 2018

consid. 2.3). Il a en effet été établi dans le cadre d'un audit, à la demande du Conseil d'administration de l'autorité intimée et a donné lieu à plusieurs mesures, publiées notamment dans le communiqué de presse de février 2018. Il est indubitable que la réalisation, sur mandat de l'Etat, d'une analyse externe, constitue une tâche publique (cf. arrêt TF 1C_472/2017 du 29 mai 2018 consid. 2.3).

Partant, sa transmission doit être analysée sous l'angle des règles générales, soit des art. 25 ss LInf.

2.4. Conformément à l'art. 25 al. 1 LInf, l'accès à un document officiel peut être différé, restreint ou refusé si et dans la mesure où un intérêt public ou privé prépondérant au sens des art. 26 à 28 LInf s'y oppose. Cela signifie que le refus complet de l'accès ne pourra être prononcé que si les autres formes de restrictions ne sont pas envisageables: accès restreint ou partiel, après suppression ou caviardage des passages qui ne peuvent être divulgués; ou accès différé dans le temps (Message LInf, n. 2.3.2 b ad art. 24).

L'art. 27 al. 1 LInf prescrit qu'un intérêt privé prépondérant est reconnu lorsque l'accès peut porter atteinte à la protection des données personnelles, à moins qu'une disposition légale ne prévoie la diffusion des données concernées auprès du public (let. a), la personne concernée n'ait consenti à la communication de ses données au public ou que les circonstances ne permettent de présumer ce consentement (let. b) ou que l'intérêt du public à l'information ne l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret de la personne concernée (let. c). A teneur de l'art. 28 LInf, un intérêt privé prépondérant existe en outre lorsque l'accès, s'il était accordé, révélerait des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication (let. a), constituerait une violation du droit d'auteur (let. b), divulguerait des informations fournies librement par un tiers à un organe public qui en a garanti le secret (let. c).

Parmi les intérêts privés prépondérants, la protection des données occupe logiquement une place centrale dans le droit d'accès, en raison du conflit sous-jacent qui préside aux relations entre ces deux domaines. En schématisant, on peut dire que le droit d'accès commande de rendre les documents officiels publics et que la protection des données personnelles exige que ces dernières soient tenues secrètes. Pour résoudre ce conflit, il faut partir des prémisses suivantes (Message LInf, n. 1.3.4.9 b):

- 1) les documents officiels contiennent très souvent des données personnelles, et une partie d'entre elles a été fournie directement par des administré-e-s confiants dans l'idée qu'elles faisaient l'objet d'une protection;
- 2) l'octroi de l'accès à un document officiel contenant des données personnelles constitue clairement une communication de données au sens de l'art. 3 let. e de la loi cantonale du 25 novembre 1994 sur la protection des données (LPrD; RSF 17.1);
- 3) les règles ordinaires relatives à la communication de données personnelles (art. 10s. LPrD) ne sont pas conçues pour régler la communication dans le cadre du droit d'accès;
- 4) la protection des données et le droit d'accès aux documents jouissant dans le canton de Fribourg d'une protection constitutionnelle équivalente, on ne peut pas accorder la priorité à l'un de ces deux principes au détriment de l'autre;

Sur le vu de ces prémisses, il n'y a guère d'autre solution que d'exiger une pondération des intérêts en présence dans chaque situation concrète. C'est pour l'essentiel ce à quoi aboutit l'art. 27 LInf (Message LInf, n. 1.3.4.9 b ad art. 24 à 29). Cette disposition marque ainsi l'égalité constitutionnelle entre droit d'accès et protection des données (VOLLERY, p. 404).

Selon le Tribunal fédéral, les désagréments liés à la révélation des faits concernant une personne déterminée ne suffisent pas à eux seuls pour justifier un refus. Une éventuelle atteinte à la considération sociale liée à de telles révélations apparaît elle aussi insuffisante. L'intérêt public à connaître les conclusions d'un rapport sur le fonctionnement d'une institution publique doit l'emporter sur les intérêts privés des personnes qui peuvent se trouver mises en cause: le principe de la transparence tend particulièrement à mettre à jour des dysfonctionnements de l'administration ainsi que les mesures prises par l'Etat pour y remédier (arrêt TF 1C_472/2017 du 29 mai 2018 consid. 3.3).

3.

Dans le cas particulier, après examen, force est de constater qu'un refus complet de l'accès au rapport d'audit irait à l'encontre du but de la loi, le caviardage permettant de préserver suffisamment l'intérêt privé de la recourante. A ce titre, il sied de relever que sur recommandation de la Préposée, B. _____ a censuré d'autres passages sensibles par rapport à son projet initial du 7 mai 2018.

Les conclusions subsidiaires de la recourante - consistant à demander que d'autres parties du texte soient encore caviardées - doivent par contre être rejetées. Contrairement à ce que soutient la directrice générale, ces passages visent à mettre en exergue les différents dysfonctionnements qui pouvaient exister dans la gouvernance de l'hôpital, sans la remettre personnellement en cause. Or, c'est notamment un des buts du droit d'accès que de pouvoir contrôler l'activité de l'administration, et ce quand bien même la divulgation de certains éléments peut causer des désagréments aux personnes concernées. En outre, étant rappelé que certaines informations ont déjà été publiées dans le communiqué de presse du 21 février 2018, la censure de parties supplémentaires rendrait le document méconnaissable et incompréhensible, à tel point que le droit d'accès perdrait son sens. Ainsi, en application du principe de la proportionnalité, l'intérêt public à l'information l'emporte sur l'intérêt privé au maintien du secret.

Au vu de ce qui précède, le recours est rejeté.

4.

Vu l'issue du recours, les frais de procédure sont mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 131 CPJA). Pour la même raison, il ne lui est pas octroyé d'indemnité de partie (art. 137 CPJA).

la Cour arrête:

I. Le recours est rejeté.

Partant, la décision du 10 août 2018 est confirmée.

II. Les frais judiciaires, par CHF 1'000.-, sont mis à la charge de la recourante. Ils sont compensés par l'avance de frais de CHF 2'000.- versée et le solde de CHF 1'000.- lui est restitué.

L'avance de frais ayant été versée à double, la somme supplémentaire de CHF 2'000.- est également restituée à la recourante.

III. Il n'est pas alloué d'indemnité de partie.

IV. Notification.

La fixation du montant des frais de procédure peut, dans un délai de 30 jours, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA).

Cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification.

Fribourg, le 28 novembre 2018/smo

La Présidente:

La Greffière: