

Note

Pour la version originale du texte cf. FLORIAN BERGAMIN, Rechtsprechung zum InfoG, in: Waldmann/Bergamin (éds), 10 ans LInf Fribourg, Stämpfli Editions, Berne 2021, 43–62.

La jurisprudence relative à la LInf

Synthèse et évaluation de la pratique cantonale, compte tenu de la jurisprudence fédérale

FLORIAN BERGAMIN*

Table des matières

I. Introduction.....	2
II. Champ d’application de la LInf.....	3
A. Documents officiels.....	3
B. Délimitation avec les domaines réglementés par la législation spéciale.....	5
C. Les médias au sens de la LInf.....	8
III. Restriction du droit d’accès	9
A. Contextualisation.....	9
B. Intérêts publics prépondérants.....	10
C. Intérêts privés prépondérants.....	14
IV. Questions procédurales.....	16
A. Absence lors de la médiation.....	16
B. Recommandation écrite en dépit de la réussite de la médiation ...	18
C. Procédure de recours.....	19
V. Appréciation	20

* L’auteur tient à remercier son collègue M. OLIVER GAUTSCHI, MLaw, pour la pertinence appréciée de ses réflexions matérielles et formelles sur le texte.
Traduction de l’allemand par M. NICOLAS SCHMITT, Dr. iur.

I. Introduction

- 1 Cet article analyse la jurisprudence relative à la LInf. L'accent est mis sur les arrêts du Tribunal cantonal fribourgeois touchant l'accès aux documents officiels¹, mais les arrêts pertinents du Tribunal fédéral sont également pris en considération.
- 2 Les arrêts présentés ici sont tout d'abord ceux dans lesquels le Tribunal cantonal s'est prononcé en qualité d'*instance de recours* selon les articles 34 ss de la LInf sur les procédures d'accès prévues aux articles 31 ss de cette même loi. Depuis son entrée en vigueur, le TC a dû statuer sur la LInf dans les arrêts énumérés ci-dessous. Sauf mention contraire, ils ont tous été précédés par la procédure de médiation obligatoire.
 - TC FR, Arrêt 601 2014 118 du 23 décembre 2014 (charge de travail)²
 - TC FR, Arrêt 601 2018 27 du 24 mai 2018 (informateurs de la police)³
 - TC FR, Arrêt 601 2018 267 du 28 novembre 2018 (audit sur la gestion hospitalière)
 - TC FR, Arrêt 601 2018 327 du 21 mai 2019 (compétence décisionnelle de la Commission cantonale)
 - TC FR, Arrêt 601 2019 19 du 21 mai 2019 (classement de la procédure de médiation suite à l'absence de la demanderesse aux séances de conciliation)⁴
 - TC FR, Arrêt 601 2019 207/601 2019 219 du 14 mai 2020 (concept de manifestations du Plateau d'Agy)
 - TC FR, Arrêt 601 2019 96 du 9 novembre 2020 (enquête administrative)
 - TC FR, Arrêt 601 2020 131 du 29 janvier 2021 (documents hors procédure)
 - TC FR, Arrêt 601 2020 183 du 29 avril 2021 (concept de manifestations du Plateau d'Agy [reconsidération])

¹ La jurisprudence est prise en compte jusqu'au 1^{er} juillet 2021.

² En l'espèce, une procédure de médiation n'a pas eu lieu, ce qui n'a pas empêché le Tribunal cantonal de se déclarer compétent au titre de la LInf (ci-après N 32 ss). Pour un commentaire de cet arrêt, cf. VOLLERY, RFJ/FZR 2014, 334 ss.

³ Pour un commentaire de cet arrêt, cf. IDEM, RFJ/FZR 2019, 173 ss.

⁴ Le TF a rejeté un recours formé contre cet arrêt (TF, Arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020).

L'article présente également les arrêts dans lesquels le Tribunal cantonal s'est exprimé sur l'accès aux documents et sur l'application et l'interprétation de la LInf, *sans* pour autant avoir été saisi comme instance de recours au sens de la loi. Les arrêts suivants ressortissent à cette catégorie: 3

- TC FR, Arrêt 601 2012 29 du 29 janvier 2013 (enregistrement vidéo d'une assemblée communale)⁵
- TC FR, Arrêt 502 2014 212 du 22 avril 2015 (accès au dossier d'une procédure pénale close)
- TC FR, Arrêt 601 2018 76 du 13 septembre 2018 (accès d'un tiers aux protocoles d'accord)
- TC FR, Arrêt 601 2018 166 du 9 décembre 2019 (répartition des classes de salaires)
- TC FR, Arrêt 601 2020 52 du 20 avril (accès d'un tiers au dossier d'une procédure pénale close)
- TC FR, Arrêt 601 2019 222 du 23 mars 2021 (accès à des données personnelles de la police)

Dans les pages qui suivent, ces arrêts sont classés en fonction de leurs thèmes. L'objectif n'est pas de recopier de longs passages de leurs considérants en fait et en droit, mais plutôt d'exprimer aussi succinctement que possible les principes qui les sous-tendent. Pour ce faire, nous nous pencherons d'abord sur les arrêts concernant le champ d'application de la LInf (ch. II), puis sur ceux qui statuent sur la limitation du droit d'accès (ch. III), avant de finir par la jurisprudence relative à la procédure, notamment la procédure de médiation prévue par la LInf (ch. IV). 4

II. Champ d'application de la LInf

A. Documents officiels

Dans la LInf, le concept de document officiel joue un rôle d'autant plus central que c'est lui qui fait l'*objet du droit d'accès* (art. 20 LInf)⁶. Mais en dépit de son importance, ce concept ne semble pas avoir suscité jusqu'à présent de débat judiciaire nourri. Plusieurs arrêts ont établi l'existence de 5

⁵ Le TF a rejeté un recours formé contre cet arrêt (TF, Arrêt 1C_335/2013 du 10 octobre 2013).

⁶ Cf. BERGAMIN/HÖCHNER dans ce volume, N 36 ss.

documents officiels, mais leur qualification juridique n'a pas été étudiée de manière approfondie et encore moins remise en question.

- 6 Ainsi, les dossiers établis dans le contexte d'une autorisation de construire ou d'exploiter constituent des documents officiels au sens de la LInf⁷. Ont également été qualifiés de la sorte les concepts événementiels qui contiennent des informations sur la réglementation de la circulation, ainsi qu'un règlement sur le fonctionnement d'un groupe de travail⁸. Il en va de même pour les documents liés à la mise en consultation restreinte d'un projet de règlement d'exécution de la loi sur l'assurance des bâtiments⁹. Le Tribunal cantonal a également jugé – dans un arrêt relatif au droit de la fonction publique – qu'une prise de position formelle du Service du personnel et de l'organisation (SPO) était soumise à la LInf en tant que document officiel¹⁰.
- 7 De leur côté, les dossiers établis dans le contexte d'une *procédure pénale* méritent également d'être qualifiés de documents officiels au sens de la LInf. Il s'agit notamment des procès-verbaux d'audition du procureur général¹¹ ou des dossiers d'instruction¹². A cet égard, il convient toutefois de tenir compte de la réserve formulée en faveur de la législation spéciale (cf. N 14 ss).
- 8 Il a également été jugé licite de demander l'accès à des données personnelles collectées par la police¹³ ou à diverses informations relatives à la rémunération des informateurs privés de la police¹⁴.
- 9 Un certain nombre de *rappports* ont également fait l'objet de plusieurs arrêts cantonaux. Dans le cadre d'une enquête administrative visant une commune, les rapports relatifs à une décharge désaffectée¹⁵ ont été considérés

⁷ TC FR, Arrêt 601 2014 118 du 23 décembre 2014.

⁸ TC FR, Arrêt 601 2019 207/601 2019 219 du 14 mai 2020; TC FR, arrêt 601 2020 183 du 29 avril 2021.

⁹ TC FR, Arrêt 601 2018 327 du 21 mai 2019.

¹⁰ TC FR, Arrêt 601 2018 166 du 9 décembre 2019 consid. 2.1. En l'espèce, cela n'a pas été réclamé par la demanderesse. Cf. également l'art. 131a CP. Concernant la qualification d'un rapport d'analyse sur la réorientation de la gestion du personnel en Ville de Genève, cf. TF, Arrêt 1C_277/2016 du 29 novembre 2016.

¹¹ TC FR, Arrêt 601 2018 76 du 13 septembre 2018.

¹² TC FR, Arrêt 502 2014 212 du 22 avril 2015; TC FR, Arrêt 601 2020 52 du 20 avril 2020.

¹³ TC FR, Arrêt 601 2019 222 du 23 mars 2021.

¹⁴ TC FR, Arrêt 601 2018 27 du 24 mai 2018. En l'espèce, il s'agissait de consulter les ordres de service de la police cantonale et certains extraits du budget. Pour la caractérisation des documents cf. VOLLERY, RFJ/FZR 2019, N 8 ss. La demande d'accès en question participait d'une recherche nationale menée par un team de journalistes (cf. IDEM, RFJ/FZR 2019, N 4 ss).

¹⁵ TC FR, Arrêt 601 220 131 du 29 janvier 2021.

comme des documents officiels, tout autant que le rapport final¹⁶. Il en est allé de même pour un rapport d'audit sur la gestion d'un hôpital: un audit externe mandaté par l'État constitue une mission de service public¹⁷ et n'est donc pas une note interne (au sens de l'art. 29 al. 1 lit. c LInf) qui, elle, serait soustraite à la consultation¹⁸.

Il est également possible de demander des informations qui ne figurent pas dans un document bien précis ou qui n'ont pas été consignées sous cette forme, mais qui nécessitent d'abord la récolte de données auprès de différentes sources¹⁹. L'organe public se doit d'aider la personne qui présente la demande à identifier les documents recherchés²⁰. Si le volume d'information devient important, l'organe public doit s'efforcer de permettre la mise en œuvre de la loi, le cas échéant en établissant une liste des documents officiels susceptibles d'être pertinents²¹.

B. Délimitation avec les domaines réglementés par la législation spéciale

Le champ d'application matériel de la LInf est limité par différentes exceptions, notamment par son article 21 qui réserve les dispositions de la législation spéciale. Le Tribunal cantonal s'est penché à plusieurs reprises sur la délimitation cette dernière et la LInf. Dans ses arrêts, la Cour a également examiné de manière générale toutes sortes d'arguments ayant été invoqués pour justifier un accès à des documents officiels²².

En ce qui concerne plus particulièrement l'accès à l'information dans le contexte des *procédures pénales*, le Tribunal cantonal a précisé la délimitation opérée par l'article 21 al. 1 lit. a LInf. Dans de tels cas, c'est le lien entre le demandeur et les documents à rechercher ainsi que le stade de la procédure pénale qui sont déterminants.

¹⁶ TC FR, Arrêt 601 2019 96 du 9 novembre 2020.

¹⁷ Cf. à ce propos également TF, Arrêt 1C_472/2017 du 29 mai 2018 consid. 2.3.

¹⁸ TC FR, Arrêt 601 2018 267 du 28 novembre 2018 consid. 2.3.

¹⁹ Cf. à titre d'illustration TC FR, Arrêt 601 2020 183 du 29 avril 2021. Pour la qualification en tant que document officiel, cf. BERGAMIN/HÖCHNER, N 37 s., avec d'autres références, dans ce volume.

²⁰ Cf. art. 32 al. 1 LInf et art. 9 al. 2 OAD. À ce propos également VOLLERY, RFJ/FZR 2009, N 104.

²¹ TC FR, Arrêt 601 2020 183 du 29 avril 2021 p. 7, 9 avec référence au TF, Arrêt 1C_14/2016 du 23 juin 2016 consid. 3.5. En l'espèce, les informations étaient contenues dans plusieurs classeurs fédéraux et sur une clé USB.

²² A titre d'illustration, TC FR, Arrêt 601 2014 118 du 23 décembre 2014.

13 Au terme de la procédure pénale, le droit d'accès au dossier ne relève plus du champ d'application du CPP; à ce stade, ce sont les dispositions pertinentes de la Confédération ou du canton en matière d'archivage et de protection des données qui s'appliquent²³. Le CPP lui-même ne réglemente pas expressément le droit d'accès aux dossiers relatifs à des procédures pénales closes²⁴. Un arrêt de 2018 laisse provisoirement en suspens la question de savoir si l'article 21 al. 1 lit. a LInf s'applique uniquement aux affaires pendantes ou encore aux affaires terminées²⁵. Notons toutefois que le libellé de la disposition originale ne contenait pas de limitation aux procédures en cours. Le critère de rattachement précisé à l'article 21 al. 1 lit. a LInf n'a été introduit que dans le cadre de la révision de 2016²⁶.

Cf. également la directive n° 1.12 du procureur général du 1^{er} janvier 2012 relative au droit d'accès aux dossiers. Son chiffre 4 concerne, entre autres, la consultation par des tiers ; par conséquent, la consultation des dossiers touchant des procédures closes doit être évaluée selon les articles 31 ss LInf²⁷.

14 Dans un arrêt plus récent, le Tribunal cantonal s'est à nouveau penché sur l'applicabilité de la LInf, mais toujours sans approfondir la question: en conséquence, la réserve de la législation spéciale (art. 21 al. 1 LInf) se limite aux procédures *pendantes*. L'accès au dossier d'une procédure pénale *close* doit être soumis à la LInf²⁸. En l'espèce, le Ministère public avait accédé à la demande d'une étudiante dans un dossier concernant une procédure pénale classée, sous certaines conditions, sans suivre la procédure prévue par la LInf.

15 Par ailleurs, le Tribunal cantonal a jugé que les documents établis à l'origine sans aucun lien avec une procédure non soumise à la LInf (art. 21 al. 1), mais qui ont été incorporés ultérieurement dans une telle procédure, restent soumis au champ d'application de la LInf²⁹. Il s'agissait en l'occurrence de rapports scientifiques sur des pollutions qui avaient affecté le canton de Fribourg. Les rapports avaient été rédigés par un chercheur, indépendamment

²³ TC FR, Arrêt 601 2018 76 du 13 septembre 2018 consid. 2.2; TC FR, Arrêt 502 2014 212 du 22 avril 2015 consid. 2a.

²⁴ TC FR, Arrêt 601 2018 76 du 13 septembre 2018 consid. 2.1.

²⁵ Cf. TC FR, Arrêt 601 2018 76 du 13 septembre 2018 consid. 3.2. En l'espèce l'accès a été refusé, motif pris qu'il s'agissait des procès-verbaux de séances non publiques (Art. 29 al. 1 lit. b LInf en relation avec art. 69 al. 3 lit. a CPP).

²⁶ Cette révision s'est concentrée sur les adaptations à la Convention d'Aarhus: Loi du 5 octobre 2016 modifiant la loi sur l'information et l'accès aux documents (adaptation à la Convention d'Aarhus), ROF 2016_125.

²⁷ Egalement pris en considération in TC FR, Arrêt 502 2014 212 du 22 avril 2015 consid. 2c.

²⁸ TC FR, Arrêt 601 2020 52 du 20 avril 2020 p. 3.

²⁹ TC FR, Arrêt 601 2020 131 du 29 janvier 2021.

de toute procédure, et ils n'avaient été intégrés au dossier que plus tard, dans le cadre d'une procédure visant à identifier les responsables; au moment de la demande de consultation, la procédure était encore pendante devant le Tribunal fédéral.

Dans un arrêt de principe du Tribunal fédéral, le lien avec le dossier de procédure a également été pris en compte de manière duale: les documents établis en dehors d'une procédure judiciaire (et qui figurent dans les actes de procédure au sens large) restent accessibles en vertu des dispositions régissant le principe de transparence³⁰. En revanche, ces dispositions ne s'appliquent pas aux documents dont l'établissement a été expressément ordonné dans le cadre de la procédure judiciaire³¹.

Dans le cas d'espèce, un journaliste a souhaité consulter un rapport examinant les différentes activités d'une entreprise de restauration à bord des navires de la société de navigation sur les lacs de Neuchâtel et Morat SA. Ce rapport d'enquête a par la suite fait l'objet d'une procédure civile et pénale. Finalement, le Tribunal fédéral s'est penché sur la question en examinant notamment si la possibilité de consulter un tel document devait être examinée à l'aune des réglementations procédurales ou à l'aune de la Convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence pour les cantons du Jura et de Neuchâtel (cf. art. 69 al. 2 CPDT-JUNE). Le commanditaire du rapport d'enquête, son destinataire également, était le Conseil d'État du canton de Neuchâtel. Toutefois, ni dans la procédure pénale en cours, ni dans les procédures civiles pendantes, le rapport d'enquête ne constituait un acte de procédure ou un acte d'instruction lié à la procédure. Le document avait été établi en dehors de toute procédure judiciaire et il a simplement été intégré dans les dossiers civils et pénaux. Le rapport n'a donc pas été exclu du champ d'application de la CPDT-JUNE³².

Dans plusieurs arrêts, le Tribunal cantonal a dû se pencher sur la délimitation 16 entre le droit d'accès en vertu de la LInf et le *droit d'accès en vertu de la loi sur la protection des données* (LPrD)³³. Selon l'article 21 al. 1 lit. c LInf, l'accès d'une personne aux données la concernant fait l'objet de la législation spéciale³⁴. La demande adressée à la police cantonale par une personne souhaitant obtenir des informations sur tous les dossiers de police dans lesquels des données la concernant avaient été consignées, devait donc être traitée selon la LPrD³⁵.

³⁰ ATF 147 I 47 consid. 3.4.

³¹ *Ibid.*

³² Cf. à ce propos ATF 147 I 47 consid. 3.5.

³³ En complément quant à la relation entre transparence et protection des données, COTTIER dans ce volume.

³⁴ Il convient de différencier du droit d'accès accordé au public le droit garanti par la protection des données et qui permet d'accéder à ses propres données personnelles (cf. à ce propos également TF, Arrêt 1C_516/2013 du 22 janvier 2014 consid. 2.5).

³⁵ TC FR, Arrêt 601 2019 222 du 23 mars 2021 p. 6.

- 17 Au *niveau fédéral* également, la démarcation entre différents domaines juridiques et l'applicabilité de telle ou telle loi qui en résulte, soulève régulièrement des questions³⁶. Dans un arrêt publié en 2020, le Tribunal fédéral s'est penché sur la relation entre la LTrans et les normes spéciales d'autres lois fédérales qui qualifient certaines informations de secrètes ou prévoient des conditions spécifiques pour y accéder³⁷. Selon le Tribunal fédéral, la relation entre la LTrans et la législation spéciale doit être délimitée par voie d'interprétation, en tenant compte du fait que l'entrée en vigueur de la LTrans implique que c'est désormais la publicité de l'activité administrative qui constitue la règle; au vu de l'objet et du but de la LTrans, il n'y a pas lieu d'interpréter de manière trop laxiste des dispositions législatives spéciales qui permettraient de saper le principe de transparence de l'action administrative³⁸. Cette considération nous semble également pertinente pour ce qui concerne la relation entre la LInf et les réserves en faveur du maintien du secret qui sont prévues par la législation spéciale.

C. Les médias au sens de la LInf

- 18 L'arrêt 601 2012 29 du 29 janvier 2013 est le premier dans lequel le Tribunal cantonal a examiné la LInf de manière détaillée. En même temps, il semble bien que c'est le seul dans lequel la Cour s'est exprimée sur *la publicité des séances à l'usage des médias*. Il peut donc être traité ici comme un *Sonderfall*.
- 19 En l'espèce, la demande exprimée par le représentant d'une entreprise, qui souhaitait procéder à l'enregistrement vidéo d'une assemblée communale³⁹, avait été rejetée, motif pris que le déroulement de la réunion en aurait été perturbé. Le recourant a fait valoir que l'accès aux réunions ou leur enregistrement lui était garanti par l'article 19 al. LInf. En l'instance, le Tribunal cantonal s'est penché sur la notion de «médias» au sens de la LInf. Il a tout d'abord constaté que le terme ne se référait pas à des individus, mais à des activités qui peuvent être considérées comme relevant du journalisme. Indépendamment de toute dimension technique, le terme recouvre aussi bien la presse écrite, la radio et la télévision qu'Internet «pour autant que leur

³⁶ Cf. à ce propos la contribution d'ANDRÉ WINKLER dans le présent volume.

³⁷ ATF 146 II 265.

³⁸ ATF 146 II 265 consid. 5.3.

³⁹ L'objet de l'entreprise consiste en: «l'exploitation de chalets de vacances, de résidences de vacances, de colonies et toutes activités dans le domaine de l'audiovisuel».

activité reste liée au journalisme». En conséquence, la gestion d'un site Internet ou la mise en ligne d'un blog ne sauraient à elles seules être considérées comme une activité de «médias» au sens de la LInf⁴⁰.

Le jugement a fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, mais les arguments de l'instance inférieure ont été confirmés sur tous les points. Ainsi, les juges de Mon-Repos ont considéré que l'interprétation de la notion de médias au sens de la LInf était conforme au droit fondamental de la liberté d'expression, tel qu'il est garanti par la CEDH et la Constitution fédérale⁴¹.

III. Restrictions du droit d'accès

A. Contextualisation

L'accès aux documents officiels ne présuppose aucun intérêt digne de protection (cf. ci-dessous N 36). Cela ne signifie pas pour autant qu'il soit illimité: l'accès peut être totalement refusé ou, tout au moins, partiellement limité⁴². Comme le prévoit l'article 25 al. 1 LInf, l'accès à un document officiel est différé, restreint ou refusé si et dans la mesure où un intérêt public ou privé prépondérant l'exige.

Les intérêts en question ont été définis par le législateur, de manière abstraite, aux articles 26 à 28 de la LInf. Ces dispositions contiennent un véritable catalogue d'intérêts qui restreignent l'accès à certaines informations. Il appartient à l'organe public d'examiner au cas par cas si l'octroi de l'accès risque de préjudicier sérieusement les intérêts ainsi énumérés. Dans le contexte de cette pesée des risques, le Tribunal cantonal précise:

«L'art. 26 LInf fournit une liste exemplative des intérêts publics considérés comme prépondérants par le législateur. L'organe public à qui la demande d'accès est adressée doit se livrer à un 'test du préjudice', c'est-à-dire évaluer si, dans le cas d'espèce et à considérer qu'il soit fait droit à la demande, les intérêts publics listés risquent d'être atteints. Ce test n'implique pas une pesée des intérêts, celle-ci ayant été effectuée en amont par le législateur et ancrée dans la loi, en ce sens que les intérêts listés de manière exemplative sont d'emblée considérés comme prépondérants. En revanche, il requiert d'apprécier l'atteinte potentielle aux intérêts listés, de même que le risque de réalisation de celle-ci. Dans la mesure où l'entrave à l'accès doit s'analyser comme une limitation mise à un

⁴⁰ TC FR, Arrêt 601 1012 29 du 29 janvier 2013 p. 5. Cf. également la consultation préalable du Conseil suisse de la presse évoquée à l'art. 18 al. 4 LInf.

⁴¹ TF, Arrêt 1C_335/2013 du 10 octobre 2013 consid. 3.

⁴² Pour une limitation du droit d'accès vue sous l'angle des droits fondamentaux, cf. BELSER/CATTILAZ dans le présent volume.

droit fondamental, l'autorité se doit d'être restrictive dans son appréciation. Il faut ainsi que l'atteinte revête une importance minimale, dépassant le cadre du simple désagrément, et que le risque qu'elle se réalise soit sérieux [...]. Si le risque est confirmé, l'intérêt du public à l'information doit céder le pas à l'intérêt public contraire⁴³.»

23 Il n'y a donc pas lieu de procéder à une pesée des intérêts, celle-ci ayant été préalablement effectuée par le législateur⁴⁴. Toutefois, l'organe public dispose d'une certaine marge d'appréciation dans l'interprétation des notions juridiques indéterminées et dans l'évaluation des risques⁴⁵. Dans ce contexte, l'organe public doit tenir compte du principe de proportionnalité (cf. art. 7 OAD) et envisager notamment la possibilité d'un accès restreint (par exemple en caviardant certains passages)⁴⁶.

24 L'accès à l'information n'est pas limité uniquement par des intérêts divergents. L'article 25 al. 2 LInf poursuit les réflexions sur l'étendue du droit d'accès. Dans certains cas particuliers, l'accès est totalement exclu (art. 29 LInf; cf. N 9 et 13) ou alors il est nécessairement autorisé (art. 30 LInf).

Pour une comparaison avec le canton de Genève, cf. l'art. 26 al. 3 LIPAD GE, aux termes duquel les échanges de vues au sein des autorités collégiales sont exclus du droit d'accès, afin de ne pas compromettre la liberté d'opinion et de décision⁴⁷.

25 Le Tribunal cantonal a dû se pencher à plusieurs reprises sur la question de savoir si certains intérêts pouvaient être restreints lors de l'évaluation d'une demande d'accès. Dans les pages qui suivent, les arrêts reconnaissant la prépondérance des intérêts publics sont présentés sous III. A, et ceux qui consacrent la prépondérance des intérêts privés le sont sous III. B.

B. Intérêts publics prépondérants

26 Conformément à la lit. a de l'article 26 al. 1 LInf, un intérêt public prépondérant est reconnu lorsque l'accès peut mettre en danger *la sécurité et*

⁴³ TC FR, Arrêt du 9 novembre 2020 consid. 2.3.1; TC FR, Arrêt 601 2018 27 du 24 mai 2018 consid. 2.2.

⁴⁴ Les arrêts précités concernaient des intérêts publics prépondérants – Le principe général s'applique également aux cas prévus par les articles 27 et 28 LInf.

⁴⁵ TC FR, Arrêt du 9 novembre 2020 consid. 4.2 ; TC FR, Arrêt 601 2018 27 du 24 mai 2018 consid. 3.3.1.

⁴⁶ TC FR, Arrêt du 9 novembre 2020 consid. 2.3.1; TC FR, Arrêt 601 2018 27 du 24 mai 2018 consid. 2.2. Cf. également VOLLERY, RFJ/FZR 2019, N 23.

⁴⁷ Le rapport en question ne reflétait cependant en rien l'opinion de certains membres de la direction ou de certains offices, mais portait sur la gestion personnelle de l'administration communale dans son ensemble. C'est la raison pour laquelle le recours a été accepté par le TF (Arrêt 1C_277/2016 du 29 novembre 2016).

l'ordre publics. Ainsi, pour des raisons de sécurité, la police cantonale fribourgeoise avait refusé tout accès à des informations portant sur le nombre et la typologie des indicateurs privés qu'elle rémunérait⁴⁸. En l'espèce, le Tribunal cantonal a rappelé que certaines informations pouvaient être refusées si l'octroi de l'accès était susceptible d'affecter la capacité de la police ou de mettre en danger certaines personnes, voire l'ensemble de la population⁴⁹. Néanmoins, le risque doit être évalué en tenant compte des circonstances concrètes, et dans ce cas le refus total opposé à la demande de consultation a été jugé disproportionné⁵⁰. En conséquence, la Cour a ordonné la publication intégrale des extraits du budget et de la directive, cette dernière pouvant être caviardée, mais dans la mesure strictement nécessaire.

Selon la lit. c du même article 26 al. 1, un intérêt public prépondérant est également reconnu si l'octroi de l'accès risque d'*entraver notablement le processus décisionnel de l'organe public*. Pour la Cour, ni la pression exercée sur les parties concernées, ni les risques financiers pas plus que la possibilité d'une décision contraire ne satisfont à ce critère, en particulier si les informations ne sont plus de première fraîcheur⁵¹. En l'espèce, il s'agissait d'accéder à des informations relatives à une décharge publique, couvrant la période de 1953 à 1972.

De son côté, la lit. d de l'article 26 al. 1 LInf reconnaît un intérêt public prépondérant à refuser l'accès lorsque celui-ci peut entraver notablement l'exécution de décisions prises par l'organe public⁵². Aux yeux de la Cour, seules de *graves entraves* peuvent justifier un refus, raison pour laquelle la disposition doit être interprétée de manière restrictive⁵³; on pense notamment aux décisions concernant des mesures de surveillance, l'organisation d'inspections ou l'instauration de contrôles, dont la diffusion des documents recueillis pourrait préteriter l'exécution⁵⁴. Quant à la consultation du rapport final concluant une enquête administrative, elle n'est pas couverte non plus par cette disposition⁵⁵.

Aux termes de la lit. e du même article 26 al. 1 LInf, un nouvel intérêt public prépondérant réside dans le fait que l'accès à l'information ne saurait com-

⁴⁸ TC FR, Arrêt 601 2018 27 du 24 mai 2018.

⁴⁹ TC FR, Arrêt 601 2018 27 du 24 mai 2018 consid. 2.2.

⁵⁰ TC FR, Arrêt 601 2018 27 du 24 mai 2018 consid. 4.

⁵¹ TC FR, Arrêt 601 2020 131 du 29 janvier 2021 p. 5.

⁵² Cf. pour une réglementation analogue au niveau fédéral l'art. 7 al. 1 lit. b LTrans.

⁵³ TC FR, Arrêt 601 2019 96 du 9 novembre 2020 consid. 2.3.1: «il faut qu'il existe un risque sérieux que l'exécution de la décision soit entravée».

⁵⁴ TC FR, Arrêt 601 2019 96 du 9 novembre 2020 consid. 2.3.1.

⁵⁵ TC FR, Arrêt 601 2019 96 du 9 novembre 2020.

promettre la *position de négociateur* de l'organe public. Selon la jurisprudence du Tribunal cantonal, une direction administrative ne peut cependant pas refuser l'accès à des documents en arguant de sa position de négociatrice, simplement parce qu'elle est une autorité publique⁵⁶. Dans un arrêt postérieur, la Cour a précisé les conditions aux termes desquelles un intérêt public supérieur pouvait être admis: il doit s'agir de négociations en cours ou qui doivent avoir lieu dans un futur suffisamment proche et l'autre partie ne doit pas déjà être en connaissance du document en question⁵⁷. Les deux parties aux négociations doivent certes rester sur un pied d'égalité quant aux informations dont elles peuvent disposer. Encore faut-il, pour refuser l'accès au document demandé, que celui-ci compromette réellement la position de négociation de l'organe public, ce qui ne peut être examiné qu'au cas par cas⁵⁸.

- 30 *L'article 26 al. 2 LInf* énumère deux autres situations dans lesquelles l'organe public peut invoquer un intérêt public supérieur: les requêtes ne sauraient être abusives (lit. a) ni entraîner une charge de travail manifestement disproportionnée (lit. b).
- 31 Dans le contexte d'une demande en reconsidération, le Tribunal cantonal a dû se pencher une nouvelle fois sur l'accès à des informations liées au concept de manifestations sur le plateau d'Agy. Après avoir reçu quelques éclaircissements en la matière, la section fribourgeoise de l'ATE avait reformulé sa demande, tout en réclamant des informations complémentaires⁵⁹. Le Tribunal cantonal n'y a décelé aucun abus: un demandeur peut spécifier ou préciser sa demande après avoir reçu des informations au cours de la procédure⁶⁰. Ce droit reflète l'obligation de l'organe public (cf. N 10) de fournir aux demandeurs les explications indispensables leur permettant d'accéder aux informations demandées, d'autant plus que dans la plupart des cas le demandeur ne dispose pas de connaissances approfondies sur les informations qu'il réclame⁶¹.
- 32 L'organe public peut également restreindre l'accès si l'exécution de la demande entraîne une *charge de travail manifestement disproportionnée* (art. 26 al 2 lit. b LInf). Dans le contexte des procédures touchant son propre permis de construire et sa propre autorisation d'exploitation, un demandeur avait réclamé des informations détaillées sur plusieurs bâtiments situés sur

⁵⁶ TC FR, Arrêt 601 2020 131 du 29 janvier 2021 consid. 5.

⁵⁷ TC FR, Arrêt 601 2019 96 du 9 novembre 2020 consid. 2.3.1.

⁵⁸ TC FR, Arrêt 601 2019 96 du 9 novembre 2020 consid. 2.3.1; cf. également VOL-LERY, RFJ/FZR 2009, N 61.

⁵⁹ TC FR, Arrêt 601 2020 183 du 29 avril 2021 p. 8.

⁶⁰ TC FR, Arrêt 601 2020 183 du 29 avril 2021 p. 8.

⁶¹ TC FR, Arrêt 601 2020 183 du 29 avril 2021 p. 6 s.

le territoire d'une commune. Celle-ci a rejeté la demande sans motivation, et un recours déposé par le demandeur a été également rejeté par le préfet. Dans la procédure de recours devant le Tribunal cantonal, le préfet et la commune ont estimé qu'il convenait de refuser la demande, puisque l'accès à plus de dix dossiers de construction entraînerait une charge de travail considérable.

Dans cette affaire, le Tribunal cantonal a suivi le même raisonnement et a estimé trop importante une charge de travail de plus de deux heures⁶². Pour vérifier la proportionnalité de la question soulevée, il s'est inspiré de l'article 8 al. 1 OAD⁶³: une demande soulève des difficultés particulières si le travail nécessité par son traitement initial et l'octroi de l'accès dépassera selon toute vraisemblance les deux heures.

L'argumentation du Tribunal cantonal a été critiquée: la disposition d'exécution idoine pour l'article 26 al. 2 LInf ne serait pas l'article 8 al. 1 lit. d OAD mais au contraire son article 8 al. 2⁶⁴. Une charge de travail maximale – selon toutes probabilités – de plus de deux heures ne devrait donc pas conduire automatiquement à ce qu'une demande soit rejetée comme manifestement disproportionnée au sens de l'article 26 al. 2 lit. b LInf⁶⁵.

Cet arrêt soulève d'autres questions: la commune n'aurait pas dû rejeter abruptement le droit d'accès au dossier, mais indiquer la possibilité de la requête en médiation auprès du ou de la préposé-e à la transparence (art. 12 al. 2 OAD). L'étape de la médiation, qui est obligatoire dans le canton de Fribourg, a été omise, mais dans son arrêt le Tribunal cantonal ne s'est pas prononcé sur ce point⁶⁶. À la lumière du principe de proportionnalité, un accès limité aux documents aurait en tous les cas pu être envisagé.

Dans des arrêts plus récents, le Tribunal cantonal s'est à nouveau penché sur la question de savoir si l'octroi d'une requête entraînait une charge de travail excessive au sens de l'article 26 al. 2 lit. b LInf. Pour ce faire, il s'inspire désormais – à juste titre – de l'article 8 al. 2 OAD⁶⁷: le critère déterminant pour donner suite à une demande tient au personnel et à l'in-

⁶² TC FR, Arrêt 601 2014 118 du 23 décembre 2014 consid. 6g.

⁶³ TC FR, Arrêt 601 2014 118 du 23 décembre 2014 consid. 6f.

⁶⁴ Vallery, RFJ/FZR 2014, 346.

⁶⁵ Selon VOLLERY, RFJ/FZR 2014, le rejet d'une demande pour cause de charge de travail disproportionnée se rapprocherait d'un abus de droit et ne devrait donc être invoqué que de manière restrictive, c'est-à-dire uniquement dans les cas graves.

⁶⁶ Cf. également STOFFEL/GASSER, RFJ/FZR 2021, 338 avec des références à la jurisprudence fédérale.

⁶⁷ TC FR, Arrêt 601 2020 183 du 29 avril 2021 p. 6.

frastructure dont l'organe public dispose ordinairement; la récolte des informations demandées ne doit pas le conduire à négliger gravement l'accomplissement de ses autres tâches⁶⁸.

C. Intérêts privés prépondérants

36 Nous l'avons vu, il n'y a aucune obligation de justifier d'un quelconque intérêt pour accéder à des documents officiels détenus par des organes publics⁶⁹. Dans le même ordre d'idées, la demande ne doit pas contenir de précisions quant à l'usage qui sera fait des données recueillies⁷⁰. Toutefois, des intérêts privés (ceux de tiers) peuvent s'opposer à la consultation de certains documents officiels. Dans de tels cas, le législateur opère une pesée des intérêts en présence, à savoir d'un côté la protection des intérêts des tiers et, de l'autre, l'intérêt public à la transparence.

37 C'est surtout la protection des données à caractère personnel contenues dans les documents officiels qui peut justifier une restriction du droit d'accès au titre d'intérêt privé prépondérant, en vertu de l'article 27 al. 1 LInf. Toutefois, la même disposition prévoit des exceptions à cette règle: un intérêt prépondérant n'est pas reconnu à la protection des données lorsqu'une disposition légale prévoit la diffusion des données concernées auprès du public (lit. a), si la personne concernée a consenti à la communication de ses données au public ou que les circonstances permettent de présumer ce consentement (lit. b), ou si l'intérêt du public à l'information l'emporte sur l'intérêt de la personne concernée au maintien du secret (lit. c). Au bout du compte, l'article 27 LInf rend incontournable une pesée des intérêts dans chaque cas concret⁷¹.

Il y a lieu de privilégier l'intérêt prépondérant du public à l'information lorsque celle-ci concerne des données à caractère personnel se rapportant à un membre d'un organe public et que l'information porte sur ses fonctions ou ses activités au service de cet organe

⁶⁸ Cf. TC FR, Arrêt 601 2020 183 du 29 avril 2021 p. 7, 9 (en l'espèce, la participation du préfet à la Taskforce COVID-19 ne fait pas non plus obstacle à la mise à disposition des informations); TC FR, Arrêt 601 2019 96 du 9 novembre 2020 consid. 2.3.3.

⁶⁹ TC FR, Arrêt 601 2019 96 du 9 novembre 2020 consid. 3.1; TC FR, Arrêt 601 2018 27 du 24 mai 2018 consid. 2.1.

⁷⁰ Cf. TC FR, Arrêt 601 2014 118 du 23 décembre 2014 consid. 6e; à ce propos WALDMANN, N 16 avec références dans le présent volume.

⁷¹ Cf. TC FR, Arrêt 601 2018 267 du 28 novembre 2018 consid. 2.4 pour une pesée des intérêts, en l'occurrence entre l'intérêt public à connaître un audit consacré à la gestion d'un hôpital et les intérêts d'une personne privée dont le travail a fait l'objet de l'enquête.

(art. 27 al. 2 LInf en relation avec art. 12 LInf). Au surplus, l'article 27 al. 3 LInf s'applique aux informations sur l'environnement.

La protection des données ne s'oppose pas non plus à l'accès aux données à caractère personnel au sens de la LPD, d'autant plus qu'il n'existe pas de protection absolue des données à caractère personnel⁷². Les désagréments subis par une personne du fait de la divulgation des données la concernant ne justifient pas un refus d'accès⁷³. 38

Dans de nombreux cas, les intérêts personnels en matière de protection des données peuvent être pris en compte par l'anonymisation des documents. Toutefois le but de la LInf, qui consiste à garantir la transparence des activités de l'État en donnant accès aux documents officiels, interdit un caviardage trop vigoureux et, partant, des difficultés accrues dans le traçage des informations⁷⁴. 39

L'article 28 al. 1 lit. c LInf admet un *intérêt privé prépondérant au maintien du secret* lorsque l'accès dévoilerait des informations fournies volontairement par des tiers à un organe public et dont la confidentialité a été garantie par l'organe en question. Dans le contexte d'une enquête administrative menée par le préfet à l'encontre d'une commune, le TC a précisé que l'article 28 al. 1 lit. c LInf devait être interprété restrictivement. La simple communication du fait que la procédure administrative est secrète et que les autorités sont soumises au secret professionnel ne constitue pas une «garantie». Il faut au contraire une assurance expresse assimilable à une garantie de secret⁷⁵. Par ailleurs, l'accès au rapport final ne vide pas de son contenu la loi sur les communes, pas plus qu'il ne viole une obligation de secret au sens de l'article 25 al. 3 LInf⁷⁶. 40

⁷² TF Arrêt 1C_472/2017 du 29 mai 2018 consid. 3.3. Pris en considération in TC FR, Arrêt 601 2019 96 du 9 novembre 2020 consid. 3.2.4; TC FR, Arrêt 601 2018 267 du 28 novembre 2018 consid. 2.4.

⁷³ TC, Arrêt 601 2019 96 du 9 novembre 2020 consid. 2.3.2 avec référence au TF, Arrêt 1C_472/2017 du 29 mai 2018 consid. 3.3. Dans ce dernier cas, il s'agissait de l'examen d'un rapport d'enquête sur la gestion d'un centre d'asile, dans lequel plusieurs membres des autorités cantonales de la migration étaient visés. On voit ici que la transparence des activités de l'État bénéficie d'un soutien sans faille – à noter que la plaignante n'était pas directement concernée en tant que personne privée, mais en sa qualité de représentante d'un organe public.

⁷⁴ TC FR, Arrêt 601 2019 96 du 9 novembre 2020 consid. 3; TC FR, Arrêt 601 2018 267 du 28 novembre 2018 consid. 3. Encore une fois à titre d'illustration TF, Arrêt 1C_472/2017 du 29 mai 2018.

⁷⁵ TC FR, Arrêt du 9 novembre 2020 consid. 3.2.3; en l'espèce, seul l'anonymat avait été garanti.

⁷⁶ TC FR, Arrêt 601 2019 96 du 9 novembre 2020 consid. 3.1.

IV. Questions procédurales

- 41 Pour l'accès aux documents officiels, la LInf prévoit une procédure de médiation spécifique⁷⁷. Dans plusieurs arrêts, le Tribunal cantonal a précisé ce mode de faire et s'est penché sur le rôle du ou de la préposé-e.
- 42 Le Tribunal cantonal a notamment dû qualifier juridiquement l'absence répétée aux séances de médiation. Un recours ayant été déposé contre cet arrêt, le Tribunal fédéral a également pu se prononcer sur l'affaire (cf. IV.A). Dans un autre arrêt, le Tribunal cantonal a précisé quand une recommandation écrite du ou de la préposé-e était nécessaire (cf. IV.B). De manière plus générale, le Tribunal cantonal s'est également exprimé sur les voies de recours et la nature juridique des accords de médiation (cf. IV.C).

A. Absence lors de la médiation

- 43 La LInf ne se prononce pas sur le cas où une partie ne se présente pas à la procédure de médiation. Une telle situation a fait l'objet d'un procès: d'emblée, le Tribunal cantonal a clarifié de manière toute générale la procédure et le rôle du ou de la préposé-e. À ses yeux, la procédure de médiation est informelle et peut, dans une large mesure, être organisée librement par le ou la préposé-e⁷⁸. Il s'agit d'un «tout indissociable»⁷⁹.
- 44 Néanmoins, durant toute la procédure de médiation, les parties sont tenues de se conformer aux injonctions du ou de la préposé-e, notamment son invitation à présenter des documents (art. 14a al. 2 lit. b OAD) ou à participer à des séances de médiation (art. 14a al. 2 lit. c OAD)⁸⁰.
- 45 Selon le Tribunal cantonal, compte tenu de son rôle il appartient bel et bien au préposé ou à la préposée de considérer l'absence répétée à la procédure de médiation comme un *retrait de la demande de médiation*⁸¹. La Cour fait

⁷⁷ Quant à la procédure, cf. WALDMANN dans le présent volume.

⁷⁸ TC FR, Arrêt 601 2019 19 du 21 mai 2019 p. 5. Cf. également TC FR, Arrêt 601 2018 27 du 24 mai 2018 consid. 2.3.

⁷⁹ TC FR, Arrêt 601 2019 19 du 21 mai 2019 p. 6 ; cf. également WALDMANN dans le présent volume, N 25.

⁸⁰ Dans ce sens TC FR, Arrêt 601 2019 19 du 21 mai 2019 p. 8.

⁸¹ TC FR, Arrêt 601 2019 19 du 21 mai 2019 p. 6.

valoir que les parties, selon l'article 14a de l'OAD mais également par analogie avec une disposition fédérale⁸², sont tenues de collaborer à la médiation⁸³.

En outre, dans la même affaire, le Tribunal cantonal s'est prononcé sur le caractère juridique de certains actes du ou de la préposée: partant de leur absence de compétence décisionnelle en la matière, le Tribunal cantonal a qualifié la procédure de médiation d'acte matériel («*Realakt*»)⁸⁴. La Cour a considéré que la clôture de la procédure était légale et a rejeté le recours.

Ce jugement a fait l'objet d'un recours de droit public au Tribunal fédéral⁸⁵. Celui-ci l'a rejeté et a confirmé l'arrêt de l'instance inférieure. Il s'agissait en l'espèce de savoir si la préposée était cantonnée à émettre des recommandations, sans pouvoir prendre aucune décision. Bien qu'elle ne soit pas compétente pour statuer sur le fond (existence et étendue du droit d'accès), elle peut prendre une décision constatant la clôture de la procédure, à la suite d'un accord ou en raison de l'absence des conditions légales mises à une acceptation⁸⁶. Selon cette interprétation, le ou la préposé-e peut donc adopter des décisions mettant un terme à la procédure.

Depuis lors, le Tribunal cantonal ne considère plus de telles injonctions du ou de la préposé-e comme des actes matériels. Il attribue désormais aux dispositions de procédure et d'exécution le caractère d'une décision au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral⁸⁷.

Dans un autre considérant, le Tribunal fédéral – à l'instar du Tribunal cantonal – a laissé ouverte la question des *voies de droit recevables* contre la clôture de la procédure⁸⁸. Comme le Tribunal cantonal avait examiné un éventuel déni de droit, en l'occurrence le plaignant n'avait été prétérité en

⁸² Selon l'art. 12b al. 3 OTrans, la requête est considérée comme retirée et l'affaire est classée si le demandeur ne prend pas part à la médiation.

⁸³ TC FR, Arrêt 601 2019 19 du 21 mai 2019 p. 6.

⁸⁴ TC FR, Arrêt 601 2019 19 du 21 mai 2019 p. 7 s.

⁸⁵ TF, Arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020.

⁸⁶ TF, Arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020 consid. 2.2. Le Tribunal fédéral, en qualifiant certaines ordonnances du ou de la préposé-e de décisions (de constatation), a remplacé la qualification du Tribunal cantonal qui en faisait des actes matériels; selon WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 10 s., cette question aurait pu être laissée ouverte dans ce cas d'examen de l'arbitraire.

⁸⁷ TC FR, Arrêts 601 2019 207/601 2019 219 du 14 mai 2020 p. 4 avec référence au TF, Arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020 consid. 2.2.

⁸⁸ TF, Arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020 consid. 3.2.

aucune façon et il n'y avait donc pas application arbitraire du droit cantonal de la procédure (art. 111 CPJA)⁸⁹.

- 49 Le Tribunal fédéral a également exclu l'arbitraire ou la non-application de l'article 14a al. 4 OAD⁹⁰. Cette disposition s'applique en l'absence d'accord, soit parce que la médiation a échoué, soit parce qu'aucun accord n'a été trouvé dans les vingt jours suivant le dépôt de la demande. Dans un tel cas, le ou la préposé-e doit adresser une recommandation aux parties ou, dans certains cas (art. 33a LInf), transmettre les documents à la Commission cantonale de la transparence et de la protection des données. Le Tribunal fribourgeois ne s'était pas prononcé sur l'application de cette disposition⁹¹. Selon les juges de Mon-Repos, elle ne peut s'appliquer que si *toutes* les «parties» (et pas seulement une) refusent de participer à la médiation⁹². C'est uniquement à ce moment-là qu'il deviendra évident qu'aucun compromis ne pourra être trouvé⁹³.

B. Recommandation écrite en dépit de la réussite de la médiation

- 50 Le Tribunal cantonal s'est également penché sur un dossier concernant l'aboutissement d'une médiation *per se*⁹⁴. Bien qu'un accord ait été trouvé, le demandeur souhaitait obtenir une ordonnance constatant que l'organe public avait violé son obligation de diligence et agi de manière déloyale. En l'occurrence, c'est uniquement après que le demandeur eut déposé lui-même une demande de médiation que l'organe public était enfin sorti de son silence et avait réagi à sa requête⁹⁵.

⁸⁹ TF, Arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020 consid. 3.2, qui suit ainsi l'interprétation défendue in TC FR, Arrêt 601 2019 19 du 21 mai 2019 p. 8. Le Tribunal fédéral a également laissé ouverte la question de savoir si l'absence de décision de l'organe public pouvait constituer un déni de droit «indirect».

⁹⁰ TF, Arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020 consid. 4.

⁹¹ D'un avis critique WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 18 ss.

⁹² TF, Arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020 consid. 4.2.

⁹³ TF, Arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020 consid. 4.2. En l'espèce, l'application de l'article 14a al. 4 OAD n'a pas été jugée pertinente, car l'organe public s'est montré ouvert au dialogue, a fourni des informations et a pris part aux séances de médiation (consid. 4.3.). Ici aussi, le Tribunal fédéral est allé au-delà d'un contrôle de l'arbitraire au sens strict du terme ; sur ce sujet cf. WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 11 s.).

⁹⁴ TC FR, Arrêt 601 2018 327 du 21 mai 2019.

⁹⁵ TC FR, Arrêt 601 2018 327 du 21 mai 2019 p. 6.

Aux termes de la LInf, la procédure de médiation reste largement informelle. Aucune recommandation n'est nécessaire pour aboutir à une conciliation. Dans le cas où une procédure de médiation a été ouverte à la suite de l'absence de réponse de l'organe public (art. 13 al. 3 OAD), l'accès aux documents met un terme à la procédure⁹⁶. 51

En l'espèce, la question se posait de savoir si le ou la préposé-e, ou tout au moins la Commission cantonale de la transparence et de la protection des données, aurait dû constater que l'organe public avait violé son obligation de diligence et de bonne foi⁹⁷. Le Tribunal cantonal a répondu par la négative: la Commission elle non plus n'est pas compétente pour statuer par voie de décision sur la légalité du traitement de la demande d'accès par l'organe public. Elle ne dispose de compétences décisionnelles que dans le cadre de l'article 33a LInf⁹⁸. 52

C. Procédure de recours

Les décisions rendues par les organes publics (art. 33 al. 3 LInf) et la Commission (art. 33a LInf) peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal cantonal (art. 34 al. 1 LInf en relation avec art. 113 ss CPJA). Les décisions d'un organe pour lequel ces dispositions ne prévoient pas de recours, notamment un organe du Grand Conseil ou du pouvoir judiciaire, sont directement susceptibles de recours devant le Tribunal cantonal (art. 34 al. 2 LInf). Sont réservées les décisions prises en matière de droit d'accès par un organe relevant du pouvoir législatif d'une commune ou d'une association de communes (art. 35 al. 3 LInf). 53

Les décisions du ou de la préposé-e sur la conclusion d'un accord et *ipso facto* sur la clôture de la procédure de médiation⁹⁹, ou alors sur l'abandon d'une telle procédure pour défaut d'une des parties¹⁰⁰, peuvent également tomber sous le coup de l'article 34 al. 2 LInf. Selon l'avis de WALDMANN, la non entrée en matière et la clôture de la procédure de médiation devraient 54

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ TC FR, Arrêt 601 2018 327 du 21 mai 2019 p. 5. La question de la compétence en matière de contrôle de l'exécution de la LInf se pose également, mais elle n'a pas été abordée *in casu*. Pour en savoir plus sur les aspects organisationnels de la LInf STÖCKLI/JOLLER dans le présent volume.

⁹⁹ TC FR, Arrêts 601 2019 207/601 2019 219 du 14 mai 2020 p. 4.

¹⁰⁰ TC FR, Arrêt 601 2019 19 du 21 mai 2019 (confirmé par le TF dans son arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020). En revanche, la question de la nature du recours est restée ouverte (cf. à ce propos WALDMANN, FZR/RFJ 2020, 17 s.).

également pouvoir faire l'objet d'un recours devant le Tribunal cantonal, d'autant plus que la jurisprudence semble accorder la qualité de décision à certains actes du ou de la préposé-e¹⁰¹.

Dans un cas d'espèce, la question s'est posée de savoir si le défaut de mise en œuvre d'un accord de médiation pouvait être invoqué par voie de recours administratif¹⁰². Selon l'article 121 al. 1 CPJA, l'action de droit administratif est ouverte dans les cas de contestations relatives à des prétentions de droit public au sujet desquelles l'autorité administrative n'a pas la compétence de prendre une décision. Or, dans la procédure d'accès aux documents officiels, l'organe public est précisément tenu de le faire: selon l'article 33 al. 3 LInf, lorsqu'une recommandation a été émise, l'organe public rend d'office une décision¹⁰³.

55 *L'objet de la procédure de recours* n'est pas l'opportunité de la décision attaquée, mais sa légalité ou celle de la procédure administrative préalable¹⁰⁴. Dans un cas d'espèce, les dispositions de la convention de conciliation étaient tellement vagues que le Tribunal cantonal l'a considérée comme une déclaration d'intention non justiciable nécessitant une concrétisation¹⁰⁵.

56 La procédure de recours est en principe gratuite (art. 24 al. 1 1^{ère} phrase LInf en relation avec art. 4 al. 3 OAD). Toutefois, en ce qui concerne la procédure de recours devant le Tribunal cantonal, les règles en matière de dépens prévues par le CPJA sont applicables (art. 24 al. 1 2^{ème} phrase LInf en relation avec art. 131ss CPJA). Il a été jugé que les dispositions relatives à l'indemnisation des parties étaient également applicables¹⁰⁶.

V. Appréciation

57 Au cours des dix années d'existence de la LInf, le Tribunal cantonal s'est penché sur cette thématique dans plusieurs arrêts¹⁰⁷. Ce faisant, quelques idées-forces ont émergé sur lesquelles la Cour, voire dans une certaine mesure le Tribunal fédéral, se sont penchés avec attention. Dans les lignes qui

¹⁰¹ WALDMANN dans le présent volume, N 70.

¹⁰² TC FR, Arrêt 601 2019 207/601 2019 219 du 14 mai 2020 p. 4.

¹⁰³ TC FR, Arrêt 601 2019 207/601 2019 219 du 14 mai 2020 p. 4 s.

¹⁰⁴ Cf. TC FR, Arrêt 601 2019 96 du 9 novembre 2020 consid. 1.2.

¹⁰⁵ TC FR, Arrêts 601 2019 207/601 2019 219 du 14 mai 2020 p. 5. Pour une typologie des clauses d'une convention de médiation, cf. WALDMANN, N 57 dans le présent volume.

¹⁰⁶ Cf. TC FR, Arrêt 601 2020 131 du 29 janvier 2021 p. 3.

¹⁰⁷ Quelques arrêts plus récents sont cependant venus s'y ajouter; cf. VOLLERY, RFJ/FZR 2019, N 1 s.

suivent, elles vont faire l'objet d'une ultime récapitulation assortie d'une brève évaluation.

Les demandes d'accès à des documents relatifs à des procédures pénales 58
pendantes ou en cours d'instruction forment un sujet de controverse récurrent quant au champ d'application de la LInf et à sa relation avec la législation spéciale. La norme légale fondamentale n'en demeure pas moins l'article 21 LInf.

Il vaut la peine de mentionner ici un ancien arrêt du Tribunal cantonal concernant le traitement d'une demande de consultation de dossiers relevant du permis de construire et son rejet en raison de la charge de travail disproportionnée qu'elle était censée induire. Tant sur le fond que sur la procédure, cet arrêt a soulevé des questions et prêté le flanc à la critique. Or, dans des arrêts plus récents, le Tribunal cantonal semble désormais se conformer à la «norme» prévue par la loi. 59

Le Tribunal cantonal, mais aussi le Tribunal fédéral, se sont penchés à diverses reprises sur l'aménagement de la procédure de médiation. Ce faisant, le rôle du ou de la préposé-e, et en particulier sa marge de manœuvre, ont pu être précisés. Ainsi, la jurisprudence a répondu aux questions de procédure encore en suspens, tandis que certaines adaptations ont été apportées en fonction de la pratique de Mon-Repos. 60

Pour terminer, il convient de noter que la majorité des jugements concernait le droit d'accès et non la publicité des séances. Chose moins surprenante, dans tous ces recours la question centrale consistait à savoir si un intérêt prépondérant, qu'il soit public ou privé, permettait de justifier le refus d'une demande d'accès. 61