



ETAT DE FRIBOURG  
STAAT FREIBURG

**Autorité cantonale de la transparence et  
de la protection des données ATPrD  
Kantonale Behörde für Öffentlichkeit und  
Datenschutz ÖDSB**

**La préposée cantonale à la transparence**

Rue des Chanoines 2, 1700 Fribourg

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

—

**Réf : MS 2021-Trans-63  
T direct : +26 305 59 73  
Courriel : martine.stoffel@fr.ch**

## **Recommandation**

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

**concernant la demande de médiation entre**

---

**et**

**la commune de Delley-Portalban**

### **I. La préposée cantonale à la transparence constate:**

1. Le 12 février 2021, \_\_\_\_\_ (le requérant) a demandé à la commune de Delley-Portalban (la commune) l'accès à divers documents relatifs au port de plaisance de la commune, conformément à la loi cantonale du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents (LInf; RSF 17.5).
2. Le 17 février 2021, la commune a pris position sur la demande et refusé l'accès aux documents. Elle a indiqué que certains des documents seraient accessibles ultérieurement.
3. Le 23 février 2021, le requérant a déposé une requête en médiation (article 33 al. 1 LInf) auprès de la préposée cantonale à la transparence (la préposée).

4. Une séance de médiation a eu lieu le 12 mars 2021 avec le requérant, \_\_\_\_\_ (représentant de la commune), et \_\_\_\_\_ (représentant de la commune). Les parties se sont accordées à dire que la demande d'accès concernait le dossier de renouvellement de la concession du port de plaisance de la commune.
5. La procédure de médiation n'a pas permis d'aboutir à un accord. La préposée formule dès lors à la présente recommandation.

## **II. La préposée considère ce qui suit:**

### **A. Considérants formels**

6. 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).
7. La préposée conduit librement la procédure de médiation et s'efforce d'amener les parties à un accord (art. 14 al. 2 OAD).
8. Lorsque la médiation aboutit, l'accord est consigné par écrit et devient immédiatement exécutoire (art. 14 al. 3 OAD).
9. Lorsque la médiation échoue ou n'aboutit pas, la préposée établit à l'intention des parties une recommandation écrite (art. 33 al. 2 LInf).
10. 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).

## B. Considérants matériels

### a) Document officiel

11. Selon la loi cantonale du 4 février 1972 sur le domaine public (LDP; RSF 750.1), l'Etat est propriétaire du domaine public cantonal, c'est-à-dire des choses affectées, par le fait ou par décision, à l'usage commun et aménagées à cette fin, tels que notamment les ports (art. 3 al. 1 ch. 3 LDP). Sont réputées eaux publiques, les lacs naturels (art. 4 al. 1 let. a LDP). Les rives ou grèves des lacs et des rivières font partie du domaine public cantonal (art. 12 al. 1 LDP). La gestion du port de plaisance de la commune fait l'objet d'une concession accordée par la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions (DAEC) (art. 20-21 LDP). La commune a déposé un dossier de renouvellement de la concession auprès du canton à fin 2020<sup>1</sup> et attend la suite de la procédure concernant ce renouvellement.
12. Lors de la séance de médiation, les parties ont convenu que la demande d'accès concernait le dossier complet de la demande de concession. Ce dossier est un document ayant atteint son stade définitif, qui concerne l'exécution d'une tâche publique, puisqu'il porte sur l'usage commun d'une chose publique (art. 22 LInf et art. 2 al. 1 OAD). Il s'agit donc d'un document officiel au sens de la LInf.
13. L'accès au document doit par conséquent être accordé en principe (art. 20 al. 1 LInf).

### b) Risque d'une atteinte à la concurrence (art. 3 al. 1 LInf)

14. La commune fait valoir que la LInf ne s'applique qu'aux documents qui servent à l'exécution d'une tâche publique et non aux activités économiques exercées en situation de concurrence (art. 3 al. 1 LInf). Elle refuse donc l'accès au document.
15. L'article 3 LInf règle les réserves relatives au champ d'application de la LInf: la LInf ne s'applique pas aux activités économiques exercées en situation de concurrence (art. 3 al. 1 LInf). L'exception portant sur des activités économiques exercées en situation de concurrence est nécessaire pour ne pas pénaliser les activités en question vis-à-vis du marché<sup>2</sup>.
16. La commune a déjà déposé la demande de concession auprès de la DAEC. La demande de concession est mise à l'enquête publique durant trente jours par publication dans la Feuille officielle et par dépôt au secrétariat communal (art. 23 al. 1 LDP). Dans son bulletin d'information, la commune a indiqué que cette mise à l'enquête publique devrait probablement avoir lieu au cours du premier trimestre de 2021<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> [https://www.delley-portalban.ch/fileadmin/user\\_upload/delley-portalban.ch/Informations\\_assemble\\_\\_e\\_communale\\_du\\_21.12.2020.pdf](https://www.delley-portalban.ch/fileadmin/user_upload/delley-portalban.ch/Informations_assemble__e_communale_du_21.12.2020.pdf), p. 2 (consulté le 15 mars 2021).

<sup>2</sup> Message No 90 du 26 août 2008 du Conseil d'Etat au Grand Conseil accompagnant le projet de loi sur l'information et l'accès aux documents (LInf), p. 10, (consulté le 15 mars 2021).

<sup>3</sup> [https://www.delley-portalban.ch/fileadmin/user\\_upload/delley-portalban.ch/Informations\\_assemble\\_\\_e\\_communale\\_du\\_21.12.2020.pdf](https://www.delley-portalban.ch/fileadmin/user_upload/delley-portalban.ch/Informations_assemble__e_communale_du_21.12.2020.pdf), p. 2 (consulté le 15 mars 2021).

17. La commune allègue que d'autres demandes de concession peuvent être déposées pour le port de plaisance. Ceci se serait déjà produit par le passé dans d'autres cas<sup>4</sup>. Il y a donc une situation de concurrence entre ceux qui ont déposé une demande de concession. L'Etat doit décider, à l'appui de critères définis, à qui la concession sera accordée (art. 24-26 LDP).
18. La préposée partage ce point de vue. Si les différentes demandes de concession devaient être rendues publiques à ce stade, c'est-à-dire avant que la DAEC n'ait décidé à qui la concession sera attribuée, il pourrait y avoir atteinte à la concurrence. Les différentes demandes de concession pourraient être coordonnées entre elles<sup>5</sup>. Cela pourrait même faciliter des ententes contraires au droit de la concurrence (art. 5 al. 1 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, LCart; RS 251).
19. Pour cette raison, la préposée est d'avis que la LInf n'est pas encore applicable à ce stade et que l'accès à la demande de concession ne peut être accordé sur la base de cette loi tant que cette situation de concurrence existe respectivement tant que la procédure d'octroi de la concession est en cours.
20. La procédure d'octroi de la concession est régie par la LDP. En l'espèce, il y a lieu d'admettre que la procédure a matériellement commencé. A première vue, il semble donc que la procédure constitue soit une procédure d'attribution de concession, soit une procédure de soumission au sens de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) et que les exigences correspondantes en matière d'interdiction de discrimination et de transparence doivent être respectées<sup>6</sup>.
21. Le principe de l'exclusion de la LInf en situation de concurrence amène, par conséquent, à conclure qu'elle n'est pas applicable dès le début de la procédure d'octroi d'une concession. En lieu et place, c'est le droit de procédure de la loi spéciale, en l'occurrence la LDP, qui est applicable. Comme cette loi spéciale contient une réglementation rudimentaire, elle sera complétée par l'autorité compétente conformément à son devoir d'appréciation, compte tenu du droit fédéral et cantonal applicable, mais en tout cas pas selon la LInf<sup>7</sup>. La LInf sera à nouveau applicable lorsque la procédure sera close.

---

<sup>4</sup> <https://www.fr.ch/daec/sen/actualites/concession-dexploitation-du-port-destavayer-le-conseil-detat-porte-son-choix-sur-la-proposition-de-la-commune> (consulté le 15 mars 2021).

<sup>5</sup> DUBEY Jacques/ZUFFEREY Jean-Baptiste, Droit administratif général, Bâle 2014, p. 507, § 1436 et p. 514 § 1460.

<sup>6</sup> Pour un aperçu de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral à propos de la LMI, voir: ZOLLINGER Marco, Die binnenmarktrechtliche Ausschreibungspflicht – Ein Streifzug durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 7 des Binnenmarktgesetzes, AJP, 3/2021, p. 386-395.

<sup>7</sup> ATF 145 II 303 du 27 mai 2019, consid. 6.4.1-6.4.2.

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

22. L'accès à la demande de concession ne peut être accordé à l'heure actuelle sur la base de la LInf. Une fois la procédure d'octroi de la concession terminée, l'accès sera accordé conformément à la LInf. En particulier, les tiers seront consultés si nécessaire (art. 32 al. 2 LInf). Ces tiers seront informés qu'ils peuvent s'opposer à l'accès s'ils font valoir un intérêt privé prépondérant (art. 27-28 LInf) et qu'ils peuvent déposer une requête en médiation auprès de la préposée (art. 33 al. 1 LInf).
23. La commune rend une décision, comme prévu à l'article 33 al. 3 LInf.
24. La décision peut faire l'objet d'un recours auprès de la Préfecture de la Broye (art. 34 al. 1 LInf et art. 116 al. 2 du code de procédure et de juridiction administrative du 23 mai 1991, CPJA; RSF 150.1).
25. 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.
26. La recommandation est notifiée à:
  - \_\_\_\_\_
  - Commune de Delley-Portalban, Route de Portalban 10, 1567 Delley

Fribourg, le 24 mars 2021

Martine Stoffel  
Préposée cantonale à la transparence