

Note

Pour la version originale du texte cf. ANDREAS STÖCKLI/ELISABETH JOLLER, *Die Organisation der Kantonalen Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz (ÖDSB)*, in: Waldmann/Bergamin (éds), *10 ans LInf Fribourg*, Stämpfli Editions, Berne 2021, 121–157.

L’organisation de l’Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données (ATPrD)

ANDREAS STÖCKLI/ELISABETH JOLLER*

Table des matières

I.	Genèse de l’actuelle structure organisationnelle de l’ATPrD ...	2
II.	Aperçu de la structure, du statut et des tâches de l’ATPrD.....	5
	A. Structure de l’ATPrD.....	5
	B. Statut juridique organisationnel de l’ATPrD au sein de l’administration cantonale	5
	C. Tâches de l’ATPrD.....	6
III.	La Commission cantonale de la transparence et de la protection des données.....	7
	A. Composition, élection et prise de décision	7
	B. Tâches.....	9
IV.	Le ou la préposé-e à la transparence.....	11
	A. Nomination	11
	B. Tâches.....	12
	1. Mise en œuvre générale du droit d’accès	12
	2. Déroulement de la procédure de médiation.....	13
	3. Echange professionnel.....	14
	4. Suppléance de la médiatrice cantonale.....	14
V.	L’indépendance de l’ATPrD	15
	A. Justification de l’indépendance de l’ATPrD.....	15
	1. Justification du point de vue du droit de la protection des données.....	15
	2. Justification du point de vue du principe de la transparence	16
	a) Justification émanant des droits fondamentaux et des droits humains.....	16
	b) Justification du point de vue du droit de procédure	18
	c) Justification du point de vue du droit international.....	19

* L’autrice et l’auteur remercient Madame FESTINA JANUZI, BLaw, pour sa précieuse contribution dans la recherche pour le présent article.

Traduit de l’allemand par Mme MARTINE STOFFEL et M. YANN VÖCHTING.

B.	Conception juridique de l'indépendance de l'ATPrD.....	21
1.	L'indépendance fonctionnelle de l'ATPrD	22
2.	L'indépendance institutionnelle de l'ATPrD	22
a)	L'ATPrD en tant qu'unité administrative rattachée.....	22
b)	Compétences d'auto-organisation de l'ATPrD.....	23
c)	Lien entre les membres de l'ATPrD et l'Etat.....	23
aa)	Les membres de la Commission	23
bb)	Les préposées.....	24
3.	L'indépendance en matière personnel de l'ATPrD	27
4.	L'indépendance financière de l'ATPrD	28
C.	Les sphères d'atonomie au sein de l'ATPrD	30
VI.	Pilotage de l'accomplissement des tâches et surveillance	31
A.	Pilotage	31
B.	Surveillance	32
VII.	Autres organes dans le domaine de l'information du public et de l'accès aux documents officiels.....	33
A.	Organes spécialisés des communes	33
B.	Organes ordinaires pour le traitement des demandes d'accès. 33	
C.	Instances de recours internes à l'administration et judiciaires 34	
D.	Responsables de l'information	37
E.	Organes pour le registre des liens d'intérêts	38
F.	Médias accrédités.....	39

I. Genèse de l'actuelle structure organisationnelle de l'ATPrD

- 1 L'actuelle structure organisationnelle de l'Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données (ATPrD) est issue de l'Autorité cantonale de surveillance en matière de protection des données¹. Celle-ci fut créée en 1995 suite à l'adoption de la LPrD. Lors de l'adoption de la LPrD dans le canton de Fribourg, deux systèmes prévalaient en Suisse pour les autorités de surveillance en matière de protection des données : les cantons romands avaient généralement opté pour une surveillance de la part d'une

¹ Cf. Message LInf, 929.

commission alors qu'une majorité des cantons alémaniques avaient introduit un ou une préposé-e à la protection des données². Le législateur fribourgeois s'est décidé pour une solution mixte avec une autorité cantonale qui se composait d'une commission et d'un ou une préposé-e³. Le législateur en a attendu une combinaison des avantages des deux modèles: d'une part, l'indépendance et la légitimation d'une commission élue par le Grand Conseil et, d'autre part, la professionnalité et la disponibilité d'une préposée à la protection des données⁴. Lors de l'adoption de la LInf, cette structure fut aménagée par l'instauration d'une préposée à la transparence⁵.

Le cumul des tâches dans les domaines de la protection des données et de la transparence auprès de la même autorité fit l'objet de critiques dans le cadre de la consultation sur le projet de la LInf; des représentant-e-s de médias firent valoir qu'un conflit d'intérêt existe entre la protection des données et la transparence⁶. Cette question était également controversée au sein de la commission préparatoire⁷. En plus de la position généralement scepti-

² Aujourd'hui, le modèle avec un ou une préposé-e s'est aussi largement étendu à la Suisse romande (cf. pour les cantons de Genève, Vaud, Jura et Neuchâtel: art. 52 ss LIPAD GE, art. 21 LInfo VD, art. 6 et 8 CPDT-JUNE JU/NE).

³ Pour une meilleure lisibilité, le terme de préposée sera utilisé uniquement au féminin dans le présent article puisqu'actuellement les fonctions de préposée à la transparence et de préposée à la protection des données sont occupées par des femmes dans le canton de Fribourg. Cela vaut également pour la médiatrice cantonale. Le sexe masculin et les personnes non-binaires sont néanmoins comprises dans ce terme en tant qu'il est question de la fonction et non d'une préposée en particulier.

⁴ Message LPrD, 3062. Une structure similaire existe dans le canton du Valais où la surveillance sur le principe de la transparence et sur la protection des données est assumée par une autorité de surveillance composée d'une commission cantonale de protection des données et de transparence ainsi qu'un ou une préposé-e cantonal-e à la protection des données et à la transparence (art. 35 ss LIPDA). Dans les cantons de Neuchâtel et du Jura, une commission coexiste avec le ou la préposé-e à la protection des données et à la transparence mais ses fonctions divergent beaucoup de la commission fribourgeoise de la transparence et de la protection des données. En particulier, elle n'a pas la fonction de diriger l'activité du ou de la préposé-e mais elle est compétente pour l'adoption de certaines décisions, spécialement en matière de droit d'accès (art. 42 CPDT-JUNE). Pour la commission consultative dans le canton de Genève, cf. art. 58 ss LIPAD GE; pour la *commissione di mediazione* dans le canton du Tessin, cf. art. 17 LIT TI.

⁵ Cf. Message LInf, 951 s.

⁶ Cf. Message LInf, 952.

⁷ Cf. les explications du porte-parole de la commission à propos de l'art. 38 du projet de LInf, BGC 2009 862.

tique sur la combinaison de la surveillance en matière de protection des données et sur la transparence au sein d'une seule et même autorité, le scepticisme se basait surtout sur le fait que le projet de la LInf n'instituait pas une nouvelle autorité partant d'une «feuille blanche» mais insérait la fonction de préposée à la transparence dans l'autorité de protection des données. On craignait qu'une autorité responsable de la protection des données depuis des années et sensibilisée en conséquence n'attache trop peu de poids à la transparence lorsqu'elle met en balance transparence et protection des données⁸. En revanche, le Conseil d'Etat était d'avis que la proposition d'ajouter une préposée à la transparence au sein de l'autorité de surveillance existante présentait l'avantage de combiner les deux domaines (coordination plus facile) et celui de séparer les fonctions (distinction claire entre les activités des deux préposées, qui poursuivent souvent des buts opposés)⁹. En outre, le Conseil d'Etat précisa dans son message que dans plusieurs cantons et au niveau fédéral, un ou une préposé-e à la transparence et à la protection des données avait été introduit-e et/ou que les domaines de la transparence et de la protection des données avaient été réglés au sein d'une seule et même loi¹⁰. Le Grand Conseil approuva finalement sans contre-proposition la structure de l'autorité proposée par le Conseil d'Etat; l'élargissement de la commission existante de deux nouveaux membres fut à ce propos déterminante¹¹.

⁸ *Ibid.*

⁹ Message LInf, 937.

¹⁰ Message LInf, 952. Aujourd'hui, les domaines de la transparence et de la protection des données sont réglés dans une seule et même loi dans les cantons suivants: AG, AI, BL, BS, GE, JU/NE (convention intercantonale), SO, SZ, VS, ZH. La Confédération (art. 27 ss LPD, art. 18 s. LTrans) et les cantons suivants ont une autorité qui combine les compétences dans les domaines de la transparence et de la protection des données: AG, AI, BL, BS, GE, JU/NE, SO, SZ, UR, VS. Dans les cantons de Glaris et de Thurgovie, qui légifèrent actuellement sur le principe de la transparence, une autorité commune est également prévue.

¹¹ Malgré qu'un doublement du nombre de membres aurait été préféré; cf. les explications du porte-parole de la commission à propos de l'art. 38 du projet de LInf, BGC 2009 862

II. Aperçu de la structure, du statut et des tâches de l'ATPrD

A. Structure de l'ATPrD

L'ATPrD a une structure tripartite et est constituée de la Commission cantonale de la transparence et de la protection des données, de la préposée cantonale à la transparence et de la préposée cantonale à la protection des données¹². La Commission de la transparence et de la protection des données se compose d'un-e président-e ainsi que six membres qui exercent leur fonction à titre accessoire¹³. La préposée à la transparence travaille à un taux d'activité de 50% et celle à la protection des données à un taux de 80%¹⁴. Une collaboratrice administrative (80%) et une juriste (50%) travaillent également pour l'ATPrD. En outre, l'ATPrD propose une place de juriste stagiaire (100%) pour un-e jeune diplômé-e¹⁵. Durant la deuxième moitié de l'année 2020, l'ATPrD a obtenu le soutien temporaire d'une collaboratrice administrative et d'un-e deuxième juriste stagiaire¹⁶.

B. Statut juridique organisationnel de l'ATPrD au sein de l'administration cantonale

L'organisation de l'administration cantonale est réglée de manière générale aux art. 43 ss LOCEA. L'administration cantonale est composée de sept Directions et de la Chancellerie d'Etat selon l'art. 43 al. 1 LOCEA. Les Directions comprennent les unités administratives qui leurs sont subordonnées ou rattachées administrativement (art. 43 al. 2 LOCEA), ce qui vaut également pour la Chancellerie d'Etat par renvoi de l'art. 48 al. 3 LOCEA. Les unités administratives subordonnées sont soumises à un pouvoir général de donner des directives et à une surveillance complète de la part de la Direction à laquelle elles sont subordonnées, ces prérogatives concernent tant la gestion des affaires que l'accomplissement de leurs tâches (art. 60 LOCEA). Les unités rattachées administrativement à une direction sont au contraire indépendantes des directions auxquelles elles sont rattachées ad-

¹² Art. 29a LPrD.

¹³ Art. 30 al. 1 LPrD en relation avec l'art. 2 al. 2 ROFC.

¹⁴ ATPrD, Rapport d'activité 2020, 7.

¹⁵ ATPrD, Rapport d'activité 2020, 7.

¹⁶ ATPrD, Rapport d'activité 2020, 7.

ministériellement (art. 61 al. 1 LOCEA). L'indépendance des unités rattachées administrativement souffre de deux réserves (art. 61 al. 1 let. a et b LOCEA): d'une part, les objets qu'elles soumettent au Conseil d'Etat sont présentés par la Direction, qui peut faire valoir son point de vue lors de cette présentation; d'autre part, leur gestion – et non l'accomplissement de leurs tâches – est soumise à la surveillance de la Direction.

- 5 Le statut juridique organisationnel de l'ATPrD au sein de l'administration cantonale est réglé de prime abord dans la LPrD. Celle-ci contient en particulier des dispositions sur la composition, l'organisation et le mode de travail de la Commission¹⁷, ainsi que le statut de l'ATPrD au sein de la structure institutionnelle de l'administration cantonale¹⁸. Sont réglées dans la LInf, les tâches de l'ATPrD en lien avec le droit d'accès aux documents officiels et la surveillance de la mise en œuvre de la LInf¹⁹ ainsi que la désignation de la préposée à la transparence²⁰.
- 6 Selon l'art. 32 al. 2 LPrD, l'ATPrD est une unité administrative rattachée à l'administration cantonale au sens de l'art. 61 LOCEA. Elle est rattachée à la Chancellerie d'Etat²¹. L'art. 32 al. 1 LPrD prévoit que l'ATPrD est indépendante dans l'accomplissement de ses tâches²².

C. Tâches de l'ATPrD

- 7 L'ATPrD est l'organe spécialisé de la surveillance en matière de protection des données et d'accès aux documents officiels²³. Dans le cadre de ses tâches de surveillance, elle veille au respect des dispositions de la protection des données au travers notamment de vérifications systématiques²⁴ et d'inspections des décisions des organes compétents²⁵, elle évalue la mise en œuvre du droit d'accès aux documents officiels²⁶ et exerce la haute surveil-

¹⁷ Art. 30 LPrD; cf. à ce propos ch. III.

¹⁸ Art. 32 LPrD.

¹⁹ Art. 39 à 41 LInf.

²⁰ Art. 41 al. 1 LInf.

²¹ Art. 8 al. 2 de l'ordonnance désignant les unités administratives des Directions du Conseil d'Etat et de la Chancellerie d'Etat, art. 9 al. 1 let. c et c^{bis} OADir.

²² Cf. ch. V à propos de l'indépendance de l'ATPrD.

²³ Art. 29 al. 1 LPrD, art. 39 al. 1 LInf.

²⁴ Art. 31 al. 2 let. a LPrD.

²⁵ Art. 27 al. 2 let. a LPrD.

²⁶ Art. 40 al. 1 let. e LInf.

lance sur les autorités communales spécialisées dans le domaine de la protection des données et de l'accès aux documents officiels²⁷. L'ATPrD a également des tâches de conseil, de formation et d'information : elle conseille et forme l'administration dans le domaine de la protection des données et de la transparence²⁸ et informe les personnes concernées, respectivement le grand public, sur leurs droits en lien avec le traitement de données personnelles par l'administration et l'accès aux documents officiels²⁹. L'ATPrD participe aux travaux législatifs en ce sens qu'elle prend position sur les projets de loi qui touchent à la protection des données ou au droit d'accès aux documents officiels³⁰. Finalement, l'ATPrD a des tâches dans le domaine judiciaire : elle dépose si nécessaire des recours contre des décisions d'organes publics dans le domaine de la protection des données³¹ et mène la médiation prévue par la loi entre les organes publics, le requérant et les tiers concernés lors de désaccords sur l'octroi, respectivement le refus de l'accès à des documents officiels³².

III. La Commission cantonale de la transparence et de la protection des données

A. Composition, élection et prise de décision

La Commission cantonale de la transparence et de la protection des données est composée de sept membres dont un président ou une présidente et six membres³³. Les membres de la commission doivent, dans leur ensemble, posséder les connaissances nécessaires à l'accomplissement des tâches de la Commission. La loi prévoit que la Commission comprend en particulier un ou une professionnel-le de la santé, un ou une spécialiste en informatique et un ou une professionnel-le des médias³⁴. Ces prescriptions sur la composition au niveau des compétences de la Commission ont été ajoutées dans le cadre des adaptations de la LPrD aux obligations de la Suisse issues de l'Accord d'association à Schengen et du Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du

²⁷ Art. 40 al. 1 let. d LInf, art. 30a LPrD.

²⁸ Art. 41 al. 2 let. b LInf, art. 31 al. 2 let. b LPrD.

²⁹ Art. 41 al. 2 let. a LInf, art. 31 al. 2 let. c LPrD.

³⁰ Art. 40 al. 1 let. c LInf, art. 30a al. 1 let. b LPrD.

³¹ Art. 22a et 27 LPrD, art. 31 al. 2 let. a LPrD.

³² Art. 33 LInf.

³³ Art. 30 al. 1 LPrD.

³⁴ Art. 30 al. 2 LPrD.

traitement automatisé des données à caractère personnel, afin que l'indépendance de la surveillance en matière de protection des données soit renforcée³⁵. Actuellement, mis à part les personnes provenant des domaines spécialisés susmentionnés, la Commission est composée notamment de professionnels du droit; la Commission est actuellement présidée par le président de la Chambre pénale du Tribunal cantonal³⁶.

- 9 Le président ou la présidente et les membres de la Commission cantonale de la transparence et de la protection des données sont élus par le Grand Conseil sur proposition du Conseil d'Etat pour une durée de mandat de 5 ans³⁷.
- 10 La durée de fonction des membres de la Commission est limitée à trois mandats³⁸. En principe, la durée de fonction maximale est ainsi de 15 ans; celle-ci peut au cas par cas être plus longue puisque si une personne est nommée au cours d'une période, celle-ci n'est pas comptée pour le calcul des trois périodes³⁹.
- 11 La Commission règle son mode de fonctionnement de manière autonome⁴⁰. Elle dispose à cette fin d'un règlement sur son organisation et son fonctionnement. Celui-ci prévoit que la Commission prend ses décisions lors de ses séances à la majorité des membres présents⁴¹. La prise de décision est également possible par voie de circulation⁴². Pour que la Commission puisse décider, un quorum de quatre membres est nécessaire; pour ce qui est du préavis de la Commission à l'intention du Conseil d'Etat relatif à la nomination des préposées au sens de l'art. 41 al. 1 LInf et 31 al. 1 LPrD, il est émis, en principe, en présence de l'ensemble des membres de la Commission⁴³. Les préposées à la protection des données et à la transparence sont en général présentes lors des séances et ont une voix consultative pour les décisions qui entrent uniquement dans le champ de compétence de la Commission⁴⁴. Au besoin, la Commission peut également impliquer des experts ou inviter des tiers à une séance⁴⁵.

³⁵ Message révision Schengen. LPrD, 663; voir également à ce propos N 25.

³⁶ ATPrD, Rapport d'activité 2020, 7.

³⁷ Art. 30 al. 1 LPrD en lien avec art. 1 al. 1 et art. 2 al. 1 de la loi réglant la durée des fonctions publiques accessoires.

³⁸ Art. 3 al. 1 de la loi réglant la durée des fonctions publiques accessoires.

³⁹ Art. 3 al. 3 de la loi réglant la durée des fonctions publiques accessoires.

⁴⁰ Art. 30 al. 4 LPrD.

⁴¹ Art. 9 al. 3 Règlement d'organisation.

⁴² Art. 9 al. 2 Règlement d'organisation.

⁴³ Art. 9 al. 4 et 5 Règlement d'organisation.

⁴⁴ Art. 9 al. 6 Règlement d'organisation.

⁴⁵ Art. 30 al. 3 LPrD.

B. Tâches

La Commission cantonale de la transparence et de la protection des données 12 exerce une surveillance générale dans les domaines du droit d'accès aux documents officiels et de la protection des données. Elle a en particulier les tâches suivantes:

- Elle assure la coordination entre l'exercice du droit d'accès aux documents officiels et les exigences de la protection des données⁴⁶. C'est là que réside un aspect central des tâches de la Commission de la transparence et de la protection des données: le législateur a conçu la structure de l'ATPrD avec une préposée à la transparence et une préposée à la protection des données qui se concentrent chacune sur leur domaine de compétence et restent autonomes. En tant que lien entre les deux préposées, la Commission est chargée de coordonner leurs activités et d'assurer un équilibre approprié entre les intérêts de la protection des données et ceux de la transparence⁴⁷.
- Elle rend un préavis à l'intention du Conseil d'Etat relatif à la nomination des préposées à la transparence et à la protection des données⁴⁸. Dans ce cadre, elle examine les dossiers de candidature et mène les entretiens avec les candidat-e-s afin de pouvoir se prononcer sur les candidatures auprès du Conseil d'Etat⁴⁹.
- Elle dirige l'activité des préposées à la transparence et à la protection des données⁵⁰. Ainsi, la Commission, respectivement certains de ses membres, s'entretient régulièrement avec les préposées sur des dossiers déterminés. Dans le domaine du principe de la transparence, les recommandations rendues par la préposée à la transparence en vertu de l'art. 33 al. 2 LInf suite à l'échec de la médiation dans le cadre d'une demande d'accès litigieuse font en particulier l'objet de discussions entre la Commission et la préposée⁵¹.
- Elle donne son avis sur les projets, notamment d'actes législatifs, qui ont un impact sur le droit d'accès aux documents officiels ou la protection des données⁵². Cela concerne actuellement en particulier les projets de digitalisation au sein de l'administration cantonale qui influent sur

⁴⁶ Art. 40 al. 1 let. a LInf, art. 30a al. 1 let. a LPrD.

⁴⁷ Cf. Message LInf, 952.

⁴⁸ Art. 41 al. 1 LInf, art. 31 al. 1 LPrD.

⁴⁹ ATPrD, Rapport d'activité 2019, 12.

⁵⁰ Art. 40 al. 1 let. b LInf, art. 30a al. 1 let. a^{bis} LPrD.

⁵¹ Cf. ATPrD, Rapport d'activité 2019, 12.

⁵² Art. 40 al. 1 let. c LInf, art. 30a al. 1 let. b LPrD.

la manière dont les données sont traitées et sur l'accès aux données⁵³, mais aussi certains aspects de la législation sur l'organisation⁵⁴.

- Elle exerce la haute surveillance sur les organes spécialisés communaux⁵⁵ à propos de la mise en œuvre du droit d'accès aux documents officiels et sur les autorités communales de surveillance en matière de protection des données⁵⁶.
- Elle adresse chaque année au Grand Conseil, par l'intermédiaire du Conseil d'Etat, un rapport sur son activité et celle des deux préposées⁵⁷.
- Elle peut, dans la mesure où l'intérêt général le justifie, informer le public de ses constatations⁵⁸.

- 13 Parallèlement à ces tâches transversales, la Commission cantonale de la transparence et de la protection des données a des tâches spécifiques dans les domaines de la protection des données et de l'accès aux documents officiels. Dans le domaine de l'accès aux documents officiels qui nous intéresse ici, la Commission rend dans certains cas des décisions sur des demandes d'accès⁵⁹. La compétence décisionnelle spéciale de la Commission a été ajoutée dans le cadre de l'adaptation de la LInf à la Convention d'Aarhus⁶⁰, qui prévoit à son art. 4 un droit d'accès étendu aux informations sur l'environnement. La compétence décisionnelle spéciale de la Commission entre en ligne de compte lorsque la demande d'accès est dirigée vers des personnes privées et des organes d'institutions privées qui accomplissent des tâches de droit public dans le domaine de l'environnement, alors qu'ils n'ont pas la compétence d'édicter des règles de droit ou de rendre des décisions au sens de l'art. 4 al. 1 et 2 CPJA⁶¹. Elle vaut également lorsque la demande d'accès concerne des informations sur l'environnement qui sont en possession d'une personne privée qui assume des tâches publiques ou des fonctions publiques ou fournit des services publics en rapport avec l'environnement et qu'elle agit sous le contrôle d'un organe visé à l'art. 2 al. 1

⁵³ Cf. ATPrD, Rapport d'activité 2020, 10, 13, 15; ATPrD, Rapport d'activité 2019, 12.

⁵⁴ ATPrD, Rapport d'activité 2020, 11.

⁵⁵ Voir à ce propos sous ch. VII.A.

⁵⁶ Art. 40 al. 1 let. d LInf, art. 30a al. 1 let. e LPrD.

⁵⁷ Art. 30a al. 2 LPrD.

⁵⁸ Art. 30a al. 2 LPrD.

⁵⁹ Art. 40 al. 1 let. c^{bis} LInf.

⁶⁰ Cf. Message modification LInf, 2655.

⁶¹ Art. 33a en lien avec art. 2 al. 1 let. c LInf.

let. a ou b LInf⁶². Il s'agit donc de procédures qui concernent des demandes d'accès auprès d'une personne ou d'un organe qui n'a pas de compétence décisionnelle au sens du CPJA mais qui remplit les conditions d'une autorité au sens de l'art. 2 al. 2 de la Convention d'Aarhus et qui, par conséquent et en vertu de l'art. 4 de la Convention, doit garantir l'accès aux informations sur l'environnement⁶³. Puisque ces organes et personnes n'ont pas de compétence de rendre une décision sur une demande d'accès suite à une procédure de médiation dans le cadre d'une demande d'accès litigieuse selon l'art. 33 al. 3 LInf, la recommandation de la préposée à la transparence et la décision du destinataire de la demande sont remplacées par une décision de la Commission⁶⁴. En vertu de l'art. 34 al. 3 LInf, les organes et personnes concernés ont qualité pour recourir contre les décisions prises à leur égard par la Commission.

14
Finalement, dans le cadre de ses tâches dans le domaine de l'accès aux documents officiels, la Commission évalue régulièrement l'efficacité et les coûts du droit d'accès aux documents officiels⁶⁵. Le principe d'économie dans la gestion financière au sens de l'art. 82 Cst-FR est ainsi pris en considération⁶⁶. La Commission récolte auprès des organes publics en particulier le nombre de demandes d'accès, la manière dont elles ont été traitées et le temps consacré pour chaque demande d'accès⁶⁷.

IV. Le ou la préposé-e à la transparence

A. Nomination

15
La préposée à la transparence est nommée par le Conseil d'Etat pour une durée indéterminée. Au préalable, le Conseil d'Etat sollicite le préavis de la Commission⁶⁸.

⁶² Art. 33a en lien avec art. 20 al. 1^{bis} LInf. La délimitation du cercle des personnes concernées de l'art. 20 al. 1^{bis} LInf est reprise directement de l'art. 2 al. 2 let. c de la Convention d'Aarhus (cf. à propos du champ d'application de cet article THURNHERR, Weiterentwicklung, 106).

⁶³ Cf. Message modification LInf, 2655.

⁶⁴ Cf. Message modification LInf, 2651.

⁶⁵ Art. 40 let. e LInf.

⁶⁶ Message LInf, 952.

⁶⁷ Cf. ATPrD, Rapport d'activité 2020, 16.

⁶⁸ Art. 41 al. 1 LInf.

B. Tâches

I. *Mise en œuvre générale du droit d'accès*

- 16 La préposée à la transparence a un double rôle en tant que personne responsable de la mise en œuvre générale du droit d'accès et en tant qu'organe de médiation⁶⁹. En tant qu'organe de mise en œuvre, la préposée à la transparence a en particulier des activités de formation, de conseil et d'information⁷⁰. Dans ce cadre, ses tâches sont les suivantes:
- Elle informe la population et les personnes qui veulent faire valoir leur droit des modalités d'exercice du droit d'accès⁷¹.
 - Elle informe les organes publics sur les exigences liées à l'introduction du droit d'accès et veille à la formation correspondante⁷². L'information a lieu principalement au travers de guides⁷³ ainsi que de réponses à des questions concrètes⁷⁴.
 - Elle exécute les travaux qui lui sont confiés par la Commission⁷⁵.
 - Elle rend public le résultat final des principaux cas ayant fait l'objet d'une procédure de médiation ou de décision⁷⁶.
 - Elle fait rapport à la Commission sur son activité et ses constatations⁷⁷.
 - Elle assure le secrétariat de la Commission conjointement avec la préposée à la protection des données⁷⁸.

⁶⁹ Message LInf, 936 s.

⁷⁰ Message LInf, 936 s.

⁷¹ Art. 41 al. 2 let. a LInf; cf. aussi à ce propos ATPrD, Rapport d'activité 2020, 19 ss (avec des exemples de demandes concrètes de citoyen-ne-s).

⁷² Art. 41 al. 2 let. b LInf.

⁷³ Les guides se trouvent sur internet à l'adresse <<https://www.fr.ch/etat-et-droit/transparence-et-protection-des-donnees/publications>> (accès pour la dernière fois le 14 juin 2021).

⁷⁴ Cf. ATPrD, Rapport d'activité 2020, 19 ss.

⁷⁵ Art. 41 al. 2 let. d LInf.

⁷⁶ Art. 41 al. 2 let. e LInf.

⁷⁷ Art. 41 al. 2 let. f LInf.

⁷⁸ Art. 30 al. 1 LPrD.

2. Déroutement de la procédure de médiation

Parallèlement à ces tâches générales de mise en œuvre, la préposée à la transparence mène la procédure de médiation au sens de l'art. 33 LInf⁷⁹. La tâche principale de la préposée consiste ainsi à viser un accord de manière indépendante entre la personne requérante, d'éventuels tiers concernés et l'organe public⁸⁰. Elle reçoit la requête en médiation, informe l'organe public de cette requête et entend les parties qui se prononcent par écrit ou dans le cadre d'une séance de médiation⁸¹. Lorsqu'un accord est trouvé, la préposée à la transparence met l'accord par écrit et celui-ci devient directement exécutoire⁸². Lorsque la médiation échoue ou n'aboutit pas dans le délai de vingt jours qui suit la requête en médiation, la préposée à la transparence rend une recommandation aux parties. Dans les cas où la Commission cantonale de la transparence et de la protection des données a une compétence décisionnelle spéciale au sens de l'art. 33a LInf⁸³, la préposée à la transparence transmet le dossier à la Commission en cas d'échec de la médiation⁸⁴.

De manière générale, il existe ainsi trois possibilités de résolution de la procédure de médiation pour la préposée à la transparence: au travers d'un accord, d'une recommandation ou en transmettant l'affaire à la Commission pour l'adoption d'une décision. Par contre, la préposée n'a pas la compétence de décider sur la demande d'accès; elle n'a en d'autres termes aucun droit de décision dans le dossier à traiter⁸⁵.

Exceptionnellement, la procédure de demande d'accès peut se terminer d'une autre manière (soit sans médiation): lorsque les parties violent leur obligation de collaborer à la procédure de médiation au sens de l'art. 14a OAD, la préposée peut classer la procédure. La loi et l'ordonnance ne prévoient pas expressément le classement de la procédure, l'art. 14a al. 4 OAD indique bien plus que la préposée peut constater que la médiation n'a pas abouti lorsque les parties refusent de participer à la médiation. Cette constatation mène à l'établissement d'une recommandation selon l'art. 33 al. 2 LInf. Toutefois, la doctrine et la jurisprudence accordent tout de même à la préposée la compétence de classer la procédure si la personne qui a fait la

⁷⁹ Pour un approfondissement sur les aspects juridiques de la procédure, voir la contribution BERNHARD WALDMANN dans cet ouvrage; pour une approche empirique, voir MARTINE STOFFEL et ANNETTE ZUNZER RAEMY dans cet ouvrage.

⁸⁰ Art. 14 al. 2 OAD; WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 14.

⁸¹ Cf. art. 14 OAD; ATPrD, Rapport d'activité 2019, 14.

⁸² Art. 14 al. 3 OAD.

⁸³ Voir *supra* ch. 13.

⁸⁴ Art. 33 al. 2 LInf en lien avec art. 14 al. 4 OAD.

⁸⁵ WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 14.

demande d'accès ne se présente pas à la séance de médiation, car celle-ci pourrait autrement contourner la procédure de médiation en refusant de collaborer et imposer unilatéralement une recommandation⁸⁶.

La nature juridique de la décision de classement est controversée: le Tribunal fédéral lui reconnaît sans autre le caractère de décision⁸⁷, alors que selon une partie de la doctrine, il s'agit d'une ordonnance sans caractère de décision dans le cadre d'une procédure informelle régie par une législation spéciale⁸⁸.

3. *Echange professionnel*

- 20 Afin d'assurer une bonne exécution de ses tâches sur le plan professionnel, la préposée à la transparence est en contact avec le PFPDT et les autres préposés à la transparence. Ce contact est institutionnalisé au travers du Groupe des préposés latins à la protection des données et à la transparence et du groupe de travail sur le principe de la transparence qui se déroulent chacun deux fois par an⁸⁹.

4. *Suppléance de la médiatrice cantonale*

- 21 A côté des tâches en lien avec la mise en œuvre de la LInf, la loi désigne la préposée à la transparence comme la suppléante de la médiatrice cantonale⁹⁰. En pratique, la suppléance est mise en application lorsque la médiatrice se récuse⁹¹.
- 22 Il convient de noter que, lors de l'adoption de la LInf, il a été envisagé de transférer la procédure de médiation concernant l'accès aux documents officiels à la médiation cantonale administrative prévue à l'art. 119 Cst-FR qui n'avait pas encore été créée à l'époque; toutefois, en raison des particularités du droit d'accès et de la procédure de médiation selon la LInf, cette

⁸⁶ TF, arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020 consid. 4.2; en accord avec le résultat WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 10, 19 s.

⁸⁷ TF, arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020 consid. 2.2. Contrairement à l'instance précédente : celle-ci l'avait classifiée en tant qu'acte matériel (TC FR, arrêt 601 2019 19 du 21 mai 2019). Récemment désormais également fondé sur une compétence de décision de la préposée: TC FR, arrêt 601 2019 207 du 14 mai 2020.

⁸⁸ WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 15 s.

⁸⁹ ATPrD, Rapport d'activité 2020, 9.

⁹⁰ Art. 8 al. 2 LMéd.

⁹¹ Message LMéd, 1306; ATPrD, Rapport d'activité 2019, 16.

idée a été abandonnée⁹². Actuellement, la réunification de la médiation cantonale administrative et de l'ATPrD est à nouveau en discussion, mais dans d'autres circonstances: la médiatrice cantonale administrative devrait être intégrée administrativement à l'ATPrD⁹³.

V. L'indépendance de l'ATPrD

A. Justification de l'indépendance de l'ATPrD

Les unités administratives indépendantes se caractérisent par un lien plus souple avec le gouvernement, respectivement avec l'administration centrale structurée de manière hiérarchique. Puisque la garantie de l'autonomie s'accompagne toujours aussi d'un affaiblissement de la légitimité démocratique⁹⁴, elle requiert toujours une justification⁹⁵. Dans le cas de l'ATPrD, il existe des justifications pour la garantie de son autonomie tant du point de vue du droit de la protection des données que du principe de la transparence.

1. *Justification du point de vue du droit de la protection des données*

L'autonomie de l'ATPrD repose initialement sur sa fonction d'autorité de surveillance en matière de protection des données. L'existence d'une autorité indépendante de surveillance en matière de protection des données est une exigence émanant tant du droit constitutionnel que du droit international. L'art. 13 al. 2 Cst protège le droit à l'autodétermination en matière d'information en tant que composant du droit à la sphère privée⁹⁶. La garantie

⁹² Message LInf, 950.

⁹³ La modification de l'organisation de la médiation cantonale administrative est actuellement traitée par la commission compétente du Grand Conseil (numéro d'objet 2020-DIAF-28; état: 25 juin 2021). Cf. à ce propos ATPrD, Rapport d'activité 2020, 11, 14; Message modification LMéd.

⁹⁴ STÖCKLI, Aufsicht, 127. Cf. à propos des fonctions du principe de la hiérarchie du point de vue de l'Etat de droit et de la théorie de la démocratie VOGEL, 140 ss.

⁹⁵ VOGEL, 160 s.

⁹⁶ Cf. à ce propos entre autres BIAGGINI, art. 13 N 11; DIGGELMANN, BSK BV, art. 13 N 32.

de ce droit passe par l'existence de certaines conditions structurelles générales⁹⁷. La doctrine postule pour cette raison que l'obligation programmatique émanant de l'art. 13 al. 2 Cst implique la création d'une autorité de contrôle qui soit indépendante vis à vis des organes étatiques contrôlés⁹⁸.

- 25 D'un point de vue du droit international et sur la base de l'Accord d'association à Schengen, la Suisse doit mettre en œuvre la Directive (UE) 2016/680⁹⁹¹⁰⁰. Comme la Directive 95/46/CE¹⁰¹, qui a été abrogée depuis et qui concernait également la Suisse dans le cadre de l'acquis de Schengen¹⁰², cette directive stipule que l'autorité de surveillance en matière de protection des données doit agir «en toute indépendance» dans l'exercice de ses fonctions¹⁰³. La même exigence résulte du Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, respectivement de l'art. 15 de la Convention révisée (dite «Convention 108+»)¹⁰⁴.

2. *Justification du point de vue du principe de la transparence*

a) **Justification émanant des droits fondamentaux et des droits humains**

- 26 L'indépendance de l'ATPrD n'est pas uniquement justifiée par des raisons de droit de la protection des données, elle se justifie également du point de

⁹⁷ Cf. WALDMANN/SPIELMANN, N 36; WALDMANN, BSK BV, art. 35 N 37 s.

⁹⁸ WALDMANN/SPIELMANN, N 36.

⁹⁹ Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil.

¹⁰⁰ Cf. Message révision LPD, 6587.

¹⁰¹ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

¹⁰² Cf. à ce propos Message révision LPrD-Schengen, 658; WALDMANN/SPIELMANN, N 47 ss.

¹⁰³ Art. 42 al. 1 Directive (UE) 2016/680 (n. 99).

¹⁰⁴ Le parlement a approuvé le Protocole d'amendement du 10 octobre 2018 (FF 2020 577 ss; Message FF 2020 545) par Arrêté du 19 juin 2020 (FF 2020 5559).

vue de la transparence. Le droit d'accès aux documents officiels est érigé comme un droit fondamental dans le canton de Fribourg (art. 19 al. 2 Cst-FR)¹⁰⁵. La CEDH reconnaît également un droit d'accès aux documents officiels à certaines conditions : la Cour EDH a décidé dans un arrêt de principe en 2016 que la liberté d'expression au sens de l'art. 10 CEDH comprenait également un droit d'accès aux documents officiels lorsque l'accès est nécessaire pour l'exercice de la liberté d'expression¹⁰⁶. Malgré sa teneur de protection individuelle, la garantie de publicité des documents officiels a néanmoins une signification avant tout institutionnelle: elle contribue à garantir la structure délibérative des procédures dans lesquelles le droit est élaboré, interprété et appliqué dans l'Etat de droit démocratique¹⁰⁷. La reconnaissance d'un droit individuel d'accès aux documents officiels sert cet objectif institutionnel en permettant au public démocratique d'enquêter et de se forger une opinion sur des questions d'intérêt public¹⁰⁸.

Cependant, le passage du principe du secret au principe de la transparence dans l'administration est une évolution qui n'a commencé en Suisse que dans les années 1990¹⁰⁹ et qui n'a pas encore été mise en œuvre dans tous les cantons¹¹⁰. Cette évolution nécessite un véritable «changement de mentalité» de la part des autorités administratives: la «culture du secret» doit

¹⁰⁵ Cf. à ce propos BARRELET, 161 ss; voir aussi BELSER/CATTILAZ dans cet ouvrage.

¹⁰⁶ Cour EDH, arrêt n°18030/11 du 8 novembre 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Hongrie) ch. 156. Pour déterminer si l'accès aux documents officiels est nécessaire à l'exercice de la liberté d'expression, la Cour a défini les critères suivants: le but de la demande d'information, l'intérêt public à l'information recherchée, le rôle de la personne ou de l'organisation requérante (où les médias et les ONG revêtent une importance particulière) et la disponibilité de l'information pour les autorités (N 157 ss). Cf. à propos de cet arrêt FLÜCKIGER/JUNOD, Jusletter 27 février 2017.

¹⁰⁷ SCHEFER, 76 s.

¹⁰⁸ Cour EDH, arrêt n°18030/11 du 8 novembre 2016 (Magyar Helsinki Bizottság/Hongrie) ch. 139, 141, 167.

¹⁰⁹ Cf. Message LInf, 930.

¹¹⁰ Les cantons de Lucerne et d'Obwald maintiennent le principe du secret; à Lucerne l'introduction du principe de la transparence voulu par le gouvernement a échoué en novembre 2015 avec une majorité écrasante de représentant-e-s du PLR, de l'UDC et du PDC au parlement cantonal. Dans les cantons de Glaris et de Thurgovie, où le principe du secret s'appliquait encore, l'introduction du principe de la transparence a été décidée par la Landsgemeinde, respectivement par le corps électoral; des projets de loi correspondants sont en cours d'élaboration (état au 25 juin 2021; cf. les informations sur les cantons respectifs sur <<https://www.oeffentlichkeitsgesetz.ch/francais/les-cantons/>> [accès pour la dernière fois le 14 juin 2021]). Dans le canton de Nidwald, le principe du secret s'applique jusqu'à nouvel ordre, mais

céder la place à une «culture de la transparence»¹¹¹. Ce changement de mentalité ne se fait pas toujours sans heurts; par exemple, il est constaté dans la littérature idoine que le principe de la transparence affronte «un vent glacial»¹¹². Une autorité de surveillance indépendante qui forme l'administration au droit d'accès aux documents officiels et contrôle sa mise en œuvre apparaît donc indispensable pour que le droit constitutionnel à l'information puisse effectivement réaliser sa percée.

b) Justification du point de vue du droit de procédure

- 28 L'exigence d'indépendance repose également sur l'organisation de la procédure d'accès aux documents officiels. Comme la Confédération¹¹³ et une partie des cantons¹¹⁴, le canton de Fribourg connaît une procédure de médiation pour les demandes d'accès litigieuses qui précède la décision de l'organe public compétent sur la demande litigieuse et toute éventuelle procédure de recours judiciaire ultérieure¹¹⁵. La préposée à la transparence est compétente pour le déroulement de la procédure de médiation¹¹⁶. L'ATPrD n'est donc pas seulement une autorité de surveillance en matière de transparence, mais elle est aussi une autorité de médiation (en la personne de la préposée à la transparence). Bien que la procédure de médiation devant la préposée à la transparence ne soit ni une procédure judiciaire ni une procédure administrative au sens du CPJA¹¹⁷, si bien que les garanties de procédure au sens des art. 29 et 30 Cst ne sont pas applicables selon la conception

le 14 février 2019, une motion a été approuvée au parlement cantonal demandant l'introduction du principe de la transparence (Motion vom 22. Januar 2018 von Landrat Christoph Keller und Landrat Urs Amstad betreffend Einführung des Öffentlichkeitsprinzips, Geschäftsnummer 2018.NWLR.15).

¹¹¹ Message LInf, 937.

¹¹² RUDIN, *digma* 2020 – Transparenz, 173.

¹¹³ Art. 13 ss LTrans.

¹¹⁴ AI (art. 32 DIAG), GE (art. 30 LIPAD), JU et NE (art. 78 en lien avec les art. 44 ss CPDT-JUNE), SZ (§ 34 ÖDSG), SO (§ 36 InfoDG), TI (art. 18 LIT), UR (art. 8 al. 3 OeG), VD (art. 21 LInfo), VS (art. 53 GIDA).

¹¹⁵ Art. 33 LInf; cf. à propos du déroulement de la procédure d'accès WALDMANN dans cet ouvrage.

¹¹⁶ Art. 33 al. 1 et art. 41 al. 1 let. c LInf.

¹¹⁷ Cf. WALDMANN, *RFJ/FZR* 2020, 13; GUY-ECABERT, *SHK BGÖ*, art. 13 N 12. Cf. cependant l'arrêt du TF 1C_353/2019 du 18 mars 2020 consid. 2.2, selon lequel la préposée à la transparence a une compétence décisionnelle dans la procédure de médiation dans certaines situations.

juridique traditionnelle¹¹⁸, elle justifie l'indépendance de l'ATPrD : la procédure de médiation sert de lien entre la personne qui demande l'accès, l'organe public et d'éventuels tiers concernés; elle doit permettre de parvenir à un accord de manière informelle et d'éviter ainsi les voies de droit ordinaires¹¹⁹. Pour atteindre ce but, l'autorité de médiation doit être indépendante et impartiale, sans quoi l'acceptation par les parties privées ne serait pas garantie et la médiation n'atteindrait pas son objectif.

c) Justification du point de vue du droit international

L'indépendance de l'ATPrD se justifie aussi par les obligations conventionnelles de la Suisse qui ressortent de la Convention d'Aarhus. L'art. 9 al. 1 par. 1 de la Convention d'Aarhus prévoit que les Etats-parties introduisent des procédures internes permettant à toute personne touchée dans son droit d'accès aux informations sur l'environnement au sens de l'art. 4 de la Convention d'Aarhus de faire valoir une violation de ce droit devant une instance indépendante et impartiale¹²⁰. Il peut s'agir d'une procédure de recours devant un tribunal ou devant «un autre organe indépendant et impartial établi par la loi». Selon l'art. 9 al. 1 par. 2 de la Convention d'Aarhus, lorsque le droit interne prévoit un recours devant une autorité judiciaire, il doit également garantir une procédure rapide établie par la loi qui soit gratuite ou peu onéreuse devant une autorité administrative supérieure ou une autorité indépendante et impartiale qui ne soit pas un tribunal. Il s'agit ainsi de veiller à ce que le droit d'accès aux informations sur l'environnement ne soit pas entravé par une procédure judiciaire de recours longue et coûteuse¹²¹.

L'ATPrD n'a pas une fonction d'instance de recours contre des décisions relatives à l'accès aux informations sur l'environnement. Au contraire, la

¹¹⁸ A propos du champ d'application de l'art. 29 Cst voir WALDMANN, BSK BV, art. 29 N 12. L'art. 30 Cst est applicable pour les « procédures judiciaires »; pour qu'il soit applicable il est donc nécessaire, entre autres, que l'organe en question puisse rendre des décisions contraignantes sur les questions litigieuses (cf. BIAGGINI, art. 30 Cst. N 3a; REICH, BSK BV, art. 30 N 6). Il faut cependant noter qu'il existe des approches convaincantes dans la doctrine récente qui veulent étendre les droits procéduraux fondamentaux aussi à l'action administrative consensuelle (originellement THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte*, N 526 ss; cf. aussi IDEM, *Verfassungsrecht*, N 42; STÖCKLI, ZSR (139) 2020 II, 244).

¹¹⁹ Message LInf, 949. Cf. aussi GUY-ECABERT, SHK BGÖ, art. 13 N 3; STÖCKLI, ZSR (139) 2020 II, 221.

¹²⁰ Cf. EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, AK-Komm., art. 9 N 12.

¹²¹ Art. 33 LInf.

procédure de médiation, qui relève de la compétence de la préposée à la transparence, précède la décision de première instance¹²²; dans des situations particulières, la Commission est la première instance décisionnelle¹²³, mais en aucun cas l'instance de recours concernant des demandes d'accès litigieuses. Toutefois, la procédure de médiation exige une détermination de l'organe public qui annonce son intention de différer, de restreindre ou de complètement refuser l'accès, ou de l'accorder malgré l'opposition d'un tiers¹²⁴. Dans le cadre de la procédure de médiation, cette détermination est examinée; si la préposée est d'avis que l'ajournement prévu ou le refus d'accès n'est pas justifié, elle recommandera d'accorder le droit d'accès. Bien que la recommandation n'ait pas d'effets juridiques directs et ne constitue donc pas une décision, elle a des effets juridiques indirects en ce sens qu'elle précède la décision de l'organe public et peut influencer et prédéterminer son comportement¹²⁵. Bien que la procédure de médiation ne constitue pas une procédure de recours au sens du CPJA, elle peut être considérée comme une procédure de recours au sens de l'art. 9 al. 1 par. 2 de la Convention d'Aarhus¹²⁶ – à condition que l'autorité de médiation dispose de l'indépendance requise par la Convention d'Aarhus. Des arguments indirects en faveur de l'indépendance de l'ATPrD peuvent également être tirés dans la disposition de la Convention susmentionnée: l'art. 9 al. 1 de la Convention d'Aarhus vise à garantir que le droit d'accès établi dans la Convention puisse effectivement être mis en œuvre, et ce de manière rapide et peu onéreuse¹²⁷. Cet objectif coïncide avec les considérations qui sous-tendent l'introduction d'une procédure de médiation devant la préposée à la transparence¹²⁸. Si aucun accord n'est trouvé, elle peut entraîner une prolongation de la procédure d'accès à l'information sur l'environnement, le délai (prolongé) de deux mois jusqu'à la décision sur la demande d'accès conformément à l'art. 4 al. 2 de la Convention d'Aarhus doit néanmoins être respecté malgré la mise en œuvre d'une procédure de médiation¹²⁹. Les statistiques démontrent cependant qu'environ la moitié des requêtes en médiation aboutissent à un accord¹³⁰. Dans ces cas, la médiation conduit à un règlement de

¹²² Cf. IDEM, AK-Komm., art. 9 N 16.

¹²³ Art. 33a LInf. Voir *supra* N 13.

¹²⁴ Art. 33 al. 1 LInf.

¹²⁵ STÖCKLI, ZSR (139) 2020 II, 222.

¹²⁶ Cf. THURNHERR, Weiterentwicklung, 270 ss.

¹²⁷ Cf. EPINEY/DIEZIG/PIRKER/REITEMEYER, AK-Komm., art. 9 N 1, 16.

¹²⁸ Cf. Message LInf, 950.

¹²⁹ Art. 36 al. 1^{bis} LInf.

¹³⁰ Cf. ATPrD, Rapport d'activité 2020, 17 (accord dans dix procédures de médiation sur vingt); ATPrD, Rapport d'activité 2019, 14 (accord dans dix procédures de

la procédure d'accès beaucoup plus rapide que si la procédure de recours devait être suivie; en outre, la procédure de médiation est gratuite - contrairement à la procédure de recours devant le Tribunal cantonal¹³¹. En tout état de cause, la procédure de médiation ne peut contribuer à une application efficace du droit d'accès que si l'indépendance de l'autorité de médiation est garantie. L'indépendance de l'ATPrD est donc également justifiée au regard des objectifs de l'art. 9 al. 1 de la Convention d'Aarhus.

Par souci d'exhaustivité, il convient de mentionner ici les Recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics de 2002¹³² et la Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics de 2009 qui s'en inspire¹³³. Ces textes de droit international prévoient également un droit de recours auprès d'un organe indépendant¹³⁴. Cependant, ils ne sont pas contraignants pour la Suisse; les recommandations constituent du *soft law*¹³⁵ et la Convention n'a pas été ratifiée par la Suisse, car tous les cantons n'ont pas encore introduit le principe de la transparence¹³⁶. 31

B. Conception juridique de l'indépendance de l'ATPrD

De manière générale, on peut distinguer quatre dimensions différentes de l'indépendance des autorités de surveillance: l'indépendance fonctionnelle, institutionnelle, en matière de personnel et financière¹³⁷. Dans ce qui suit, il sera démontré comment ces différentes dimensions de l'indépendance sont concrétisées dans la conception juridique de l'ATPrD et où éventuellement certaines lacunes existent. 32

médiation sur vingt-neuf, alors que douze demandes d'accès concernaient le même document et n'ont donné lieu qu'à une seule recommandation); ATPrD, Rapport d'activité 2018, 16 (accord dans sept procédures de médiation sur quinze).

¹³¹ Art. 24 al. 1 LInf.

¹³² Recommandation Rec (2002) 2 du Comité des Ministres aux Etats Membres sur l'accès aux documents publics.

¹³³ Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents public (STCE n° 205), conclue le 18 juin 2009 à Tromsø; cf. à ce propos COTTIER, *medialex* 2009, *passim*.

¹³⁴ Chiffre IX des recommandations, respectivement art. 8 de la Convention.

¹³⁵ Cf. COTTIER, *medialex* 2009, 189.

¹³⁶ Voir n. 110.

¹³⁷ Cf. CPA, *Evaluation*, FF 2016 1573 s.; LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 17 ss; STÖCKLI, *Aufsicht*, 127 ss; WALDMANN/SPIELMANN, N 57 ss.

1. *L'indépendance fonctionnelle de l'ATPrD*

- 33 L'indépendance fonctionnelle se réfère à l'accomplissement des tâches¹³⁸. L'indépendance fonctionnelle de l'ATPrD est ancrée à l'art. 32 al. 1 LPrD selon lequel l'ATPrD accomplit ses tâches de manière indépendante. Cela signifie que l'ATPrD agit dans ses domaines attribués par la loi sans recevoir de directive; tant des ordres de mission et des directives générales que des interventions du gouvernement ou de la Chancellerie d'Etat, à laquelle l'ATPrD est rattachée administrativement, ne sont en principe pas admis¹³⁹.
- 34 Il serait également incompatible avec l'indépendance fonctionnelle de l'ATPrD si elle devait d'abord obtenir l'avis ou même le consentement de la direction concernée avant de publier, par exemple, des guides ou des fiches informatives sur le principe de la transparence ou sur la protection des données dans certains domaines de l'administration¹⁴⁰. L'indépendance exige au contraire une « interdiction absolue d'ingérence » d'autres autorités dans l'accomplissement des tâches de l'ATPrD¹⁴¹.

2. *L'indépendance institutionnelle de l'ATPrD*

a) **L'ATPrD en tant qu'unité administrative rattachée**

- 35 L'indépendance fonctionnelle de l'ATPrD se traduit de manière institutionnelle par le fait que l'ATPrD n'est pas subordonnée à la Chancellerie d'Etat, à laquelle elle appartient, mais qu'elle lui est rattachée¹⁴². En tant qu'unité rattachée administrativement, seule sa gestion est soumise au contrôle de la Chancellerie d'Etat et non l'exécution de ses tâches¹⁴³.

¹³⁸ STÖCKLI, Aufsicht, 127. Cf. également LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 17; VOGEL, 156; WALDMANN/SPIELMANN, N 13.

¹³⁹ Cf. VOGEL, 181 s.

¹⁴⁰ Cf. WALDMANN/SPIELMANN, N 128.

¹⁴¹ IDEM, N 129.

¹⁴² Art. 32 al. 2 LPrD en lien avec art. 60 et 61 LOCEA.

¹⁴³ Art. 61 al. 1 let. b LOCEA en lien avec art. 60 al. 2 LOCEA *a contrario*. Voir également à ce propos *infra* N 39.

b) Compétences d'auto-organisation de l'ATPrd

Une autre expression de l'indépendance institutionnelle est le fait que l'ATPrd a des compétences étendues d'auto-organisation. La loi se contente de régler la structure de l'ATPrd avec la Commission et les deux préposées¹⁴⁴ ainsi que leurs tâches légales¹⁴⁵ et contient certaines conditions concernant la composition de la Commission¹⁴⁶. Pour le reste, la Commission règle par elle-même son organisation et ses méthodes de travail¹⁴⁷. Cela concerne en particulier le mode de prise de décision de la Commission¹⁴⁸, la réglementation des tâches présidentielles et la répartition des autres tâches¹⁴⁹, ainsi que la réglementation des processus de travail au sein de l'ATPrd¹⁵⁰. A notre avis, le Règlement sur l'organisation et le fonctionnement des commissions de l'Etat (ROFC) est applicable à la Commission cantonale de la transparence et de la protection des données, d'autant plus que la définition légale d'une commission de l'art. 2 al. 2 ROFC s'applique à la Commission cantonale de la transparence et de la protection des données¹⁵¹. Toutefois, compte tenu de la compétence d'auto-organisation de la Commission prévue expressément à l'art. 30 al. 4 LPrd, le ROFC – dont les dispositions ne s'appliquent que dans la mesure où la législation spéciale ne contient pas de règles différentes, au sens de l'art. 4 ROFC – n'est à notre avis que subsidiaire au règlement d'organisation de la Commission¹⁵².

c) Lien entre les membres de l'ATPrd et l'Etat

aa) Les membres de la Commission

Les membres de la Commission sont élus par le Grand Conseil sur proposition du Conseil d'Etat pour une durée déterminée¹⁵³. Ils ne sont pas soumis

¹⁴⁴ Art. 29a al. 1 LPrd.

¹⁴⁵ Art. 40 et 41 LInf, art. 30a et 31 LPrd.

¹⁴⁶ Art. 30 al. 1 et 2 LPrd; voir à ce propos *supra* N 8 ss.

¹⁴⁷ Art. 30 al. 4 LPrd.

¹⁴⁸ Art. 9 Règlement d'organisation.

¹⁴⁹ Cf. par exemple art. 7, 10 et 12 Règlement d'organisation.

¹⁵⁰ Cf. par exemple art. 10 et 11 Règlement d'organisation.

¹⁵¹ Apparemment différent WALDMANN/SPIELMANN, N 11.

¹⁵² L'applicabilité subsidiaire du ROFC pour une entité avec des compétences d'auto-organisation est par exemple prévue expressément pour le Conseil de la magistrature (art. 92 LJ).

¹⁵³ Voir *supra* N 9.

à la législation sur le personnel¹⁵⁴, mais leur élection, la durée de leur mandat, les motifs de départ anticipé, leur rémunération, leurs tâches, leurs droits et leurs devoirs sont régis – outre les dispositions contenues dans la LInf et dans la LPrD – par les dispositions relatives aux fonctions publiques accessoires et aux commissions de l’Etat¹⁵⁵. En particulier, les membres de la Commission ne sont soumis à aucune évaluation du personnel au sens des art. 22 et 72 LPers et ne peuvent être licenciés pour les motifs prévus par les art. 38 et 44 LPers. Cela garantit que l’exécutif ne peut pas influencer l’exercice des fonctions des membres de la Commission en exerçant des pouvoirs en tant qu’employeur¹⁵⁶. Néanmoins, la Commission n’est pas complètement soustraite à l’influence du Conseil d’Etat, dans la mesure où le Conseil d’Etat fait une recommandation d’élection au Grand Conseil lorsqu’il nomme les membres de la Commission ou les réélit périodiquement.

bb) Les préposées

- 38 Les préposées sont nommées par le Conseil d’Etat selon l’art. 41 al. 1 LInf et l’art. 31 al. 1 LPrD. La nomination des membres de l’autorité de surveillance en matière de protection des données et de transparence par l’exécutif est vue de manière critique par la doctrine puisque l’exécutif pourrait de cette manière influencer indirectement sur les activités de l’autorité de surveillance¹⁵⁷. Cependant, il faut tenir compte des particularités de la structure de l’autorité de surveillance dans le canton de Fribourg. Contrairement à la Confédération et à la plupart des cantons, les préposées à la transparence et à la protection des données ne sont pas à la tête de l’autorité de surveillance mais celle-ci est dirigée par la Commission, dont les membres sont quant à eux élus par le Grand Conseil. La Commission a son mot à dire dans la nomination des préposées, dans la mesure où le Conseil d’Etat sollicite au préalable le préavis de la Commission¹⁵⁸. L’indépendance institutionnelle de l’ATPrD semble donc être préservée malgré la compétence du Conseil

¹⁵⁴ Art. 3 al. 2 LPers en lien avec art. 1 al. 1 de la loi réglant la durée des fonctions publiques accessoires.

¹⁵⁵ En particulier art. 53 LOCEA, loi réglant la durée des fonctions publiques accessoires ainsi que l’ordonnance concernant la rémunération des membres des commissions de l’Etat.

¹⁵⁶ Cf. HÄNER, *Ausgestaltung*, 47 s.

¹⁵⁷ Cf. RUDIN, *digma 2020 – Verpasste Chance*, 184; WALDMANN/SPIELMANN, N 59; EPINEY/THEUERKAUF, 72 s.

¹⁵⁸ Art. 41 al. 1 LInf et art. 31 al. 1 LPrD.

d'Etat de nommer les préposées. Une réalisation optimale de l'indépendance institutionnelle serait que les préposées soient nommées par la Commission; toutefois, la nomination par le Conseil d'Etat confère aux préposées une plus grande légitimité démocratique et une position plus forte au sein de l'Etat et pour le public, ce qui n'est pas à sous-estimer.

Le statut du point de vue du droit du personnel des préposées n'est pas entièrement clair d'après le texte de la loi et les documents à disposition. Selon l'art. 2 LPers, la législation sur le personnel s'applique aux employé-e-s de l'administration cantonale, y compris les établissements cantonaux autonomes de l'Etat ainsi que le Secrétariat du Grand Conseil et de l'ordre judiciaire. En principe, les préposées à la transparence et à la protection des données peuvent également être englobées dans cette formulation : bien que l'ATPrD jouisse d'un haut degré d'autonomie, elle fait néanmoins partie de l'administration cantonale et est rattachée administrativement à la Chancellerie d'Etat¹⁵⁹. Selon l'art. 41 al. 1 LInf, respectivement l'art. 31 al. 1 LPrD, les préposées ne sont pas «employées» par le Conseil d'Etat mais «nommées» (dans la formulation allemande: «ernannt»). Cette terminologie diffère de l'expression habituelle en ce qui concerne les employé-e-s de l'Etat; ainsi, les directeurs et directrices des établissements cantonaux autonomes, qui sont soumis à la loi sur le personnel en vertu de l'art. 2 al. 2 LPers, sont «engagé-e-s» (allemand: «angestellt»)¹⁶⁰. En vertu de l'art. 25 al. 1 LOCEA, la Chancelière d'Etat est également «engagée». Cette différence de terminologie pourrait conduire à la conclusion que les préposées à la transparence et à la protection des données ne sont pas soumises au même statut que les fonctionnaires qui sont «engagé-e-s» en vertu des dispositions légales spéciales pertinentes.

Toutefois, cela soulève la question de savoir quelles règles s'appliqueraient autrement. Les préposées ne sont ni magistrates au sens de l'art. 1 LTCE, ni titulaires d'une fonction accessoire au sens de la loi réglant la durée des fonctions publiques accessoires; elles ne tombent donc pas sous le coup des exceptions au champ d'application de la LPers figurant à l'art. 3 al. 1 et 2 LPers. Une comparaison avec les dispositions légales spéciales concernant la médiatrice cantonale est révélatrice. Comme les préposées à la transparence et à la protection des données, elle est «nommée» par le Conseil d'Etat pour une durée indéterminée au sens de l'art. 5 al. 1 LMéd. Le Message relatif à la LMéd précise qu'en application de l'art. 2 LPers, les règles ha-

¹⁵⁹ Voir supra N 36.

¹⁶⁰ Cf. art. 38 LHEPF (direction de la Haute Ecole pédagogique de Fribourg), art. 12 al. 1 let. i LHFR (direction générale de l'hôpital fribourgeois HFR), art. 9 al. 1 LOCN (direction de l'office de la circulation et de la navigation).

bituelles en matière de personnel de l'Etat s'appliquent à la médiatrice cantonale¹⁶¹. Cependant, il ressort des explications complémentaires dans le Message que l'applicabilité de la LPers n'est en tout cas pas illimitée : en particulier les dispositions de la LPers relatives à la résiliation par l'autorité d'engagement (art. 37 ss LPers) ne sont pas applicables puisque la LMéd contient des dispositions juridiques spéciales sur la révocation de la médiatrice cantonale (art. 9 LMéd). L'article en question renvoie à la LPers en ce qui concerne la suspension provisoire pendant la procédure de révocation en cours (art. 9 al. 3 LMéd), les dispositions de la LPers (art. 33 LPers) étant déclarées applicables *par analogie*. La même réglementation est prévue à l'art. 108 LJ pour les juges, qui sont expressément soumis à la législation sur le personnel de l'Etat à l'art. 8 LJ.

- 41 De ces considérations grammaticales et systématiques, on peut déduire que les préposées à la transparence et à la protection des données – comme la médiatrice cantonale et les juges – sont en principe soumises à la législation sur le personnel de l'Etat. Cependant, certaines dispositions de la LPers sont difficilement compatibles avec la position indépendante de l'ATPrD. Cela concerne en particulier le licenciement : selon l'art. 8 al. 1 let. g LPers en lien avec l'art. 41 al. 1 LInf et l'art. 31 al. 1 LPrD, le Conseil d'Etat prend la fonction d'autorité d'engagement vis-à-vis des préposées¹⁶². Selon l'art. 8 al. 2 LPers, le Conseil d'Etat est compétent pour relever provisoirement de leurs fonctions, licencier ou mettre à la retraite les personnes qu'il a engagées en application des art. 33 à 48 et 52 à 54 LPers. Toutefois, cela compromettrait sensiblement l'autonomie de l'ATPrD. Compte tenu de la grande importance de l'indépendance de l'ATPrD, soulignée à plusieurs reprises dans les documents, cela ne peut guère être l'intention du législateur que le Conseil d'Etat puisse licencier les préposées selon les règles générales de la LPers. A cet égard, il faut plutôt partir du principe qu'il existe une lacune dans la loi dans le sens d'une inconséquence de la loi¹⁶³, qui doit être comblée par le recours aux dispositions de la LJ et de la LMéd sur la révocation des titulaires en question. En particulier, la question de la compétence de la révocation se pose. A cet égard, la réglementation relative à la médiatrice cantonale à l'art. 9 al. 1 LMéd, selon laquelle la compétence de la révocation incombe au Conseil d'Etat, semble problématique. Bien qu'il semble cohérent d'un point de vue systématique de confier la compétence de la révocation à la même autorité que celle qui procède à la nomination, cela

¹⁶¹ Message LMéd, 1305.

¹⁶² Dans la pratique et selon les renseignements donnés oralement par la préposée à la transparence, les préposées concluent un contrat avec la Chancellerie d'Etat, dont l'engagement a auparavant été approuvé par le Conseil d'Etat.

¹⁶³ Cf. à propos de cette notion HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 141.

serait à nouveau critiquable dans le cas des préposées à la transparence et la protection des données au vu de l'indépendance de l'ATPrD. Etant donné que les tâches des préposées sont dirigées par la Commission et que le Conseil d'Etat n'a tout au plus qu'une compétence de surveillance très limitée (si tant est qu'il en ait une) sur l'exécution des tâches des préposées¹⁶⁴, le Conseil d'Etat, ne peut, à notre avis, faire usage du pouvoir de révocation qu'à la demande correspondante de la Commission s'il ne veut pas tomber dans l'arbitraire. Une révocation des préposées par le Conseil d'Etat nécessite donc une demande correspondante de la part de la Commission¹⁶⁵.

3. *L'indépendance en matière personnel de l'ATPrD*

L'indépendance en matière de personnel couvre la question de la capacité 42
«du personnel à prendre des décisions dans le cadre prévu par la loi, sans être contraint par des intérêts personnels, sans conflits d'intérêts et sans subir aucune influence de quelque façon que ce soit»¹⁶⁶. L'indépendance en matière de personnel de l'ATPrD, respectivement de ses membres, est garantie par plusieurs dispositions. L'art. 32 al. 5 LPrD exige des membres de l'ATPrD qu'ils communiquent leurs intérêts particuliers privés et publics lors de leur entrée en fonction et lors de chaque modification ultérieure. En particulier, les activités professionnelles principales et accessoires, les fonctions de direction et de surveillance au sein d'entreprises ou d'organisations privées ou publiques, les participations financières importantes dans des personnes morales et les postes politiques doivent être communiqués¹⁶⁷. Les membres de l'ATPrD sont également soumis aux dispositions du CPJA relatives à la récusation selon l'art. 32 al. 6 LPrD¹⁶⁸. Le Règlement d'organisation prévoit que les membres de la Commission, les préposées ainsi que tout autre membre de l'autorité doivent informer continuellement le président ou la présidente de la Commission à propos de potentiels conflits d'in-

¹⁶⁴ Voir *infra* N 50.

¹⁶⁵ A l'avenir, cela devrait également s'appliquer à la médiatrice cantonale, qui sera rattachée administrativement à l'ATPrD (art. 9 al. 2 et 3 P-LMéd; Message modification LMéd, 9).

¹⁶⁶ CPA, Evaluation, FF 2016 1574. Cf. également HÄNER, *Unabhängigkeit*, N 21; WALDMANN/SPIELMANN, N 59.

¹⁶⁷ Art. 4 al. 1 Règlement d'organisation.

¹⁶⁸ Art. 21 à 25 CPJA.

térêt et d'autres raisons potentielles de récusation, qui touchent à leur fonction de membre de l'autorité¹⁶⁹. Ainsi, il est assuré que l'ATPrD puisse prendre ses décisions sans intérêts particuliers et sans conflits d'intérêts¹⁷⁰.

- 43 L'indépendance en matière de personnel de l'ATPrD est également garantie au travers des conditions minimales fixées dans la loi relative aux qualifications professionnelles des membres de la Commission¹⁷¹. Il doit être compris par-là que l'ATPrD ne peut exercer ses fonctions en toute indépendance que si ses membres disposent de l'expertise nécessaire et ne doivent pas systématiquement recourir à l'expertise de tiers pour remplir leurs fonctions¹⁷². Toutefois, l'ATPrD est autorisée à faire ponctuellement appel à des expert-e-s¹⁷³.

4. *L'indépendance financière de l'ATPrD*

- 44 L'art. 32 al. 3 LPrD prévoit que l'ATPrD dispose d'une enveloppe budgétaire dont le montant est déterminé chaque année à l'occasion de l'adoption du budget de l'Etat¹⁷⁴. Ainsi, l'indépendance complète de l'ATPrD exigée par le droit européen¹⁷⁵ devrait être concrétisée : l'ATPrD doit avoir son propre budget, dont elle peut disposer librement en fonction de ses besoins¹⁷⁶. Il faut toutefois constater que la législation cantonale sur les finances ne prévoit pas la gestion des unités administratives avec une enveloppe budgétaire¹⁷⁷. Le budget n'indique pas clairement comment l'exigence de l'enveloppe budgétaire est mise en œuvre dans la pratique, étant

¹⁶⁹ Art. 2 al. 1 Règlement d'organisation.

¹⁷⁰ Cf. *supra*, N 43.

¹⁷¹ Art. 30 al. 2 LPrD; WALDMANN/SPIELMANN, N 59. Cf. N 8.

¹⁷² Cf. Message révision Schengen LPrD, 663.

¹⁷³ Art. 30 al. 3 LPrD.

¹⁷⁴ Art. 32 al. 3 LPrD.

¹⁷⁵ Cf. *supra* N 25.

¹⁷⁶ Message révision Schengen LPrD, 663. Cf. à propos du budget propre en tant que condition à l'indépendance financière HÄNER, *Unabhängigkeit*, N 22; IDEM, *Ausgestaltung*, 48.

¹⁷⁷ En principe, le budget est structuré selon des postes budgétaires individuels (cf. art. 34 al. 1 LFE). Toutefois, le Conseil d'Etat peut autoriser la gestion par prestations pour certaines unités administratives (art. 59 LOCEA); dans ce cas, le budget présente le total des dépenses et le total des recettes pour chaque prestation et chaque groupe de prestations (art. 42b al. 1 LFE), la décision budgétaire du Grand Conseil se référant au solde des dépenses et des recettes de chaque groupe de prestations (art. 42c al. 1 LFE). Le budget par prestations est proche du budget global

donné que le budget de l'ATPrD ne se distingue pas des budgets des autres unités subordonnées, respectivement rattachées, à la Chancellerie d'Etat¹⁷⁸.

Afin de réaliser de manière optimale l'indépendance financière, il est nécessaire que l'autorité de surveillance ait la compétence d'établir elle-même son budget et que ce dernier soit transmis au parlement sans intervention du gouvernement¹⁷⁹. Ce n'est pas le cas de l'ATPrD: le budget ou le projet de budget est préparé par la Chancellerie d'Etat et la Direction des finances¹⁸⁰ et approuvé par le Conseil d'Etat à l'attention du Grand Conseil¹⁸¹. Les demandes de crédits supplémentaires sont soumises au Conseil d'Etat par la Chancellerie d'Etat pour approbation¹⁸². L'indépendance financière de l'ATPrD semble également faire l'objet de restrictions dans la pratique : ces dernières années, l'ATPrD a attiré l'attention à plusieurs reprises sur le fait que les ressources dans le domaine de la protection des données sont insuffisantes et qu'il existe une surcharge chronique¹⁸³. Le Rapport d'activité 2019 montre que, de l'avis de l'ATPrD, il faudrait quadrupler le nombre de juristes spécialisés travaillant pour l'ATPrD, presque doubler le nombre de postes administratifs, créer un poste d'informaticien-ne pour gérer les projets informatiques de plus en plus complexes et augmenter la charge de travail de la préposée à la protection des données de 80% à 100% pour que l'autorité puisse accomplir ses tâches de protection des données de manière satisfaisante. Ces postes supplémentaires n'ont jusqu'à présent pas été accordés à l'ATPrD par la Chancellerie d'Etat, respectivement ne l'ont été que partiellement¹⁸⁴. Dans la mesure où l'ATPrD ne peut exercer qu'une influence limitée sur les moyens dont elle dispose et où les ressources existantes ne sont pas suffisantes pour remplir ses missions de manière satisfaisante, l'indépendance de l'ATPrD d'un point de vue financier apparaît discutable.

en ce sens que le crédit budgétaire ne se réfère pas à des postes budgétaires individuels mais à l'ensemble des recettes et des dépenses; toutefois, contrairement au budget global au niveau fédéral (art. 30a LFC CH), qui comprend les dépenses et les recettes de l'ensemble de l'unité administrative, le crédit budgétaire se réfère à certains groupes de prestations au sein de l'unité administrative concernée.

¹⁷⁸ Cf. Budget 2021, 36 ss.

¹⁷⁹ HÄNER, *Unabhängigkeit*, N 22.

¹⁸⁰ Cf. art. 45 al. 2 let. a et art. 46 al. 1 let. b LFE.

¹⁸¹ Cf. art. 44 al. 2 let. b LFE.

¹⁸² Cf. art. 45 al. 2 let. d en lien avec art. 44 al. 2 let. e LFE.

¹⁸³ Cf. ATPrD, Rapport d'activité 2020, 21; ATPrD Rapport d'activité 2019, 20 s.; ATPrD, Rapport d'activité 2018, 7. La faiblesse des ressources dans le domaine de la protection des données est un problème commun à l'ensemble de la Suisse (cf. RUDIN, *digma 2020 – Verpasste Chance*, 183, 185).

¹⁸⁴ Cf. ATPrD, Rapport d'activité 2020, 7.

C. Les sphères d'autonomie au sein de l'ATPrD

- 46 L'ATPrD accomplit des tâches dans le domaine de la transparence ainsi que dans celui de la protection des données. Il existe une tension inhérente entre les deux domaines d'activité de l'ATPrD: les objectifs de la protection des données et l'information du public sont souvent contradictoires et il faut évaluer au cas par cas si l'intérêt du public à l'information ou la protection de la vie privée prévaut¹⁸⁵. Toutefois, les collisions possibles entre la protection des données et la transparence ne signifient pas que la protection des données et la transparence sont d'emblée opposées de manière irréconciliable. Les garanties de la transparence et de la vie privée coïncident dans leur sens fondamental de protection dans la mesure où tant la garantie de la transparence de l'administration que le droit à la vie privée protègent l'individu dans sa capacité d'autonomie législative et d'autodétermination¹⁸⁶. La transparence et la protection des données sont souvent décrites comme les deux faces d'une même médaille¹⁸⁷.
- 47 La structure de l'ATPrD tient compte à la fois des collisions possibles entre la protection des données et la transparence et de la relation étroite entre les garanties de publicité et de respect de la vie privée, en ayant certes une seule autorité pour les deux domaines, mais au sein de laquelle il existe une division des domaines de compétence entre la préposée à la transparence d'une part et la préposée à la protection des données d'autre part. En ce sens, on peut d'une certaine manière parler de deux sphères d'autonomie au sein de l'ATPrD. Néanmoins, les deux préposées à l'interne de l'ATPrD ne sont pas des organes indépendants au sens décrit précédemment¹⁸⁸; les préposées sont plutôt subordonnées à la Commission en tant que comité de direction et de coordination¹⁸⁹. En revanche, d'un point de vue externe à l'ATPrD,

¹⁸⁵ Cf. CHAIX, *Annuaire ASDPO 2019/2020*, 71 ss (concernant la balance des intérêts entre le principe de la transparence et la protection des données dans la jurisprudence du Tribunal fédéral); BRUNNER/FLÜCKIGER, *Jusletter* 4 octobre 2010, N 5 et 15 ss; HÄNER, *Datenschutztagung 2017*, 44 ainsi que *passim*; SCHEFER, 80 ss; Message LInf, 936; ATF 144 II 77 consid. 3 et 5; ATF 144 II 91 consid. 4; ATF 142 II 324 consid. 3.4; CourEDH, arrêt n°18030/11 du 8 novembre 2016 (*Magyar Helsinki Bizottság/Hongrie*) ch. 188 ss (cf. en particulier aussi la *concurring opinion* des juges Nussberger et Keller).

¹⁸⁶ SCHEFER, 76 s.

¹⁸⁷ RUDIN, *digma 2020 – Verpasste Chance*, 182; VOLLERY, *RFJ/FZR 2009*, N 20.

¹⁸⁸ Voir *supra* V.B.

¹⁸⁹ Cf. cependant la référence à un avis de droit de JEAN-PHILIPPE WALTER de 2019 sur l'autorité de surveillance en matière de protection des données et du principe

l'indépendance des préposées – en particulier vis à vis du Conseil d'Etat et de la Chancellerie d'Etat – doit être garantie.

VI. Pilotage de l'accomplissement des tâches et surveillance

A. Pilotage

Au vu de l'autonomie étendue de l'ATPrD, le Conseil d'Etat n'a que des 48
compétences très limitées en matière de pilotage et de surveillance. Le pilotage de l'accomplissement des tâches s'effectue par l'examen périodique du catalogue de prestations au sens de l'art. 55a al. 1 et 2 LOCEA. Dans le cas de l'ATPrD, son autonomie est toutefois à prendre en compte; les tâches de l'ATPrD sont fixées dans la loi et le Conseil d'Etat n'est pas autorisé à contourner son indépendance au moyen de la formulation de conditions dans l'accomplissement des tâches dans le cadre du catalogue de prestations. Le pilotage de l'ATPrD s'effectue également au travers de l'attribution des moyens dans le cadre du budget, qui contient également le budget de l'ATPrD¹⁹⁰. Le budget est soumis au Grand Conseil par le Conseil d'Etat pour approbation¹⁹¹. Enfin, le Conseil d'Etat a déjà une certaine influence sur l'accomplissement des tâches de l'ATPrD en adoptant les dispositions d'application de la LInf et de la LPrD¹⁹².

de la transparence dans l'administration du canton du Valais dans le Message relatif à la modification de la LMéd, 6: pour autant qu'il ressorte des explication du Message, l'expertise conclut que la Commission n'a qu'un pouvoir de surveillance limité sur les préposées à la protection des données et à la transparence, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'une surveillance hiérarchique («Dienstaufsicht») impliquant des droits d'inspection et d'instruction étendus.

¹⁹⁰ Cf. à ce propos *supra* N 44 s.

¹⁹¹ Art. 102 et art. 113 al. 1 Cst-FR.

¹⁹² Art. 111 al. 2 Cst-FR; cf. aussi par exemple art. 12 al. 2, 24 al. 2, 36 al. 2 LInf; art. 20 al. 2, art. 22 al. 2, art. 24 al. 4 LPrD.

B. Surveillance

- 49 Compte tenu de l'autonomie étendue de l'ATPrD, le Conseil d'Etat ne dispose que de pouvoirs de tutelle («Organisationsaufsicht»)¹⁹³; le contrôle de l'opportunité de l'accomplissement des tâches est exclu, tout comme les directives et les ordres de services¹⁹⁴. La surveillance doit être conçue de manière à ce qu'il ne soit pas possible d'exercer une quelconque influence sur l'accomplissement des tâches de l'ATPrD. Au vu des exigences du droit international concernant l'indépendance de l'autorité de surveillance en matière de protection des données, un contrôle juridique en lui-même n'est pas admissible; on parle plutôt d'un contrôle « administratif » similaire au contrôle des tribunaux¹⁹⁵.
- 50 L'ATPrD est rattachée administrativement à la Chancellerie d'Etat. Selon l'art. 50 al. 1 let. b LOCEA, sa gestion est soumise à la surveillance de la Chancellerie d'Etat. Afin de préserver l'indépendance de l'ATPrD, la surveillance de la Chancellerie d'Etat doit se circonscrire à des questions purement administratives telles que la comptabilité ou la gestion des ressources humaines.
- 51 Comme tout dépositaire de tâches publiques du canton, l'ATPrD est en outre soumise à la haute surveillance parlementaire du Grand Conseil¹⁹⁶. En tant que moyen de surveillance, un rapport annuel est notamment prévu; selon l'art. 30a al. 2 LPrD la Commission cantonale de la transparence et de la protection des données remet un rapport tous les ans au Conseil d'Etat à l'attention du Grand Conseil sur ses activités ainsi que les activités des deux préposées.
- 52 Du point de vue financier, l'ATPrD est finalement soumise au contrôle de l'Inspection des finances¹⁹⁷, qui fait rapport au Conseil d'Etat et à la Commission des finances et de gestion du Grand Conseil sur la nature et l'étendue de ses investigations et sur le résultat de ses contrôles¹⁹⁸.

¹⁹³ Cf. à propos de la notion de tutelle («Organisationsaufsicht») ainsi que, par opposition, la surveillance hiérarchique («Dienstaufsicht») TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 5 N 32 s.

¹⁹⁴ Cf. VOGEL, 181.

¹⁹⁵ EPINEY/THEUERKAUF, 72; HÄNER, Unabhängigkeit, N 20; WALDMANN/SPIELMANN, N 59.

¹⁹⁶ Art. 104 Cst-FR.

¹⁹⁷ Art. 50 al. 1 let. a LFE.

¹⁹⁸ Art. 53 al. 1 et 2 LFE.

VII. Autres organes dans le domaine de l'information du public et de l'accès aux documents officiels

A. Organes spécialisés des communes

En principe, l'ATPrD exerce ses tâches dans le domaine de l'accès aux documents officiels également pour les communes¹⁹⁹. La loi permet toutefois aux communes d'instituer leur propre organe spécialisé, qui remplit alors aussi les fonctions de médiation mentionnées à l'art. 33 LInf. Le modèle des organes spécialisés communaux prévaut aussi pour la protection des données²⁰⁰. Dans le domaine de la protection des données, la loi prévoit que les autorités de surveillance des communes doivent être indépendantes dans l'exercice de leurs tâches et qu'elles doivent disposer des moyens nécessaires (art. 29 al. 2 LPrD). Ces exigences résultent en protection des données des obligations internationales de la Suisse²⁰¹. Pour les organes spécialisés des communes dans le domaine de l'accès aux documents officiels, l'indépendance n'est pas prévue explicitement dans la loi. L'indépendance des organes spécialisés vis-à-vis des organes surveillés de la commune doit néanmoins être garantie; cela résulte en particulier de la portée du principe de la transparence en tant que droit fondamental ainsi que du sens et du but de la procédure de médiation²⁰². Dès lors, les exigences formulées à l'art. 29 al. 2 LPrD à propos de l'indépendance des organes spécialisés des communes peuvent donc être transposées au domaine de l'accès aux documents officiels.

B. Organes ordinaires pour le traitement des demandes d'accès

Le traitement d'une demande d'accès est de la compétence de l'organe public qui établit le document ou qui l'a reçu en tant que destinataire principal ou qui détient le document²⁰³. Cela vaut tant pour les organes cantonaux que

¹⁹⁹ Art. 39 al. 3 LInf.

²⁰⁰ Art. 29 al. 2 LPrD; cf. Message LInf, 937.

²⁰¹ Cf. Message révision Schengen LPrD, 662.

²⁰² Cf. *supra* N 26 s.

²⁰³ Art. 37 al. 1 et 1^{bis} LInf, art. 17 ss OAD. L'art. 37 al. 1^{bis} LInf, selon lequel le droit d'accès s'étend également aux documents reçus en copie, a été inséré ultérieurement afin de répondre aux exigences de la Convention d'Aarhus (Message modification LInf, 2648 s.).

pour les organes des communes²⁰⁴. Si nécessaire, les différentes autorités établissent des règlements d'application afin de régler la distribution verticale des responsabilités²⁰⁵. Les organes publics doivent veiller à ce que leurs systèmes de classement existants facilitent l'exercice du droit d'accès²⁰⁶. Cette exigence repose sur la Recommandation du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents officiels²⁰⁷, mais aussi sur la Convention d'Aarhus en ce qui concerne les informations sur l'environnement²⁰⁸. Les organes ordinaires doivent transmettre à la préposée à la transparence toutes leurs déterminations et décisions sur des demandes d'accès qu'ils rendent en application des art. 32 al. 3 et 33 al. 3 LInf²⁰⁹. Cela permet d'assurer que la préposée à la transparence soit informée des demandes d'accès litigieuses même si elles ne débouchent pas sur une procédure de médiation et qu'elle reste informée de la suite de la procédure d'accès après la conclusion de la procédure de médiation²¹⁰. De cette manière, la surveillance de la préposée à la transparence sur la mise en œuvre du droit d'accès dans l'administration est garantie.

C. Instances de recours internes à l'administration et judiciaires

- 55 Sous réserve que la demande d'accès soit satisfaite de manière informelle ou qu'un accord soit trouvé dans le cadre de la procédure de médiation, la procédure d'accès de première instance se termine par une décision de l'organe public compétent²¹¹ ou, dans le cas de l'art. 33a al. 1 LInf, par une décision de la Commission. La personne qui demande l'accès ou les tiers concernés disposent d'un droit de recours contre les décisions prises en première instance sur la demande d'accès. Les personnes privées qui, sur la base de l'art. 2 al. 1 let. c, respectivement l'art. 20 al. 1 bis, en lien avec l'art. 33a LInf, sont soumises à l'obligation, émanant d'une décision de la Commission, de garantir l'accès de documents en leurs possessions ont également la capacité pour recourir.

²⁰⁴ Art. 2 al. 1 let. a et art. 37 al. 1 LInf, art. 17 et 20 OAD, art. 83a al. 1 LCo.

²⁰⁵ Art. 37 al. 1 2^{ème} phrase LInf; Message LInf, 951.

²⁰⁶ Art. 38 al. 1 LInf.

²⁰⁷ N. 132; cf. à ce propos Message LInf, 949.

²⁰⁸ Cf. en particulier art. 4 al. 6 et art. 5 al. 2 Convention d'Aarhus.

²⁰⁹ Art. 38 al. 2 LInf.

²¹⁰ Message LInf, 951.

²¹¹ Art. 33 al. 3 LInf.

La procédure de recours repose généralement sur les dispositions du CPJA²¹². Par conséquent, les instances internes à l'administration suivantes sont compétentes pour traiter des recours: 56

- contre les décisions de services subordonnés de l'administration cantonale : la Direction (art. 116 al. 1 CPJA);
- contre les décisions d'autorités communales au sens de l'art. 153 al. 1 LCo; le préfet (art. 116 al. 2 CPJA).

Selon l'art. 114 al. 1 CPJA, le Tribunal cantonal connaît des recours en particulier contre les décisions du Conseil d'Etat et de ses Directions, de la Chancellerie d'Etat, des établissements cantonaux autonomes, des préfets et des organes des institutions privées chargées de tâches de droit public. Selon l'art. 114 al. 1 let. a et b CPJA, le Tribunal cantonal a également la compétence de traiter les recours contre les décisions de la Commission cantonale de la transparence et de la protection des données rendues en application de l'art. 33a LInf. 57

Le renvoi au CPJA dans la LInf est complété par des dispositions relatives à quelques cas particuliers²¹³. 58

- Le premier cas particulier concerne les organes qui ne sont pas soumis au CPJA, respectivement dont les dispositions ordinaires n'octroient pas de moyen de droit; cela concerne les organes du Grand Conseil et les autorités judiciaires. Les décisions de ces organes sont contestables directement auprès du Tribunal cantonal selon l'art. 34 al. 2 LInf.
- Le deuxième cas concerne le Tribunal cantonal lui-même. Le Tribunal cantonal est également soumis à la LInf²¹⁴ et doit décider sur les demandes d'accès qui lui sont adressées. Il faut donc une autorité compétente pour connaître des recours contre ses propres décisions en matière de droit d'accès. L'art. 35 al. 1 LInf prévoit que le Tribunal cantonal institue pour de tels cas une instance de recours à l'interne du tribunal. Cette instance de recours est le Tribunal plénier selon l'art. 20 al. 2 RTCInf. Celui-ci est composé de l'ensemble des juges cantonaux-ales ordinaires au sens de l'art. 40 al. 1 LJ; selon l'art. 40 al. 2 LJ, il ne peut siéger valablement ou décider par voie de circulation qu'avec la participation des deux tiers des juges.
- Le troisième cas concerne les organes qui font partie du pouvoir législatif d'une commune ou d'une association de commune. Selon

²¹² Art. 34 al. 1 LInf.

²¹³ Cf. à ce propos Message LInf, 950.

²¹⁴ Art. 2 al. 1 let. a LInf.

l'art. 154 LCo, le seul moyen de recours contre les décisions des organes législatifs communaux est en général le dépôt d'un recours du citoyen actif auprès du préfet, auquel ont droit les membres de l'assemblée communale ou du conseil général ainsi que le conseil communal; ni le CPJA ni la LCo ne prévoient d'autre moyen de recours. Les décisions de ces organes seraient donc en elles-mêmes contestables auprès du Tribunal cantonal selon l'art. 34 al. 2 LInf. Cela serait toutefois systématiquement inapproprié dans la mesure où la compétence de statuer sur les recours contre les organes communaux incombe toujours au préfet²¹⁵. Le législateur a donc considéré qu'un recours direct contre les décisions des autorités communales auprès du Tribunal cantonal n'était pas adéquat. L'art. 35 al. 3 LInf prévoit désormais que, contrairement à la règle de l'art. 34 al. 2 LInf, les décisions des organes législatifs communaux en matière de droit d'accès peuvent être contestées au moyen d'un recours préalable auprès du préfet.

- 59 Un autre cas particulier est celui des recours contre les décisions concernant les demandes d'accès adressées au Conseil de la magistrature. Le Conseil de la magistrature est l'organe de surveillance des autorités judiciaires; sous réserve de la haute surveillance du Grand Conseil, il est indépendant tant des autorités judiciaires qu'il surveille, que du Conseil d'Etat et de l'administration cantonale ainsi que du Grand Conseil et de ses organes²¹⁶. Il était prévu initialement que les décisions du Conseil de la magistrature sur le droit d'accès soient définitives au niveau cantonal²¹⁷; la possibilité d'un recours au Tribunal cantonal était ainsi expressément exclue. Lors de l'adoption de la LInf, cela correspondait à une règle générale selon laquelle les décisions du Conseil de la magistrature constituaient la dernière instance au niveau cantonal, afin d'éviter que le Tribunal cantonal ait à statuer sur les décisions de sa propre autorité de surveillance²¹⁸. La règle selon laquelle les décisions du Conseil de la magistrature ne sont pas susceptibles de recours au niveau cantonal a été établie en partant du principe que les recours contre les décisions du Conseil de la magistrature sont ouverts au Tribunal fédéral en matière de droit public²¹⁹.
- 60 Cependant, peu de temps après l'adoption de la LInf, la nouvelle LJ a été adoptée, de sorte que la législation précédemment applicable concernant le

²¹⁵ Art. 116 al. 2 CPJA en lien avec art. 153 LCo (recours de l'administré), art. 153a LCo (recours d'un conseiller communal), art. 154 LCo (recours du citoyen actif).

²¹⁶ Art. 90 LJ.

²¹⁷ Cf. Message LInf, 950.

²¹⁸ Cf. VOLLERY, RFJ/FZR 2011, ch. 19.

²¹⁹ Cf. IDEM, RFJ/FZR 2011, n. 84.

Conseil de la magistrature a cessé de s'appliquer. La plupart des règles antérieures ont été transférées dans la LJ, mais pas celle selon laquelle les décisions du Conseil de la magistrature sont définitives au niveau cantonal: celle-ci a été omise sans être remplacée et sans qu'aucune justification ne soit donnée dans les documents²²⁰. Après l'adoption de la LJ, la règle de l'art. 35 al. 2 LInf (dans sa version en vigueur jusqu'en 2016), selon laquelle les décisions du Conseil de la magistrature en matière de droit d'accès sont prises en dernière instance cantonale, ne correspondait plus à la règle générale; il a cependant été omis à l'époque de modifier ou d'abroger cette disposition. Cela n'a été fait qu'en 2016 lorsque la LInf a été adaptée à la Convention d'Aarhus²²¹. Entre-temps, un avis de droit a démontré que le Conseil de la magistrature n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'art. 29a Cst et, par conséquent, pas une juridiction supérieure au sens de l'art. 86 al. 2 LTF²²², de sorte que la voie de recours contre ses décisions n'est pas ouverte auprès du Tribunal fédéral. L'art. 35 al. 2 LInf dans sa version applicable jusqu'à fin 2016 s'est ainsi révélé contraire au droit fédéral, car l'exclusion du recours au Tribunal cantonal violait la garantie de l'accès au juge de l'art. 29a Cst.²²³ A l'occasion de l'adaptation de la LInf à la Convention d'Aarhus, l'art. 35 al. 2 LInf a été abrogé sans être remplacé. Sur la base de l'avis de droit susmentionné²²⁴, le Conseil d'Etat a indiqué dans son Message que les décisions du Conseil de la magistrature concernant le droit d'accès sont contestables devant le Tribunal cantonal en application de l'art. 7a en lien avec l'art. 114 al. 2 let. b CPJA (droit à un contrôle juridictionnel)²²⁵; à notre avis, cela s'applique toutefois déjà en vertu de l'art. 34 al. 2 LInf depuis l'abrogation de l'art. 35 al. 2 LInf.

D. Responsables de l'information

Afin que les organes publics puissent remplir leur devoir d'informer au sens de l'art. 8 de la LInf qui, outre la garantie de l'accès aux documents officiels, comprend également la mise à disposition d'office d'informations au public, ils désignent un ou plusieurs responsables de l'information²²⁶. L'organisation des activités d'information du Grand Conseil, du Conseil d'Etat

²²⁰ IDEM, RFJ/FZR 2011, N 20.

²²¹ Message modification LInf, 2655 s.

²²² VOLLERY, RFJ/FZR 2011, N 30.

²²³ Cf. Message modification LInf, 2655 s., où toutefois l'inconstitutionnalité du droit antérieur n'a pas été constatée expressément.

²²⁴ Voir VOLLERY, RFJ/FZR 2011.

²²⁵ Message modification LInf, 2655 s.

²²⁶ Art. 15 al. 1 LInf; Message LInf, 933, 942.

et de l'administration, des tribunaux et des communes est réglée plus en détail dans les règlements d'organisation et d'exécution correspondants²²⁷. Pour le Conseil d'Etat et l'administration cantonale, les dispositions de l'OInf sont applicables en la matière. Selon l'art. 7 OInf, les Directions désignent une personne de contact pour l'information, qui organise notamment un système d'information du public et gère le site internet de la Direction. Au niveau des différentes unités de l'administration, des personnes de contact pour l'information peuvent également être désignées si l'activité de l'unité le justifie ou si des tâches d'information lui sont confiées par une législation spéciale²²⁸. Les activités d'information du Conseil d'Etat sont assurées par la Chancellerie d'Etat²²⁹. La Chancellerie d'Etat dispose d'un Bureau de l'information, qui est notamment chargé de soutenir les activités d'information de la Chancellerie d'Etat, des Directions et des unités administratives²³⁰. Les personnes de contact des Directions pour l'information et le ou la responsable du Bureau de l'information de la Chancellerie d'Etat forment ensemble la Conférence des responsables de l'information, qui exerce une fonction de conseil et de coordination et prépare des directives concernant les activités d'information²³¹.

E. Organes pour le registre des liens d'intérêts

- 62 En vertu de la Constitution cantonale, les membres du Grand Conseil et du Conseil d'Etat ainsi que les préfets doivent rendre publics tous leurs liens d'intérêts privés et publics (art. 88 al. 2 Cst-FR). Lors de l'adoption de la LInf, cette obligation de publication fut étendue aux membres des conseils communaux²³². Un registre contenant les liens d'intérêts signalés est établi

²²⁷ Cf. en particulier art. 94 LGC; art. 5 ss OInf; art. 7 RTCInf.

²²⁸ Art. 10 OInf.

²²⁹ Art. 5 al. 1 OInf.

²³⁰ Art. 6 OInf.

²³¹ Art. 9 OInf.

²³² Art. 13 al. 1 LInf; Message LInf 934, 941. L'obligation de signalement concerne les activités professionnelles, les activités dans des organes de direction et de surveillance ainsi que dans les conseils de personnes morales de droit privé ou de droit public, la participation à des commissions et autres organes de la Confédération, d'un canton, d'une commune ou d'une collaboration intercantonale ou intercommunale, les mandats politiques ainsi que les activités permanentes de direction ou de conseil pour des groupes d'intérêts (art. 13 al. 2 LInf). Pour les membres du Conseil d'Etat et les préfets, certaines activités restent lettre morte puisqu'elles sont de toute façon incompatibles avec la fonction (art. 87 Cst-FR, art. 12 LOCEA, art. 8 de la loi sur les préfets en lien avec l'art. 67 LPers).

et doit être rendu accessible au public²³³. La mise en œuvre de l'obligation de signalement et de la publication des liens d'intérêts est attribuée au Bureau du Grand Conseil pour les membres de cette autorité, à la Chancellerie d'Etat pour les membres du Conseil d'Etat et les préfets pour les membres des conseils communaux²³⁴. La tenue effective du registre, c'est-à-dire l'enregistrement des données et leur mise à jour, est assurée par le secrétariat du Grand Conseil, le secrétariat du Conseil d'Etat et les secrétariats communaux²³⁵.

F. Médias accrédités

Les médias ont un rôle central dans la transmission de l'information au public, un rôle qui est aussi explicitement reflété dans la LInf. Selon l'art. 9 al. 2 LInf, les informations fournies d'office sont diffusées principalement par les médias, en plus d'être mises à disposition via les technologies modernes de l'information. En ce qui concerne l'activité d'information active de l'Etat, les professionnels des médias assument donc, dans un certain sens, une position de «personnes auxiliaires» des autorités chargées de l'information: ils préparent l'information pour le public et la portent à l'attention d'un public plus large via le média respectif (journaux imprimés et en ligne, télévision et radio, contributions de blog et podcasts). À cet égard, ils assument une fonction d'intermédiaire²³⁶. Assurément, le rôle des médias ne se limite pas à la transmission d'informations; ils ne sont pas le «porte-parole» du gouvernement et de l'administration, mais assument une fonction de surveillance journalistique par leurs recherches sur l'activité de l'Etat et leurs reportages critiques²³⁷. 63

La LInf prend en compte le rôle particulier des médias de différentes manières. L'art. 18 al. 1 LInf pose le principe que les organes publics doivent faciliter autant que possible l'accès des médias aux réunions publiques et aux informations. Les représentants des médias disposent de sièges réservés lors des réunions publiques²³⁸ et l'accès aux documents officiels est gratuit pour les médias, sans exception²³⁹. Afin de faciliter le rôle d'intermédiaire 64

²³³ Art. 13 al. 1 LInf.

²³⁴ Art. 14 al. 1 LInf.

²³⁵ Art. 14 al. 3 LInf; Message LInf, 942.

²³⁶ ZELLER/KIENER, BSK BV, art. 17 N 8.

²³⁷ Cf. DIES., BSK BV, art. 17 N 8.

²³⁸ Art. 19 al. 1 LInf.

²³⁹ Art. 17 al. 3 et art. 24 al. 2 LInf.

des médias, la LInf prévoit en outre la possibilité d'un système d'accréditation²⁴⁰. L'accréditation permet de recevoir certains documents d'office, d'être informé de la disponibilité de certains documents sur Internet et d'être invité à des conférences de presse²⁴¹. En cas d'abus de l'accréditation, des mesures administratives peuvent être prises, pouvant aller jusqu'au retrait de l'accréditation²⁴². Il convient de prendre en compte que l'activité des journalistes est protégée par la liberté des médias au sens de l'art. 17 Cst, qui est également garantie par la Constitution cantonale (art. 20 Cst-FR). En particulier, l'accréditation ne peut pas être utilisée comme instrument pour contrôler le contenu des médias en prenant des mesures au sens de l'art. 18 al. 3 et 4 LInf en cas de reportage peu apprécié. En vertu de l'art. 18 al. 4 LInf, le retrait de l'accréditation n'est possible qu'en cas de manquement grave et répété aux règles professionnelles et déontologiques des professionnel-le-s des médias élaborées par le Conseil suisse de la presse et après consultation de ce dernier²⁴³.

²⁴⁰ Art. 18 LInf; art. 16 ss OInf.

²⁴¹ Art. 18 al. 2 LInf, art. 19 OInf.

²⁴² Art. 18 al. 3 et 4 LInf, art. 18 OInf.

²⁴³ Cf. à ce propos Message LInf, 942.