

Note

Pour la version originale du texte cf. MARTINE STOFFEL/ANNETTE ZUNZER RAEMY, *Gros plan sur les accords de médiation en transparence – approche empirique*, in: Waldmann/Bergamin (éds), *10 ans LInF Fribourg*, Stämpfli Editions, Berne 2021, 223–242.

Gros plan sur les accords de médiation en transparence – approche empirique

MARTINE STOFFEL/ANNETTE ZUNZER RAEMY*

Table des matières

I. Introduction	2
II. Généralités	2
III. Médiations	4
A. Quelques chiffres	4
B. Types de médiation.....	5
C. Cas particuliers: médiations de masse	6
1. Pratiques managériales	7
2. Eoliennes	7
IV. Accords de contenu	8
A. Obtention des documents.....	8
1. Bruit routier	9
2. Mobilité et stationnement.....	9
3. Royalties à une maison d'édition	10
4. Eoliennes	11
5. Enquête administrative.....	11
B. Enumération des documents	12
1. Eoliennes	12
2. Comptabilité	13
C. Obtention des informations.....	13
1. Masque dans les crèches	14
2. Arrêt de bus	14
3. Loi sur la scolarité obligatoire.....	15
V. Accords de procédure	15
A. Suite de la médiation	15
1. Gravière.....	16
2. Taxe de séjour	16
3. Décharge	17
B. Effet préventif de la médiation	17
1. Avis de droit.....	18
2. Comptes et plan financier.....	18
C. Mise en œuvre des accords	18
VI. Conclusion	19

* Cette contribution a été rédigée avec la collaboration de M. DYLAN HOFMANN, juriste stagiaire à l'ATPrD du 1^{er} mars au 31 août 2021.

I. Introduction

- 1 La présente contribution a pour objectif de décrire l'expérience pratique en matière d'accords suite à des médiations en transparence¹ durant les 10 dernières années. L'article comprend une brève introduction (cf. II.), une présentation des différents types de médiation selon les parties impliquées avec des exemples (cf. III.), puis une énumération des types d'accords de contenu (cf. IV.) et de procédure (cf. V.).
- 2 En guise de conclusion (cf. VI.), la procédure de médiation a bien fonctionné en pratique, malgré certaines questions qui restent ouvertes.

II. Généralités

- 3 La procédure de médiation en matière de transparence existe dans le canton de Fribourg depuis l'entrée en vigueur de la loi cantonale du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents (LInf)². Lorsque la détermination d'un organe public suite à une demande d'accès à un document officiel ne satisfait pas le-la requérant-e ou un tiers, ceux-celles-ci peuvent déposer contre celle-ci une requête en médiation auprès de la préposée à la transparence (la préposée) (art. 33 al. 1 LInf). Lorsque la médiation aboutit, l'accord est consigné par écrit et devient immédiatement exécutoire (art. 14 al. 3 OAD)³.
- 4 Les accords de médiation selon la LInf peuvent revêtir différentes formes⁴: accords de contenu (cf. IV.) concernant l'obtention de documents (cf. IV.A.), l'énumération de documents (cf. IV.B.) ou l'obtention d'informations (cf. IV.C.). Il peut également s'agir d'accords sur la procédure (cf. V), à savoir en particulier des accords sur la suite de la médiation (cf. V.A.), de l'effet préventif de la saisine de la préposée (cf. V.B.). La question de la mise en œuvre des accords est également abordée (cf. V.C.). A relever que

¹ Pour la procédure de médiation selon la LInf, cf. la contribution de BERNHARD WALDMANN dans ce volume.

² Le législateur s'est inspiré de la LTrans et des cantons de Berne, Appenzell Rhodes-Extérieures, Soleure, Genève, Vaud, Jura, Neuchâtel, Argovie, Uri, Zurich et Schwyz, voir Message LInf, 932. Pour approfondir le sujet, cf. par exemple BOILLAT/WERLY, Transparence passive; BOILLAT/WERLY, Annuaire ASDPO 2019/2020; GUY-ECALBERT, SHK BGÖ, art. 13–14; CHATTON, Jusletter 3 avril 2017; COTTIER, Accès; FLÜCKIGER, Projet; IDEM, Mise en œuvre; GUY-ECALBERT, Procédure; MONTAVON/VOLLERY, DEP 2017; RICHARD/WERLY; VOLLERY, RFJ/FZR 2014; WALDMANN, Vertrag; IDEM, RFJ/FZR 2020. Sur la question du droit à l'information, voir MAHON.

³ VOLLERY, RFJ/FZR 2009, N 102–114; IDEM, RFJ/FZR 2014, 343–345.

⁴ Pour les différents types d'accords de médiation, cf. la contribution de BERNHARD WALDMANN dans ce volume.

les différents cas décrits dans cette contribution sont présentés plusieurs fois, sous un angle différent.

La médiation selon la LInf est une médiation spéciale qui ne consiste pas en une procédure administrative formelle; elle est obligatoire et a lieu avant la procédure décisionnelle soumise aux règles de la procédure administrative⁵. Elle se distingue des types de médiation suivantes: la médiation en première instance et au niveau judiciaire⁶, la résolution à l'amiable du litige dont le but est de prévenir et régler les conflits entre des personnes et les autorités administratives, la médiation dans les procédures administratives⁷ et les ombudsmans qui réagissent suite à des dénonciations des particuliers ou de leur propre initiative⁸.

La médiation selon la LInf comporte aussi des différences par rapport aux médiations qui ont lieu hors des domaines administratifs ou judiciaires: des éléments fondamentaux importants qui valent dans ces domaines, comme la volonté des parties de participer à la médiation, l'impartialité et le fait de s'abstenir de fournir une solution de la part du médiateur/de la médiatrice sont remis en question par le cadre-même de la LInf. Cela vaut malgré tout la peine d'intégrer dans le processus le plus d'éléments possibles en provenance de la médiation classique.

Ainsi, une discussion sur la confidentialité permet souvent de garantir un dialogue constructif entre les parties, avant que la thématique proprement dite soit abordée. De plus, il est judicieux de reprendre les éléments classiques de la médiation dans le processus prévu par la LInf quand il s'agit de la question d'octroyer l'accès au document demandé ou pas.

A première vue, cette question semble être centrale dans beaucoup de séances de médiation mais cache souvent un intérêt plus important que d'avoir accès au document. Comme cela est démontré dans certains cas particuliers présentés dans cet article, discuter des intérêts et des besoins des personnes requérantes permet souvent d'obtenir un accord par un autre aspect communicatif, et non pas par l'accès au document.

Par le biais des techniques de médiation, il s'agit d'identifier les thèmes qui ont mené les personnes requérantes à souhaiter avoir accès au document, et ceux qui ont amené l'organe public à en refuser ou en restreindre l'accès.

⁵ STÖCKLI, ZSR (139) 2020 II, 220–222; CHATTON, Jusletter 3 avril 2017, 14–34.

⁶ STÖCKLI, ZSR (139) 2020 II, 210; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N 3.213 (n. 339); pour approfondir le sujet, voir ROBERT, par exemple.

⁷ STÖCKLI, ZSR (139) 2020 II, 215 et références citées; pour approfondir le sujet, voir BUGNON, par exemple.

⁸ STÖCKLI, ZSR (139) 2020 II, 219; NOTTER (n. 7), 215–216; pour approfondir le sujet, voir BETTSCHART, par exemple.

La discussion des oppositions des tiers menée selon les techniques de médiation peut contribuer à développer des options qui permettent d'aboutir à un accord.

- 10 Si les parties ne parviennent pas à un accord, la préposée peut abandonner son rôle de médiatrice et analyser la situation selon les dispositions de la LInf si elle recommande l'accès au document ou pas.

III. Médiations

- 11 Cette partie traite tout d'abord du nombre de requêtes en médiation en augmentation (cf. III.A.), des médiations suite à une demande d'accès et de tiers (cf. III.B.), puis du cas particulier des médiations de masse (cf. III.C.).
- 12 Il existe principalement deux types de requêtes en médiation dans le domaine de la transparence: celles déposées par la personne qui a fait la demande d'accès suite à la détermination de l'organe public (médiation suite à une demande d'accès) et celles en provenance de tiers qui font valoir un intérêt privé prépondérant (médiation suite à l'opposition de tiers) pour s'opposer à l'accès. Ces dernières sont plus rares (cf. III.B.).
- 13 Les médiations dites «de masse» constituent un cas particulier: il arrive que des requêtes en médiation «de masse» soient déposées par plusieurs personnes auprès de la préposée, à savoir de la part de plusieurs personnes qui ont fait des demandes d'accès à des documents et n'ont pas été satisfaites de la détermination de l'organe public, ou de tiers qui se sont opposés à ce que l'accès à un document soit octroyé (cf. III.C.).

A. Quelques chiffres

- 14 En dix ans d'activité et jusqu'en date du 1^{er} mai 2021, 556 demandes d'accès ont été déposées auprès des organes publics, selon les chiffres communiqués à l'ATPrD. Dans 456 cas, l'accès total, restreint ou différé a été octroyé.
- 15 Ces statistiques (art. 40 al. 1 let. e LInf), qui figurent dans les rapports d'activité de l'ATPrD, correspondent aux indications fournies par les organes publics. Comme au niveau fédéral, l'ATPrD part de l'idée que ce nombre est nettement inférieur à la réalité, car les demandes d'accès adressées aux organes publics ne sont pas toujours reconnues comme telles. Par conséquent, elles ne sont pas traitées sous l'angle de la LInf et ne sont pas annoncées dans le cadre de l'évaluation.
- 16 Le nombre de requêtes en médiation déposées auprès de la préposée était relativement bas de 2011 à 2017, puis a connu une forte augmentation depuis 2018.

La préposée a été saisie de plus de 140 requêtes en médiation, a rendu 33 recommandations, 13 recours en lien avec la LInf ont été déposés au Tribunal cantonal et 2 au Tribunal fédéral. Parmi ces recours, certains n'ont pas eu lieu suite à une procédure qui incluait une médiation selon la LInf. Ces dernières années, le nombre de requêtes en médiation a fortement augmenté puisqu'une quarantaine de requêtes en médiation ont été déposées de 2011–2017, et plus de 100 requêtes en médiation ont été déposées depuis 2018⁹. Le nombre de recommandations (33) rendu par la préposée et les décisions des tribunaux¹⁰ sont bas par rapport au nombre de requêtes en médiation (plus de 140), ce qui signifie que la médiation a abouti à un accord dans un grand nombre de cas. 17

B. Types de médiation

La *personne* qui a demandé l'accès et *les tiers* qui ont fait opposition peuvent, dans les trente jours qui suivent la détermination de l'organe public, déposer une requête en médiation contre celle-ci (art. 33 al. 1 LInf). 18

Il convient de distinguer entre les deux types de médiation: 19

- Médiation sur l'accès, à savoir une requête en médiation entre la personne qui a fait la demande d'accès et l'organe public.

Dans cette constellation, qui est la plus courante, la personne qui a demandé l'accès et qui n'est pas satisfaite de la détermination de l'organe public saisit la préposée d'une requête en médiation. La préposée convoque alors les parties à la séance de médiation. Cette typologie de médiation sera illustrée, dans la présente contribution, au moyen des exemples pratiques suivants:

- Bruit routier (cf. IV.A.1.);
- Mobilité et de stationnement (cf. IV.A.2.);
- Royalties à une maison d'édition (cf. IV.A.3.);
- Eoliennes (cf. IV.A.4.);
- Enquête administrative (cf. IV.A.5.);
- Eoliennes (cf. IV.B.1.);
- Comptabilité (cf. IV.B.2.);
- Masque dans les crèches (cf. IV.C.1.);
- Arrêt de bus (cf. IV.C.2.);
- Loi sur la scolarité obligatoire (cf. IV.C.3.);

⁹ Etat au 31 mai 2021.

¹⁰ Les recommandations de la préposée sont publiées sur le site internet de l'ATPrD (art. 41 al. 2 let. e LInf): www.fr.ch/atprd > transparence > recommandations), tout comme les arrêts des tribunaux sous > transparence > jurisprudence).

- Gravière (cf. V.A.1.);
 - Taxe de séjour (cf. V.A.2.);
 - Décharge (cf. V.A.3.);
 - Avis de droit (cf. V.B.1.);
 - Comptes et plan financier (cf. V.B.2.).
- *Médiation sur les droits réservés des tiers*, à savoir lorsque l'organe public s'est déterminé en faveur de l'accès au document et que le ou les tiers font valoir un intérêt privé prépondérant pour s'opposer à l'accès au document.

Dans cette constellation de médiation, c'est l'intérêt privé prépondérant (art. 27–28 LInf), à savoir la protection des données personnelles, les secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication, les droits d'auteur ou la divulgation d'informations fournies librement par un tiers à un organe public qui en a garanti le secret, qui peut être invoqué par le tiers pour s'opposer à l'accès. La préposée convoque le tiers et l'organe public à la séance de médiation. Le-la requérant est informé-e qu'un tiers s'est opposé à l'accès au document. Cependant, il n'est pas partie à la procédure et ne connaît pas forcément l'identité du tiers. Le cas du rapport d'enquête administrative est un exemple d'une médiation suite à l'opposition de tiers (cf. IV.A.5.).

C. Cas particuliers: médiations de masse

- 20 Il existe un cas particulier de médiation, qui sont les médiations dites «de masse». Celles-ci posent principalement deux défis, à savoir *la protection des données (1) et l'égalité de traitement (2)*.
- 21 Dans ce type de médiation, plusieurs personnes demandent l'accès au même document. Partant, la préposée est saisie d'un grand nombre de requêtes en médiation uniquement pour un même document. La LInf ne prévoit pas de règle pour ce type de cas. La préposée a alors choisi une solution pragmatique, à savoir de réunir les procédures et réaliser une seule médiation par organe public. Dans un cas, elle a réalisé la procédure de médiation par écrit. Dans l'autre, elle a invité les requérant-e-s à une séance de médiation, selon la commune concernée dans le cas concret des éoliennes. Cela afin de gérer les requêtes en médiation de manière plus efficace.
- 22 Deux cas concrets sont employés dans cette partie pour illustrer ce type de médiation: les demandes d'accès à une analyse de pratiques managériales et les demandes d'accès aux documents en lien avec les éoliennes. Des réflexions sous l'angle de la protection des données et de l'égalité de traitement en lien avec ces médiations dites «de masse» sont données.

1. *Pratiques managériales*

Des demandes d'accès concernent une analyse de pratiques managériales dans le domaine de la santé. Dans cette affaire, 12 requêtes en médiation sont déposées auprès de la préposée, qui réunit les procédures. Les requérant-e-s et l'organe public ont l'occasion de se déterminer par écrit. Faute d'accord, la préposée déclare l'échec de la médiation et rend une seule recommandation pour les 12 requêtes en médiation. Dans ce type de médiation réalisé par écrit avec un grand nombre de parties, l'obtention d'un accord est difficile. Pour cela, il faudrait prévoir un grand nombre d'échanges de courriers et la procédure s'en retrouverait alourdie et rallongée. 23

- 1) *Protection des données*: les personnes ne souhaitent pas forcément que les autres requérant-e-s sachent qu'elles ont déposé une requête en médiation. La préposée choisit de communiquer séparément avec chaque requérant-e et ne pas divulguer leur nom aux autres requérant-e-s.
- 2) *Egalité de traitement*: afin que toutes les personnes s'expriment et fassent valoir leur point de vue, la préposée leur propose de se déterminer au même moment et avec des délais identiques.

2. *Eoliennes*

Des demandes d'accès concernent les éoliennes. Dans ce cas, plusieurs centaines de demandes d'accès sont déposées dans diverses communes (cf. aussi IV.A.4.). Une bonne trentaine de requêtes en médiation arrive chez la préposée; ces requêtes en médiation concernent 5 communes différentes. 24

- 1) *Protection des données*: la préposée ne peut pas partir du principe qu'elle peut divulguer l'identité des différent-e-s requérant-e-s entre eux. Elle choisit de réunir les procédures et invite les requérant-e-s à une séance de médiation par commune. A partir du moment où les requérant-e-s acceptent le principe de la séance de médiation commune, leur identité peut être divulguée aux autres requérant-e-s.
- 2) *Egalité de traitement*: au cours de l'une des procédures de médiation, la préposée réalise que les documents sollicités sont des documents qui concernent plusieurs communes à la fois. Elle se demande alors si elle a une obligation, lors des autres médiations, de mentionner l'existence des documents aux parties qui n'en ont pas connaissance ou si, au contraire, elle n'a pas le droit de mentionner, de manière transversale, l'existence de ces documents. Pour que tous-toutes les requérant-e-s et toutes les communes puissent connaître l'étendue des documents existants, la préposée propose de mentionner les documents sur lesquels portent la demande d'accès dans les accords de médiation et propose

aux parties de publier les accords sur les sites Internet des communes concernées.

IV. Accords de contenu

- 25 Les accords de médiation conclus devant la préposée peuvent se répartir en deux catégories principales:
- *Accords de contenu*: les accords de médiation de contenu dans lesquels les parties conviennent des éléments en lien avec les documents demandés ou les informations recherchées en fonction des limites de la LInf;
 - *Accords de procédure*: les accords de procédures dans lesquels les parties tombent d'accord sur la suite à donner à la demande d'accès, respectivement à l'obtention d'informations.
- 26 Un accord de médiation peut être mixte et contenir des éléments de contenu et en même temps de procédure.
- 27 Les accords de contenu portent sur l'obtention de documents (cf. IV.A.), l'énumération de documents (cf. IV.B.) et l'obtention d'informations (cf. IV.C.). C'est de ce type d'accords qu'il s'agit dans cette partie.

A. Obtention des documents

- 28 En principe, et selon la volonté du législateur lors de l'élaboration de la LInf, les documents sollicités sont clairement dénommés par les requérants. Partant, leur existence n'est pas mise en doute, ils sont identifiés auprès de l'organe public et c'est leur transmission en tant que telle qui est discutée. Au fil des échanges pendant la séance de médiation, il arrive que l'organe public décide d'y octroyer l'accès, éventuellement sous une forme différée ou restreinte afin de préserver les intérêts publics et privés prépondérants en jeu (art. 26–28 LInf).
- 29 Cette partie traite, à titre d'exemple d'accords, des documents sur l'assainissement du bruit routier (cf. IV.A.1.), de concepts de mobilité et de stationnement (cf. IV.A.2.), de royalties à une maison d'édition (cf. IV.A.3.), d'éoliennes (cf. IV.A.4.) et d'un rapport d'une enquête administrative (cf. IV.A.5.).

1. Bruit routier

Une association demande l'accès au tableau prévoyant un état des lieux concernant l'assainissement du bruit routier auprès d'une Direction. Celle-ci n'ayant pas répondu dans les délais prévus (art. 13 al. 3 OAD), l'association saisit la préposée d'une requête en médiation. 30

Lors de la séance de médiation, les parties conviennent que l'accès au tableau sera octroyé pendant un certain délai (accès différé), moyennant un caviardage dans le but de protéger les données personnelles des tiers concernés (accès partiel/restreint). Les parties invitent la préposée à clore le dossier. 31

2. Mobilité et stationnement

Une association demande l'accès au concept de mobilité et de stationnement auprès d'une préfecture. La préfecture informe la requérante qu'elle n'a pas pu identifier le document sollicité dans ses services. Suite à cela, l'association saisit la préposée d'une requête en médiation. 32

Pendant la première séance de médiation, la requérante est informée par la préfecture que les renseignements recherchés se trouvent dans des décisions. Les parties établissent que la demande porte sur les extraits de ces décisions et conviennent d'un délai pour la transmission de ces documents, éventuellement sous une forme restreinte/partielle. Ces éléments sont intégrés dans l'accord. 33

Après transmission des deux extraits de décisions caviardés, la requérante estime que l'accord n'a pas été correctement mis en œuvre; le concept mentionné à l'origine se trouve dans les annexes, qui n'ont pas été transmises. Elle considère ne pas avoir reçu les documents sollicités dans sa demande d'accès. Si elle avait su que les documents sollicités existaient, elle ne se serait pas satisfaite d'un accord qui porte sur l'accès à des extraits de décisions. 34

Elle fait recours contre ce qu'elle considère comme un refus d'octroyer l'accès aux documents et ouvre action au Tribunal cantonal pour mauvaise exécution de l'accord de médiation. Le Tribunal cantonal décide que les deux procédures sont irrecevables. L'accord de médiation ayant été rédigé «*en des termes très généraux, sans identification des documents concernés*¹¹», il renvoie la cause à la préposée «*comme objet de sa compétence*¹²». 35

La préposée reprend alors la médiation et la requérante précise sa demande d'accès. Elle indique qu'elle porte sur les concepts de stationnement, de 36

¹¹ TC FR, arrêt 601 2019 207/601 2019 219 du 14 mai 2020 p. 5.

¹² TC FR, arrêt 601 2019 207/601 2019 219 du 14 mai 2020 p. 5.

circulation et/ou de mobilité tels qu'ils ont été validés par la Police cantonale pour les principaux organisateurs-trices d'évènements pour les années 2017, 2018, 2019 et 2020.

- 37 La préposée convoque les parties à une deuxième séance de médiation, qui ne permet pas d'aboutir à un accord. La préposée recommande alors à la préfecture de transmettre les deux concepts de mobilité et de stationnement annexés aux décisions mentionnées dans l'accord passé lors de la première séance de médiation et de dresser une liste des concepts sollicités selon les précisions de la requérante. Si la demande est trop volumineuse et nécessite une charge de travail disproportionnée pour la préfecture, la préposée est d'avis que qu'elle peut commencer par dresser une liste de documents pour l'année 2019.
- 38 La préfecture suit partiellement la recommandation de la préposée. Elle octroie l'accès aux annexes des deux décisions, mais refuse de dresser la liste. Sur recours de la requérante, le Tribunal cantonal réinstaure la recommandation de la préposée et la préfecture doit dresser la liste des documents, cas échéant en commençant par 2019, à l'instar de la recommandation de la préposée¹³.
- 39 Il y a donc une obligation de l'organe public d'aider la requérante à identifier les documents et, si nécessaire, de s'organiser pour être en mesure de le faire. Le Tribunal a estimé dans ce cas que le travail à fournir n'est pas manifestement disproportionné et raisonnablement exigible.

3. *Royalties à une maison d'édition*

- 40 Une personne souhaite avoir accès aux montants payés par une bibliothèque à une maison d'édition pour les années 2020, 2021, 2022 et 2023. La bibliothèque refuse d'y octroyer l'accès.
- 41 La personne saisit alors la préposée d'une requête en médiation. La préposée impartit un délai à la bibliothèque pour se déterminer, respectivement pour transmettre les documents sollicités, et convoque les parties à une séance de médiation.
- 42 Dans le délai imparti par la préposée et avant la séance de médiation, la bibliothèque transmet les documents sollicités. Le requérant confirme avoir reçu les documents demandés.
- 43 Cette médiation n'aboutit par conséquent pas à un accord signé par les parties, mais à un échange de courriels qui permet à la préposée de constater qu'une fois les documents transmis, la médiation aboutit et de clore le dossier.

¹³ TC FR, arrêt 601 2020 183 du 29 avril 2021 p. 11.

4. *Eoliennes*

Cette affaire concerne également une demande d'accès à des documents en lien avec les éoliennes, mais dans une autre commune et pour une autre période. Une association dépose une demande d'accès sur des documents en lien avec les éoliennes et détenus par une commune. N'ayant pas reçu de réponse satisfaisante, l'association saisit la préposée d'une requête en médiation. La préposée impartit alors un délai à la commune pour se déterminer, respectivement pour transmettre les documents sollicités, et convoque les parties à une séance de médiation. 44

Avant la séance de médiation, la commune transmet une première partie des documents. La requérante indique alors que certains documents manquent. La commune fait parvenir, lors d'un deuxième envoi, les documents restants à la requérante. Cette dernière indique par la suite avoir reçu les documents sollicités et la préposée clôt le dossier. 45

Dans l'exemple ci-dessus, la médiation n'aboutit pas non plus à un accord signé par les parties, mais à un échange de courriels qui permettent à la préposée de constater l'aboutissement de la médiation une fois les documents transmis et de clore le dossier. 46

5. *Enquête administrative*

Une journaliste formule une demande d'accès à un rapport d'enquête administrative menée par une préfecture. La préfecture refuse l'accès et la journaliste saisit la préposée. La séance n'aboutit pas à un accord et la préposée recommande d'octroyer un accès partiel au rapport et à la décision de clôture, afin de préserver les intérêts publics prépondérants en jeu. Avant que l'accès ne soit octroyé, elle recommande à la préfecture de consulter les tiers concernés, pour que ceux-ci puissent s'opposer à l'accès en invoquant un intérêt privé prépondérant. La préfecture ne suit pas la recommandation de la préposée et maintient son refus. La journaliste fait recours contre cette décision au Tribunal cantonal. 47

Le Tribunal cantonal décide¹⁴ que l'accès au rapport d'enquête administrative et à la décision de clôture doit être accordé. Il précise que les tiers concernés doivent être consultés pour qu'ils puissent s'opposer à l'accès en faisant valoir un intérêt privé prépondérant, conformément à la recommandation de la préposée. 48

La préfecture consulte alors les tiers concernés. Un tiers s'oppose à ce que l'accès au rapport soit octroyé en invoquant un intérêt privé prépondérant. Il saisit la préposée d'une requête en médiation. 49

¹⁴ TC FR, arrêt 601 2019 96 du 9 novembre 2020.

50 Au cours de la séance de médiation, les parties tombent d'accord pour qu'un caviardage additionnel soit prévu, afin de préserver l'intérêt privé prépondérant en jeu. Ce caviardage est discuté après la séance de médiation entre la préfecture et le tiers concerné, avec les conseils ponctuels de la préposée. Le tiers accepte ensuite que le rapport soit transmis avec le caviardage additionnel convenu.

B. Enumération des documents

51 Dans d'autres cas, les demandes d'accès touchent à toute une série de documents non identifiés clairement; ces demandes sont généralement plus larges et ouvertes que les demandes vues précédemment. Les requérant-e-s ne connaissent pas nécessairement l'emplacement des informations recherchées et ne peuvent formuler leurs demandes d'accès «que» dans des termes parfois très généraux¹⁵.

52 Conformément au devoir d'assistance prévu par le législateur (art. 32 al. 1 LInf), les organes publics doivent soutenir les requérant-e-s dans l'identification des documents sollicités. Partant, ils désignent les documents qui contiennent les informations recherchées ou dressent des listes des documents sollicités. Le but des accords trouvés dans ces situations est d'identifier, puis d'énumérer les documents sollicités en vue de leur accès.

53 A titre d'exemple, cette partie traite d'accords concernant des documents sur les éoliennes (cf. IV.B.1.) et la comptabilité (cf. IV.B.2.).

I. Eoliennes

54 Plusieurs centaines de demandes d'accès à des documents en lien avec des éoliennes sont déposées dans différentes communes. Elles sont toutes formulées en des termes semblables. Plusieurs requérant-e-s n'étant pas satisfaits des réponses données par les communes saisissent la préposée d'une trentaine de requêtes en médiation. Ces requêtes concernent cinq communes différentes. La préposée réunit les requêtes en 5 procédures différentes – une par commune. Elle invite les requérant-e-s à la séance de médiation qui les concerne.

55 Pendant ces séances de médiation, les parties dressent une liste des documents sollicités et conviennent d'un délai pour que les communes puissent y octroyer l'accès. Elles décident dans 4 cas de publier l'accord de médiation sur le site Internet de la commune concernée dans une version anonymisée (sans les noms et prénoms des personnes concernées, cf. sites Internet

¹⁵ TC FR, arrêt 601 2020 183 du 29 avril 2021 p. 8; VOLLERY, RFJ/FZR 2009, N 104.

des communes concernées). Dans l'intervalle, les médiations sont suspendues. Suite à la transmission de certains documents, les requérant-e-s indiquent dans 3 cas que certains documents manquent toujours à leur avis. Dans un cas, les requérant-e-s se déclarent satisfait-e-s par l'envoi des documents et la préposée clôt le dossier. Dans un autre cas, la médiation échoue et la préposée rend une recommandation.

2. *Comptabilité*

Une personne demande l'accès à la comptabilité d'un établissement pour une période qui s'étend sur plusieurs années. Sans réponse satisfaisante de l'établissement, elle saisit la préposée d'une requête en médiation. 56

Durant la séance de médiation, les parties identifient précisément les comptes qui contiennent les informations recherchées et dressent une liste de ces comptes. Elles conviennent que le requérant va déposer une nouvelle demande d'accès spécifiquement à ces comptes-là, étant donné que la situation est passablement différente de la demande d'accès initiale et nécessite un examen différent de la demande d'accès par l'établissement. Cet examen ne peut pas avoir lieu pendant la séance de médiation. A l'issue de la médiation, les parties demandent à la préposée de clore le dossier. 57

C. **Obtention des informations**

Certaines demandes visent l'obtention de documents, mais il s'agit en réalité d'informations. Selon la LInf, seules les demandes d'accès et non pas les demandes d'information sont soumises à la procédure d'accès selon la LInf; seules les demandes d'accès peuvent donc faire l'objet d'une demande en médiation. Il existe pourtant des accords de médiation qui concernent la transmission et l'obtention *d'informations*. Lors de la médiation, les motifs des requérant-e-s et les échanges avec l'organe public permettent d'apporter des réponses aux questions ouvertes. 58

Bien que les demandes d'accès portent sur des documents spécifiques, il arrive que le-la requérant-e ne sache pas exactement ni où se trouve l'information recherchée ni si l'information recherchée est consignée dans un document et il formule une demande d'accès qui peut couvrir un nombre élevé de documents (cf. IV.B.). Dans certains cas, le-la requérant-e se satisfait lors de la séance de médiation d'informations communiquées par oral. 59

Dans cette constellation, un échange avec l'autorité ou une discussion avec un transfert d'informations peut permettre d'aboutir à un accord. Partant le document n'est plus réellement au centre de la demande. 60

61 Les cas suivants illustrent ces situations: port du masque dans les crèches (cf. IV.C.1.), mise à l'enquête d'un arrêt de bus (cf. IV.C.2.), loi sur la scolarité obligatoire (cf. IV.C.3.).

1. *Masque dans les crèches*

62 Dans ce cas, la demande d'accès porte sur des documents en lien avec la directive imposant le port du masque par le personnel dans les crèches fri-bourgeoises.

63 Sans réponse de la Direction en question, l'association qui a déposé la demande d'accès saisit la préposée d'une requête en médiation. La préposée invite l'association et la Direction à une séance de médiation et impartit un délai à la Direction pour se déterminer, respectivement pour transmettre les documents sollicités à la requérante. Suite à un envoi de divers documents, la requérante indique ne pas avoir reçu tous les documents demandés.

64 Durant la séance de médiation, divers échanges ont lieu entre l'association et la Direction. Ces échanges ne concernent pas uniquement les documents demandés. Suite à la séance, l'association se déclare satisfaite des informations transmises: la séance de médiation aboutit à un accord dans lequel figure que les informations sollicitées ont été transmises. Les parties demandent à la préposée de clore le dossier.

2. *Arrêt de bus*

65 Une personne demande l'accès à un dossier de mise à l'enquête d'un arrêt de bus dans une commune. Elle ne sait pas exactement en quelle année cette mise à l'enquête a eu lieu, mais estime qu'il s'agit probablement de 1995. Dans sa réponse, la commune indique ne pas avoir identifié le document sollicité. La personne saisit alors la préposée d'une requête en médiation.

66 Lors de la séance de médiation, la commune informe le requérant qu'elle n'a pas retrouvé le document, malgré des recherches approfondies. Elle fournit toute une série d'informations en lien avec le dossier qui intéresse le requérant. Les parties ne souhaitent pas signer d'accord à l'issue de la séance de médiation. Elles préfèrent que, dans son procès-verbal formel, la préposée indique que le document recherché n'a pas été retrouvé par la commune. Le requérant se déclare ensuite satisfait des informations reçues et les parties invitent la préposée à clore le dossier.

3. *Loi sur la scolarité obligatoire*

Une personne souhaite avoir accès à des extraits de procès-verbaux de 67
séances d'une commission parlementaire concernant un projet de loi sur la
scolarité obligatoire. Les procès-verbaux des séances non-publiques n'étant
pas accessibles (art. 29 al. 1 let. b LInf), l'accès est refusé et la personne
saisit la préposée d'une requête en médiation.

Lors de la séance de médiation, les informations recherchées sont données 68
dans le cadre d'une discussion. La personne est satisfaite et l'accord passé
entre les parties mentionne que les informations souhaitées ont été trans-
mises. Les parties invitent la préposée à clore le dossier.

V. Accords de procédure

Certains accords ne concernent pas les documents proprement dits, mais 69
«uniquement» la façon de mener la procédure de médiation pour concrétiser
l'accès. Il ne s'agit alors pas d'une médiation de fond, mais «uniquement»
de procédure. Cette partie donne des exemples d'accords de procédure, à
savoir ceux qui conviennent de la suite à donner à la médiation (cf. V.A.).
Elle traite également de l'effet préventif de la médiation (cf. V.B.) et de la
mise en œuvre des accords (cf. V.C.).

A. Suite de la médiation

Il existe des cas où les organes publics rendent une détermination négative 70
suite à une demande d'accès, à un stade précoce de la procédure. Pendant
la séance de médiation, il arrive que les parties acceptent de définir la suite
de la procédure de la médiation, en vue d'octroyer l'accès aux documents
sollicités.

Cela peut être le cas si l'organe public se déclare finalement favorable à 71
l'accès, mais que des tiers doivent encore être consultés au préalable pour
pouvoir s'opposer à l'accès en invoquant un intérêt privé prépondérant
(art. 27–28 LInf). Cela peut être le cas également si des recherches addi-
tionnelles doivent être effectuées par l'organe public dans le cas de son de-
voir d'assistance (art. 32 al. 1 LInf) pour retrouver des documents par
exemple.

Ces accords prévoient souvent la suspension de la médiation jusqu'à la mise 72
en œuvre de l'accord de médiation et peuvent laisser la possibilité au-à la
requérant-e de demander à la préposée de reprendre la médiation.

73 Cette partie mentionne les cas d'une gravière (cf. V.A.1.), de la convention sur une taxe de séjour (cf. V.A.2.) et des rapports sur une décharge (cf. V.A.3.).

1. *Gravière*

74 Une association demande l'accès à des documents en lien avec une gravière. Suite à un courrier de la commune et faute de documents transmis, l'association saisit la préposée d'une requête en médiation. Lors de la séance de médiation, les parties conviennent que la demande d'accès porte sur deux courriers spécifiques dont un qui a été émis par la préfecture. Elles tombent d'accord sur la transmission des documents, moyennant une information de la préfecture.

75 La préfecture s'oppose à la transmission du courrier lorsque la commune l'informe du contenu de l'accord de médiation. Suite à l'intervention de la préposée auprès de la préfecture, le document est finalement transmis.

2. *Taxe de séjour*

76 Un journaliste demande l'accès à une convention concernant le prélèvement de la taxe de séjour. L'organe public refuse d'octroyer l'accès à la convention concernée et le journaliste saisit la préposée d'une requête en médiation.

77 Lors de la séance de médiation, l'organe public est d'accord de consulter le tiers (art. 32 al. 2 LInf) en vue d'octroyer l'accès à la convention. Les parties conviennent dans un accord des modalités de cette consultation et des délais y relatifs. De plus, ils requièrent la suspension de la médiation auprès de la préposée.

78 Le tiers refuse que l'accès soit octroyé en invoquant un secret d'affaire. Par conséquent, l'organe public s'oppose à la transmission du document. La préposée déclare alors l'échec de la médiation et recommande que l'accès à la convention soit octroyé, moyennant consultation du tiers conformément à la procédure prévue par la LInf (art. 33 al. 1 LInf). L'organe public refuse d'octroyer l'accès en invoquant un secret d'affaire et le journaliste fait recours au Tribunal cantonal contre ce refus. Le recours est pendant¹⁶.

¹⁶ Etat le 11 mai 2021.

3. *Décharge*

Une demande d'accès, émanant également d'un journaliste, porte sur deux 79
rapports historiques concernant une décharge. La Direction concernée se
détermine en faveur d'un accès différé, une fois les procédures administra-
tives et de juridiction en cours terminées.

La préposée invite les parties à la séance de médiation, qui ne permet pas 80
d'aboutir à un accord. La Direction souhaite compléter sa détermination,
dans laquelle elle propose à nouveau un accès différé, dans un futur proche.
Les parties conviennent alors par échanges de courriels que les deux rap-
ports seront transmis lorsque les procédures en cours seront terminées, mais
au plus tard dans un délai spécifique. Le requérant demande à la préposée
de suspendre la médiation jusqu'à cette date.

Une fois ce délai passé et faute d'avoir obtenu les documents, le requérant 81
sollicite la reprise de la médiation par la préposée. Celle-ci constate l'échec
de la médiation et recommande d'octroyer l'accès aux documents sollicités.
A son avis, les deux rapports ne sont pas relatifs aux procédures de juridis-
tion en cours, et leur accès n'est pas susceptible d'entraver notablement le
processus décisionnel en cours. Le journaliste fait recours au Tribunal can-
tonal contre la décision de la Direction d'octroyer un accès différé aux deux
rapports, une fois les procédures administratives et de juridiction en cours
terminées. Ces deux rapports sont transmis avant la décision du Tribunal
cantonal, après une décision de la Direction, mais avant les autres décisions
judiciaires pendantes¹⁷.

B. Effet préventif de la médiation

Dans certains cas, la perspective d'une médiation permet de régler le pro- 82
blème. Il s'agit de l'effet préventif de la saisine de la préposée. La requête
en médiation a pour conséquence que des documents sont transmis, bien
que la préposée ait «simplement» été saisie et n'ait pas encore convoqué la
séance de médiation.

Cette partie est illustrée par les cas d'un avis de droit (cf. V.B.1.) et des 83
comptes et d'un plan financier (cf. V.B.2.).

¹⁷ TC FR, arrêt 601 2020 131 du 29 janvier 2021.

1. Avis de droit

- 84 Une requérante demande l'accès à un avis de droit auprès d'une Direction. L'avis en question traite de la révision de la LPers. Suite à une détermination négative de la Direction concernée, la requérante saisit la préposée d'une requête en médiation.
- 85 Suite à cette requête mais avant le début de la procédure de médiation et avant l'invitation de la préposée à la séance de médiation, la Direction donne accès à l'avis de droit. Le document sollicité ayant été transmis, la préposée classe la requête en médiation.

2. Comptes et plan financier

- 86 Une personne demande l'accès aux comptes et au plan financier quinquennal d'une commune. Suite au refus de la commune d'y octroyer l'accès, elle saisit la préposée d'une requête en médiation.
- 87 Après avoir invité les parties à la séance de médiation mais avant la tenue de celle-ci, les parties échangent en bilatéral sans la préposée concernant la demande d'accès et d'autres éléments qui n'ont pas trait à cette dernière. Suite à cet échange, la personne décide de retirer sa requête en médiation et la préposée classe la requête.

C. Mise en œuvre des accords

- 88 La question de la mise en œuvre des accords de médiation se pose régulièrement. La LInf ne prévoit pas de solution la concernant et des démarches qui doivent être entreprises si une partie est d'avis que l'accord n'est pas ou pas correctement mis en œuvre:
- Dans le cas «mobilité et stationnement» (cf. IV.A.2.), une partie a indiqué que si elle avait su que les documents sollicités existaient, elle n'aurait pas accepté l'accord proposé.
 - Dans le cas «gravière» (cf. V.A.1.), la commune a décidé, suite à l'opposition de la préfecture, de ne pas transmettre le document de la préfecture, malgré ce qui avait été convenu dans l'accord de médiation. C'est l'intervention de la préposée auprès de la préfecture qui a permis la mise en œuvre de l'accord.
 - Dans le cas «décharge» (cf. V.A.3.), le document n'a pas été transmis à la date prévue par l'accord. Comme les parties avaient convenu de la suspension de la médiation, la préposée a, sur demande du requérant, constaté l'échec de la médiation et rendu une recommandation.

- Dans le cas «éoliennes» (cf. IV.B.1.), les parties ont décidé de suspendre la médiation pendant la mise en œuvre des accords, puis d'indiquer à la préposée par la suite si elles maintiennent leur requête. Plus tard, une des communes a indiqué qu'étant donné l'évolution du dossier, elle a décidé qu'il n'apparaît plus indispensable de transmettre d'autres documents éventuels et deux autres communes ont renoncé à mettre en œuvre l'accord passé.

Lorsque les parties conviennent, dans l'accord, de suspendre la procédure de médiation, cela peut amener ultérieurement la clôture de la requête en médiation, par exemple lorsque les différentes étapes de l'accord ont eu lieu. 89

Il se peut aussi que l'accord prévoit que la préposée puisse si nécessaire constater l'échec de la médiation et rendre une recommandation dans une phase ultérieure. Cette suspension des médiations dans les accords a pour inconvénient qu'ils ne mettent pas de terme à la procédure de médiation. La préposée suit alors la mise en œuvre des accords, compétence que la LInf ne lui attribue pas. Etant donné la récente jurisprudence du Tribunal cantonal¹⁸, il est possible dans le futur que les requérant-e-s non satisfait-e-s de la mise en œuvre de l'accord de médiation reviennent chez la préposée. 90

VI. Conclusion

La LInf a introduit une procédure de médiation pour les demandes d'accès: en cas de détermination négative de l'organe public ou si un tiers s'oppose à l'accès à un document, le-la requérant-e peut et le tiers doit saisir la préposée d'une requête en médiation. La procédure de médiation consiste en une médiation devant la préposée qui formule en cas d'échec une recommandation à l'attention de l'organe public. 91

La médiation telle qu'elle est prévue par la LInf et la mise en œuvre d'un droit fondamental comme le droit d'accès aux documents officiels ne s'allient normalement pas forcément. Dans l'ensemble, la médiation en matière d'accès aux documents officiels est souvent utilisée en pratique; elle permet dans la majorité des cas d'avoir un résultat satisfaisant pour tout le monde. Toutefois, des questions importantes concernant la procédure de médiation subsistent. 92

Depuis son entrée en vigueur, la procédure de médiation a été souvent utilisée, à savoir environ 10 demandes en médiation en moyenne par année de 2011 à 2017. Les demandes en médiation ont augmenté de 2018 à 2020, avec plus de 20 demandes en médiation en moyenne par année. Il semble que l'année 2021 confirme cette tendance à la hausse puisqu'au 1^{er} juin 93

¹⁸ TC FR, arrêt 601 2019 207/601 2019 219 du 14 mai 2020.

2021, 40 demandes en médiation ont été soumises à la préposée. Cela laisse à penser que la loi est de plus en plus connue par les personnes.

- 94 Cette procédure de médiation s'est avérée utile dans une très large majorité des cas puisque seules 33 recommandations ont été rendues sur les 142 demandes en médiation.
- 95 Cela démontre que la procédure de médiation instaurée par le législateur est efficace. Elle permet de tenir compte des différents intérêts en jeu, parfois même sans ce que le législateur a prévu, à savoir que l'accès aux documents sollicités soit octroyé. Dans certains cas, des informations sur les affaires concernées ou un accord sur la manière de procéder en vue d'octroyer l'accès aux documents sollicités suffit.
- 96 Une question qui n'est pas résolue de manière satisfaisante est celle de la mise en œuvre des accords de médiation. En effet, le législateur n'a pas prévu de solution si une des parties est d'avis qu'un accord n'est pas correctement mis en œuvre. Dans ces cas et étant donné la récente jurisprudence du Tribunal cantonal, les requérant-e-s reviennent chez la préposée.
- 97 Parfois, des problèmes inattendus surgissent, par exemple lors de demandes d'accès et de requêtes en médiation dites «de masse». Ces problèmes ont pu dans la pratique être résolus de manière pragmatique et efficace.