

Note

Pour la version originale du texte cf. BERNHARD WALDMANN, Procédure d'accès aux documents officiels, in: Waldmann/Bergamin (éds), 10 ans L'Inf Fribourg, Stämpfli Editions, Berne 2021, 177–221.

Procédure d'accès aux documents officiels

BERNHARD WALDMANN*

Table des matières

I. Introduction et point de la situation.....	2
II. Aperçu des procédures d'accès de la Confédération et des cantons	4
III. La procédure d'accès du canton de Fribourg.....	5
A. Caractéristiques essentielles.....	6
1. Plusieurs étapes pour une procédure globale.....	6
2. Procédure préliminaire obligatoire	7
3. Exigence de célérité moyennant sauvegarde des intérêts des tiers concernés.....	8
B. Les différentes étapes de la procédure.....	9
1. Introduction et examen préliminaire	9
a) Demande	9
b) Compétence.....	13
c) Procédure	13
aa) Réception de la demande et examen formel	15
bb) Examen du fond de la demande.....	16
cc) Réponse à la demande	20
2. Procédure de médiation	22
a) Généralités	22
b) Introduction.....	25
c) Procédure	28
aa) Généralités.....	28
bb) Déroulement de la procédure.....	30
cc) Coopération des participants à la procédure.....	33
dd) Clôture de la procédure	37
aaa) Accord.....	37
bbb) Recommandation	41
ccc) Autres constellations	42
3. Procédure de décision.....	43
4. Voies de recours	45
IV. Appréciation	46

* Je tiens à remercier Messieurs FLORIAN BERGAMIN, MLaw, et OLIVER GAUTSCHI, MLaw, pour leur contribution aux travaux préparatoires, ainsi que M. PIERRE PRINCE, lic. en droit, qui s'est chargé de la traduction du texte original allemand.

I. Introduction et point de la situation

- 1 Dans le canton de Fribourg, le droit à l'information et celui de consulter les documents officiels sont garantis en tant que droits fondamentaux (art. 19 al. 2 Cst.)¹. L'entrée en vigueur de la Constitution cantonale (1^{er} janvier 2005) permettait déjà aux particuliers d'invoquer directement à ce droit². Une loi était cependant nécessaire pour que ce droit fondamental devienne réalité sous tous ses aspects – soit non seulement les droits invocables en justice (droits subjectifs), mais aussi le principe de la transparence (droit objectif) qui s'y attache. En effet, les autorités étaient d'une part tenues d'observer le nouveau droit fondamental et, de l'autre, de veiller à sa *réalisation effective*³. Ce mandat de réalisation s'adressait tout d'abord au législateur qui, en adoptant la LInf, a non seulement précisé le contenu et les limites du droit à l'information, mais a aussi déterminé la procédure à suivre pour le faire valoir et l'appliquer. En d'autres termes, le droit fondamental à l'information et à l'accès aux documents officiels implique également l'obligation dite «programmatique» adressée aux autorités législatives de mettre en place *des institutions et des procédures* afin de permettre l'exercice et l'exécution efficaces des droits en matière d'information, et d'aider à la réalisation effective du principe de la transparence (également dénommé principe de la publicité)⁴.
- 2 Les autorités législatives disposent d'une grande latitude pour concevoir institutions et procédures. Mais certains *garde-fous* sont à respecter:
 - En premier lieu, les procédures doivent être conçues de manière à favoriser une réelle efficacité du droit fondamental à la consultation des documents officiels. Ceci exige que les demandes d'accès soient traitées le plus rapidement possible et sans bureaucratie⁵. De plus, l'efficacité est de mise dans les mécanismes d'application. En cas de litiges sur l'existence, la portée et les limites des droits, une protection juridictionnelle suffisante est à assurer de surcroît en raison des garanties spécifiques des droits fondamentaux (cf. art. 29a Cst., art. 30 Cst.).

¹ Cf. plus en détail la contribution d'EVA MARIA BELSER et de GÉRALDINE CATTILAZ dans ce volume.

² BARRELET, 161 s.

³ A propos du mandat de réalisation du droit fondamental, parmi d'autres KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4 N 47; WALDMANN, BSK BV, art. 35 N 35 ss.

⁴ Cf. à propos de la mise en œuvre du droit fondamental au moyen de procédures KIENER, ZBl 2013, 581.

⁵ HÄNER, Funktion, 62.

- Des prescriptions visant la conception de la procédure – spécialement pour l'accès aux documents officiels – découlent aussi du droit international public:

La Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics (*Convention de Tromsø*)⁶ oblige les Etats parties à prendre les mesures nécessaires assurant l'efficacité des droits d'accès garantis par la Convention (art. 2 al. 2). En particulier, les exigences formelles excessives liées aux demandes d'accès sont interdites (art. 4 al. 3); les autorités compétentes doivent traiter les demandes aussi rapidement que possible ou dans un délai raisonnable connu au préalable (art. 5 al. 4) et ont obligation d'assister les demandeurs dans l'identification du document demandé (art. 5 al. 1); les refus et les restrictions d'accès sont à justifier (art. 5 al. 6), les personnes concernées ont un droit de recours devant un tribunal ou une autre instance indépendante prévue par la loi (art. 8). La Suisse n'a pas encore signé cette convention.

Cependant, les dispositions de la *Convention d'Aarhus* sont contraintantes pour la Suisse; mais dite convention ne s'applique en fait qu'à l'accès du public aux informations sur l'environnement. Elle fixe toutefois des délais pour le traitement des demandes (art. 4 al. 2), règle la procédure à suivre si une autorité ne dispose pas des informations publiques demandées (art. 4 al. 5) et, en cas de litige, exige l'accès à une procédure de recours devant une instance judiciaire ou un autre organe indépendant et impartial établi par la loi (art. 9 al. 1).

Enfin, il convient de se référer à la *Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe* du 21 février 2002⁷. Celle-ci traite de la conception de la procédure d'accès et de la protection juridictionnelle. Au cœur de cette démarche réside l'obligation pour toutes les autorités étatiques de traiter les demandes d'accès aux documents officiels rapidement, sans discrimination et dans un esprit de coopération⁸.

Dans les développements qui suivent, il s'agit d'abord de présenter brièvement comment la Confédération et les cantons ont réglé la procédure d'accès aux documents officiels (II.), avant d'aborder en détail la réglementation et sa pratique d'exécution dans le canton de Fribourg (III.). Enfin, dans le cadre d'une appréciation, les éventuels points névralgiques de la réglementation fribourgeoises seront traités (IV.).

3

⁶ Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents public du 18 juin 2009 (STCE n° 205).

⁷ Recommandation Rec (2002) 2 du Comité des Ministres aux Etats Membres sur l'accès aux documents publics.

⁸ Exposé des motifs concernant la Recommandation Rec (2002) 2 du Comité des Ministres aux Etats membres sur l'accès aux documents publics.

II. Aperçu des procédures d'accès de la Confédération et des cantons

- 4 Les compétences parallèles de la Confédération et des cantons au plan de l'organisation de leurs autorités engendrent des réglementations différentes tant pour l'octroi que pour les procédures d'accès aux documents officiels. Même si la Confédération et les cantons ont chacun leurs propres prescriptions, ils se sont parfois fondés sur des concepts existants⁹. A partir de là et sous réserve de quelques nuances, il est possible d'identifier des modèles de réglementation que l'on peut, pour simplifier, diviser en quatre groupes:
- 1) *Procédure de décision simple (sans procédure préliminaire)*: dans les cantons de Berne¹⁰ et de Schaffhouse¹¹, le dépôt d'une demande d'accès aux documents officiels ouvre directement une procédure administrative. L'autorité compétente en décide sans procédure de médiation préalable. Bien entendu, cela n'exclut pas les solutions consensuelles.
 - 2) *Procédure préliminaire et procédure de décision (en cas de litige)*: dans d'autres cantons, les demandes d'accès aux documents officiels sont examinées par l'autorité compétente. Si la demande est acceptée sans restriction, l'autorité ne rend pas de décision (formelle). Si elle refuse l'accès en tout ou en partie ou l'accorde contre la volonté de tiers, elle rend une décision d'office¹² ou sur requête¹³.
 - 3) *Procédure préliminaire (avec procédure de médiation facultative) et procédure de décision*: d'autres cantons laissent à la personne demandant l'accès – une fois que l'organe public lui a fait connaître son choix quant à rejeter la demande en tout ou partie – la faculté de décider de requérir une procédure de médiation dans un délai déterminé ou d'exiger une décision de la part de l'organe compétent¹⁴. Si la procédure de médiation échoue, l'organe public tranche également par voie de décision.

⁹ Cf. pour les points communs et les différences dans la procédure d'accès des cantons de Suisse occidentale BOILLAT/WERLY, Annuaire ASDPO 2019/2020, 39 ss.

¹⁰ Art. 35 LIn BE; cf. à ce sujet NUSPLIGER, 51.

¹¹ Art. 8a Organisationsgesetz SH.

¹² Cf. art. 17 al. 1 Informationsgesetz AR; art. 12 al. 2 Öffentlichkeitsgesetz GR; § 15 al. 2 Öffentlichkeitsgesetz ZG; § 27 IDG ZH.

¹³ § 38 IDAG AG (une médiation facultative opérée par la personne préposée à la transparence et à la protection des données demeure possible, cf. § 31 al. 1 let. d IDAG); § 31 al. 4 IDG BL; § 33 al. 4 IDG BS; art. 17 al. 1 Öffentlichkeitsgesetz SG. Le projet de règlement du canton de Glaris (VE-IDAG) va dans le même sens.

¹⁴ § 33 al. 3 et § 35 al. 2 ÖDSSG SZ; art. 18 al. 1 et art. 19 al. 1 LIT TI.

Le canton de Vaud connaît une réglementation spéciale¹⁵: la personne qui a demandé l'accès peut déposer recours contre une détermination négative, soit auprès du Tribunal cantonal, soit auprès du Préposé à la protection des données et à l'information. Si le préposé ne parvient pas à trouver un accord, il statue sur la demande d'accès en rendant une décision formelle.

- 4) *Procédure préliminaire (avec procédure de médiation obligatoire) et procédure de décision:* un autre modèle de base prévoit une procédure préliminaire en deux étapes dans laquelle l'organe public examine d'abord la demande d'accès et remet sa détermination en cas de refus total ou partiel de la demande ou en cas d'accès accordé malgré l'objection d'un tiers. L'auteur de la demande ou le tiers peut alors engager une procédure de médiation ou de conciliation auprès d'une autorité spécialement instituée à cet effet. Si la médiation échoue, cette autorité formule une recommandation et l'organe public compétent rend une décision, soit d'office, soit sur requête¹⁶.

III. La procédure d'accès du canton de Fribourg

Dans le canton de Fribourg, la procédure d'accès aux documents officiels est réglée dans ses grandes lignes par la loi (art. 31 ss Inf). Le législateur a suivi explicitement pour cela¹⁷ le modèle procédural de la Confédération ainsi que des cantons de Genève et de Soleure.¹⁸ Les détails sont réglés au niveau de l'ordonnance (art. 9 ss OAD).

Les éléments caractéristiques de la procédure sont présentés ci-après (A.), suivis d'une description plus détaillée des étapes respectives de la procédure (B.).

¹⁵ Art. 20 s. LInfo VD.

¹⁶ Cf. pour la Confédération art. 10 ss LTrans; pour les cantons art. 30 et 32 DIAG AI; art. 31 ss LInf FR; art. 28 ss LIPAD GE (à ce sujet SAYEGH, 62 ss); § 34 ss InfoDG SO; art. 8 OeG UR; art. 48 ss LIPDA VS. Une réglementation spéciale s'applique dans les cantons du Jura et de Neuchâtel: en cas d'échec de la procédure de médiation, la personne préposée ne peut émettre une recommandation, et l'organe public en question n'a pas la compétence de décider; c'est la «Commission de la protection des données et de la transparence» qui rend la décision (art. 74 ss en corrélation avec l'art. 42 al. 1 CPDT-JUNE).

¹⁷ Message LInf, 936.

¹⁸ Depuis lors, d'autres cantons ont opté pour ce modèle (cf. n. 16).

A. Caractéristiques essentielles

1. Plusieurs étapes pour une procédure globale

7 Une demande d'accès à un document officiel déclenche une procédure; celle-ci peut se diviser en deux parties principales et, à l'intérieur de chacune d'elles, en plusieurs phases ou étapes¹⁹.

- La première partie principale consiste en une *procédure préliminaire* régie par la loi mais largement informelle:

Dans une *première phase* («*examen préliminaire*»)²⁰, l'organisme public examine la demande, assiste si besoin est l'auteur de la demande dans l'identification du document recherché, vérifie l'existence éventuelle d'intérêts publics ou privés contradictoires et consulte les tiers concernés. Cette étape s'achève soit par l'octroi informel du droit d'accès, soit par une détermination écrite si ce droit est refusé ou reporté en tout ou en partie, ou s'il est accordé malgré l'opposition d'un tiers.

La *deuxième étape* («*procédure de médiation*»)²¹ s'engage avec la requête en médiation, que l'auteur de la demande ou les tiers qui ont soulevé une objection sans succès peuvent soumettre à la préposée à la transparence (ci-après dénommée la préposée) dans les 30 jours suivant la détermination de l'organe public. Si les conditions requises pour l'exécution d'une procédure de médiation sont remplies et si la requête y afférente n'est pas retirée, la procédure se termine par un accord ou – à défaut – par une recommandation de la préposée.

- La *deuxième partie principale* comprend la décision formelle rendue sur la demande d'accès et la procédure des voies de recours qui s'ensuit.

Ce n'est qu'après une procédure de médiation infructueuse, et seulement si la préposée a formulé une recommandation, que l'organe compétent (ou parfois la Commission cantonale de la transparence et de la protection des données) ouvre une *procédure administrative*, qui aboutit à une décision sur la demande d'accès²².

¹⁹ Sur le tout (en partie avec nuances) Message LInf, 936, 943 ss; VOLLEY, RFJ/FZR 2014, 343; IDEM, RFJ/FZR 2009, N 108; WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 12. Cf. par analogie pour la procédure d'accès au plan fédéral, Message LTrans, FF 2003 1858 ss.

²⁰ Cf. art. 32 LInf; art. 9–13a OAD; en particulier N 20 ss.

²¹ Cf. art. 33 al. 1–2 LInf; art. 14–14a OAD; en particulier N 32 ss.

²² Cf. art. 33–33a LInf; art. 15 OAD; en particulier N 66 ss.

Cette décision peut être contestée (en une dernière phase) via les *voies de recours ordinaires* de la juridiction administrative²³. En dernière instance, les voies de recours aboutissent au Tribunal fédéral²⁴.

Malgré ces étapes successives, la procédure d'accès forme «*un tout indissociable*»²⁵, qui s'achève en cas de litige par une décision rendue sur la demande d'accès et susceptible de recours dans les délais fixés par la loi. Si l'organisme public ou l'autorité chargée de la médiation tardent à agir pendant la procédure préliminaire, la notification d'une décision par l'organe public est bloquée et, en fin de compte, la personne qui a demandé l'accès est ainsi privée du droit d'obtenir une décision sujette à recours. Même si les garanties de procédure prévues par la Constitution ne trouvent pas application dans les diverses phases de la procédure préliminaire (N 9), elles gardent toute leur importance dans la procédure qui précède une décision formelle dans son intégralité.

Ainsi, par exemple, l'interdiction de déni ou de retard de justice (art. 29 al. 1 Cst.) est bafouée si, à tort, l'organe public ne traite pas la demande d'accès ou tarde sa détermination, ou encore si la préposée suspend illicitemente la procédure de conciliation²⁶. Par quelle voie de droit peut-on invoquer le grief d'une violation de l'art. 29 al. 1 Cst.? C'est évidemment là une autre question.

2. Procédure préliminaire obligatoire

La procédure de décision sur la demande d'accès est précédée d'une procédure préliminaire étendue, qui est certes *régie par la loi*, mais n'est pas soumise aux dispositions d'une procédure administrative (formelle); son déroulement est au contraire largement *informel*.

Les garanties (générales) de procédure conférées par le droit constitutionnel et le droit international public (en particulier l'art. 29 Cst.) ne s'appliquent pas à la procédure préliminaire. Demeure évidemment réservée la validité des principes constitutionnels matériels applicables à toute action étatique, tels que notamment le principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.), le principe de la bonne foi (art. 5 al. 3 et art. 9 Cst.) ainsi que les

²³ Art. 34 s. LInf; en particulier N 70 ss.

²⁴ Art. 82 ss LTF.

²⁵ TC FR, arrêt 601 2019 19 du 21 mai 2019 p. 6; le Tribunal fédéral a rejeté un recours déposé contre cet arrêt (arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020); WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 12; cf. par analogie pour la Confédération ATAF 2014/6 consid. 1.2.3; BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 10 N 3.

²⁶ Cf. TC FR, arrêt 601 2019 19 du 21 mai 2019 (ainsi qu'à ce sujet TF, arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020 consid. 3.2).

droits fondamentaux que sont l'égalité devant la loi (art. 8 Cst.) et l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.)²⁷.

- 10 La procédure préliminaire est *obligatoire* dans la mesure où l'organe public ne peut pas statuer avant son achèvement, en rendant une décision sur la demande d'accès²⁸. En l'instituant, le législateur a voulu privilégier les solutions consensuelles et informelles entre la personne qui a demandé l'accès, l'organe public et les éventuels tiers concernés, afin d'éviter autant que possible les formalités excessives dans les procédures de décision et d'accélérer ainsi l'ensemble de la procédure²⁹.

3. Impératifs de célérité moyennant sauvegarde des intérêts des tiers concernés

- 11 Pour garantir efficacement le droit à l'information, il est important que les personnes qui en font la demande (et en particulier les médias) obtiennent l'accès aux documents officiels aussi rapidement et simplement que possible ou qu'elles soient en mesure, au moins en cas de litige, d'obtenir une décision – susceptible de recours – sur le droit d'accès. Dans ce contexte – et conformément aux règles³⁰ et recommandations³¹ du droit international public – la LInf et son ordonnance d'exécution (OAD) mettent en place un *principe de célérité*³² en fixant des délais précis pour les étapes respectives de la procédure³³ ou pour l'ensemble de celle-ci jusqu'à la décision;³⁴ en

²⁷ Cf. également, en dernière analyse HÄNER, SHK BGÖ, art. 10 N 8 s., 11. Aussi STÖCKLI, ZSR 139 (2020) II, 221 (n. 500), selon lequel les garanties minimales d'équité de la procédure déploient leurs effets.

²⁸ Cf. Message LInf, 949.

²⁹ Cf. Message LInf, 949 s.; VOLLERY, RFJ/FZR 2014, 344; IDEM, RFJ/FZR 2019, 186; WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 3.

³⁰ Cf. pour les informations sur l'environnement art. 4 al. 2 Convention d'Aarhus («aussitôt que possible», mais «au plus tard dans un délai d'un mois à compter de la date à laquelle la demande a été soumise», «prorogation de ce délai, qui pourra être porté au maximum à deux mois»).

³¹ Recommandation Rec (2002) 2 (n. 7), ch. VI.3 («être traitée rapidement», «à l'intérieur d'un délai fixe qui peut avoir été précisé au préalable»).

³² Message LInf, 949.

³³ Art. 32 al. 1 et art. 36 al. 1 let. a LInf en corrélation avec l'art. 13–13a OAD (Traitement initial de la demande par l'organe public rendant la décision; à ce sujet N 20); art. 36 al. 1 let. a LInf en corrélation avec l'art. 14 al. 4 OAD (Procédure de médiation; à ce sujet N 45).

³⁴ Cf. art. 36 al. 1^{bis} LInf en corrélation avec l'art. 13a al. 1 OAD (Informations sur l'environnement).

règle générale, ces délais ne sauraient être dépassés mais certes réduits ou respectivement, selon la nature de l'affaire et compte tenu des intérêts des requérants (notamment les médias), ne devraient pas être épuisés.

L'obligation pour l'organe public de consulter les *tiers concernés* et, d'autre part, le droit de tiers – touchés dans leurs intérêts privés – de s'opposer à l'accès et de prendre part à la suite de la procédure en tant que partie entrent en conflit avec le principe de célérité³⁵. L'intérêt à une célérité de la procédure d'accès et la protection des droits de la personnalité de tiers sont à pied d'égalité, tant en vertu de la Constitution³⁶ que de la loi. Pour certains cas, le Conseil d'Etat a tenu compte dans l'ordonnance d'exécution des intérêts privés de tiers en prolongeant les délais de traitement³⁷. Dans le domaine de l'information sur l'environnement, la procédure (jusqu'à la décision de première instance) n'est raccourcie à 60 jours qu'à la demande expresse du demandeur; à défaut, il est présumé qu'il y a renoncé³⁸. Dans le cadre de la loi, il appartient avant tout à l'organe public ou à la préposée de «concilier»³⁹ aussi bien que possible l'exigence de célérité et la protection des droits de la personnalité des tiers, dans les modalités comme dans le traitement.

12

B. Les différentes étapes de la procédure

1. *Introduction et examen préliminaire*

a) Demande

La procédure d'accès à un ou plusieurs documents officiels est initiée par une *demande* présentée en conséquence. La loi ne définit pas la notion de demande, mais se base sur une compréhension du terme inspirée par le droit matériel. Quant à savoir s'il s'agit d'une demande d'ouverture de procédure selon les art. 31 ss LInf⁴⁰, ou d'une procédure de consultation en vertu d'une

13

³⁵ Cf. art. 32 al. 2 et art. 33 al. 1 LInf. Cf. aussi N 27.

³⁶ Cf. art. 12 al. 2 et art. 19 al. 2 Cst.

³⁷ Cf. art. 13 al. 2 let. b OAD.

³⁸ Art. 36 al. 1^{bis} LInf en corrélation avec l'art. 13a al. 1 OAD. Cf. à ce sujet CHANCELLERIE D'ETAT, Rapport explicatif modification OAD, ch. 3.2.2.

³⁹ Cf. Message modification LInf, 2656.

⁴⁰ Aucune procédure ne doit être menée pour les demandes concernant des documents déjà publiés (cf. art. 1a OAD; ATPRD, Guide pratique, 1).

loi spéciale⁴¹, ou encore d'une simple demande de renseignement⁴², il y a lieu d'en juger en interprétant la demande par laquelle une personne s'adresse à l'organe public⁴³.

Si la personne formulant la demande d'accès utilise le formulaire disponible sur le site Internet de l'ATPrD, l'évaluation de l'obligation d'ouvrir une procédure au sens des art. 31 ss LInf ne pose généralement pas de problème. Lorsque la volonté de la personne ne ressort pas clairement de la demande, l'organe public doit, sur la base de son devoir d'assistance (art. 5 al. 3 Cst., art. 32 al. 1 LInf), clarifier la situation si besoin est en posant des questions supplémentaires.

- 14 Tous les titulaires du droit d'accès sont habilités à présenter une demande. Il s'agit, conformément à l'art. 20 al. 1 LInf, de toutes les *personnes physiques et morales*⁴⁴. Ont donc droit aussi à la transparence, en particulier, les ressortissants d'autres cantons et les étrangers, les personnes résidant hors du canton ou de la Suisse, ainsi que les mineurs⁴⁵. Il est également admis d'introduire la demande par l'intermédiaire du représentant légal ou d'un représentant librement choisi.

De ce droit d'accès revenant à «toute personne», il est généralement déduit que la personne introduisant la demande n'a pas besoin de donner d'informations sur *son identité* et que les organes publics doivent également traiter les demandes anonymes⁴⁶. Au demeurant, la personne demandant l'accès peut avoir un intérêt pratique à divulguer son identité, par exemple si elle souhaite recevoir le document ou la correspondance des

⁴¹ Comme, en particulier, une demande de consultation de dossiers dans le cadre d'une procédure en cours (art. 29 al. 2 Cst., art. 53 al. 2 CPC, art. 101 CPP; art. 63 CPJA) ou une demande de renseignements sur (ses propres) données personnelles (art. 23 ss LPrD); cf. également TC FR, arrêt 601 2019 222 du 23 mars 2021 (accès à ses données personnelles contenues dans les fichiers de la Police).

⁴² Cf. art. 8 al. 1 let. b et art. 10 al. 2 LInf.

⁴³ Au final, également ATPrD, Guide pratique, 1; VOLLERY, RFJ/FZR 2009, N 104.

⁴⁴ Bien que *les personnes morales de droit public* ne sont (en principe) pas, en tant que titulaires de fonctions publiques, bénéficiaires du droit fondamental à l'information (art. 19 Cst.), les travaux préparatoires semblent les inclure également dans le cercle des ayants droit (cf. Message LInf, 943). Cette interprétation large est à écarter. Elle crée une sorte de mélange (voire un contournement) de l'assistance administrative et, en application du principe «access to one, access to all», elle aurait pour effet que les documents transmis à d'autres titulaires de fonctions publiques devraient être mis à la disposition du public sans autre examen.

⁴⁵ VOLLERY, RFJ/FZR 2009, N 46; cf. par analogie au niveau fédéral Message LTrans, FF 2003 1845; BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 10 N 14.

⁴⁶ Message LInf, 949; cf. par analogie au niveau fédéral BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 10 N 15; CHATTON, Jusletter 3 avril 2017, N 24 (n. 91); HÄNER, SHK BGÖ, art. 10 N 31.

autorités (en particulier l'éventuelle facture des émoluments) par courrier postal⁴⁷. Toutefois, l'organe public peut exiger une preuve de l'identité pour la consultation des documents sur place, ce pour des raisons de sécurité⁴⁸. Dans les situations présentant des intérêts publics ou privés contradictoires, la divulgation de l'identité peut être exigée afin d'accélérer les clarifications et, de ce fait, la procédure. Au plus tard dans la procédure de décision (N 66 ss), le demandeur doit sortir de son anonymat.

La demande n'est soumise à *aucune exigence de forme* (art. 31 al. 2 LInf). 15
Il n'y a pas obligation de remplir un formulaire⁴⁹, ni prescription d'une forme précise. La demande peut être faite par lettre, courriel, téléphone ou sur place⁵⁰. Si le traitement en bonne et due forme et rapide de la demande le requiert, l'autorité peut exiger une demande écrite ou une confirmation écrite⁵¹, aucune signature n'étant requise dans les deux cas.

Le droit d'accès aux documents officiels ne présupposant aucun intérêt 16
digne de protection, la demande n'a pas à contenir d'informations sur l'utilisation – à des fins privées ou commerciales⁵². Il n'y a absolument *pas à motiver* la demande (art. 31 al. 2 LInf). Toutefois, le droit d'accès ne portant que sur des informations documentées, elle doit contenir des *indications suffisantes pour permettre l'identification du document demandé* (art. 31 al. 1 LInf)⁵³. Cela inclut des indications ou des références concernant le titre et la date du document, ses auteurs ou – si tout cela est inconnu – des références à une période déterminée ou au domaine visé (art. 9 al. 1 OAD). L'organe public est tenu d'aider la personne qui fait la demande à identifier le document recherché et de lui fournir les renseignements nécessaires à cette fin (art. 32 al. 1 LInf; art. 9 al. 2 OAD). Mais cela requiert aussi un minimum d'informations de la part de la personne qui a demandé l'accès, à propos du domaine et de la période des informations documentées, ce qui permet de délimiter et de déterminer les documents disponibles. En consé-

⁴⁷ Cf. aussi Message LInf, 949.

⁴⁸ Cf. au niveau fédéral art. 4 al. 3 OTrans; à ce sujet HÄNER, SHK BGÖ, art. 10 N 31.

⁴⁹ Au demeurant, l'art. 16 al. 2 let. a OAD charge la Chancellerie d'Etat de veiller à ce que des formulaires soient publiés sur Internet pour faciliter les demandes d'accès.

⁵⁰ Parmi d'autres Message LInf, 949. Cf. par analogie pour la Confédération art. 7 al. 1 OTrans et à ce sujet OFJ, Commentaire OTrans, 9; TAF, arrêt A-7369/2006 du 24 juillet 2007 consid. 4.1; BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 10 N 32.

⁵¹ Cf. art. 31 al. 2 LInf en corrélation avec l'art. 9 al. 3 OAD.

⁵² Cf. TC FR, arrêt 601 2014 118 du 23 décembre 2014 consid. 6e in: RFJ/FZR 2014, 334 ss; BOILLAT/WERLY, Transparence passive, 217; cf. par analogie au niveau fédéral, parmi d'autres ATAF 2013/50 consid. 7.2.

⁵³ Message LInf, 949.

quence, l'organe public peut demander à cette personne de fournir des indications complémentaires sur le document recherché (art. 9 al. 3 OAD). Cependant, l'organe public ne peut exiger des données que dans la mesure où celles-ci sont nécessaires à la localisation du document et peuvent être fournies moyennant un effort que l'on peut raisonnablement attendre de l'intéressé⁵⁴. Les exigences relatives à la spécification de la demande ne doivent pas être excessives et dépendent des conditions concrètes (existence d'un système de classement au sens de l'art. 38 al. 1 LInf, niveau d'information et capacités de la personne requérant l'accès, etc.)⁵⁵. S'il est impossible ou très difficile de clarifier la demande à défaut d'informations suffisantes, l'organe public doit apporter son aide, par exemple en fournant une liste des documents existants ou un extrait du système de classement des documents⁵⁶.

Au niveau fédéral, l'art. 7 al. 4 OTrans pose une présomption de retrait si le demandeur ne fournit pas, dans un délai de 10 jours, les indications complémentaires nécessaires à l'identification du document souhaité⁵⁷. Il n'existe pas de disposition correspondante en droit fribourgeois. Bien que les dispositions du CPJA ne soient pas applicables à la première phase de la procédure, l'organe public est autorisé au cours de la procédure (N 21) à fixer à l'auteur de la demande un délai pour qu'il la précise et, si ce délai n'est pas respecté, à ne pas y donner suite. Dans ce cas, l'auteur a la faculté d'introduire une requête en médiation auprès de la préposée et de s'y plaindre du refus d'accès, ou d'introduire une nouvelle demande d'accès à une date ultérieure.

¹⁷ Quiconque demande l'accès à des informations sur l'environnement et souhaite obtenir l'application des *délais de traitement raccourcis* selon art. 36 al. 1^{bis} LInf doit l'exiger explicitement. Sans quoi il est présumé y avoir renoncé (art. 13a al. 1 OAD), ce qui signifie que les délais normaux de traitement s'appliquent.

Cette disposition soulève la question de sa compatibilité avec la convention d'Aarhus, dont l'art. 4 al. 2 exige que les informations sur l'environnement soient mises à disposition au plus tard un mois après le dépôt de la demande, avec une possibilité de prolongation jusqu'à deux mois. Il est vrai qu'un demandeur peut renoncer au respect de ces délais par consentement. Mais la réglementation fribourgeoise exige une demande pour la validité de délais de traitement raccourcis (art. 36 al. 1^{bis} LInf) et présuppose à défaut une renonciation par consentement présumé (art. 13a al. 1 OAD). Le Conseil d'Etat y voit un compromis pour assurer le déroulement en bonne et due forme de la procédure et la consultation nécessaire des tiers concernés⁵⁸.

⁵⁴ Cf. par analogie pour la Confédération HÄNER, SHK BGÖ, art. 10 N 32.

⁵⁵ Cf. par analogie pour la Confédération BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 10 N 41.

⁵⁶ TC FR, arrêt 601 2020 183 du 29 avril 2021 p. 7; cf. par analogie pour la procédure au niveau fédéral ATF 142 II 324 consid. 3.5.

⁵⁷ Cf. à ce sujet OFJ, Commentaire OTrans, 9.

⁵⁸ CHANCELLERIE D'ETAT, Rapport explicatif modification OAD, ch. 3.2.2.

b) Compétence

L'organe public qui a *établi* le document est compétent au premier chef pour traiter la demande (art. 37 al. 1 LInf en corrélation avec l'art. 17 al. 1 OAD). Si le document n'a pas été produit par un organe soumis à la LInf, la demande est traitée par l'organe cantonal ou communal qui l'a *reçu* à titre principal (art. 37 al. 1 LInf en corrélation avec l'art. 17 al. 2 phrase 1 OAD). Si le destinataire principal n'est pas non plus assujetti à la loi, l'organe *en possession* duquel se trouve le document est compétent (art. 37 al. 1^{bis} LInf en corrélation avec l'art. 17 al. 2 phrase 2 OAD). Si plusieurs organes soumis à la loi ont établi l'acte ou l'ont reçu à titre principal, ou si la demande à propos d'un dossier déterminé porte sur plusieurs documents établis par différents organes, la demande est traitée d'entente entre les organes concernés ou par l'organe principalement en charge du dossier (art. 17 al. 3 let. a–b OAD)⁵⁹.

Les compétences au plan interne sont régies par les règlements d'organisation respectivement applicables⁶⁰. Pour les demandes adressées au Conseil d'Etat et à l'administration (centrale) cantonale, l'art. 19 al. 1 OAD prévoit en principe un traitement par l'unité administrative compétente ou, le cas échéant, par la commission concernée. Pour les communes, la compétence est fondée sur leurs propres règlements ou, à défaut, sur les dispositions d'exécution de la loi sur les communes (art. 20 OAD)⁶¹.

Si le document demandé est déjà versé aux *archives*, la compétence de l'organe public est maintenue jusqu'au terme du délai de protection⁶² prévu par la législation y relative. Avant d'accorder l'accès, l'organe public doit toutefois prendre l'avis des responsables des archives (art. 37 al. 2 LInf; art. 24 RArch).

L'organe public a obligation d'examiner sa compétence à traiter la demande d'accès dès sa réception (N 22 ss).

c) Procédure

Le «traitement initial de la demande»⁶³ par l'organe public n'a pas lieu dans le cadre d'une procédure administrative et n'est donc soumis ni aux dispositions du CPJA ni aux garanties procédurales relevant de la

⁵⁹ Cf. CHANCELLERIE D'ETAT, Rapport explicatif modification OAD, ch. 3.3.3: «Le choix entre l'une ou l'autre solution dépendra du cas particulier et devra être réalisé conformément au bon sens et aux règles de la bonne foi.»

⁶⁰ VOLLEY, RFJ/FZR 2009, N 113.

⁶¹ Cf. pour un cas d'application dans le contexte des permis de construire TC FR, arrêt 601 2014 118 du 23 décembre 2014 consid. 6d, in: RFJ/FZR 2014, 334 ss.

⁶² Cf. art. 15 s. LArch.

⁶³ Cf. les notes marginales des art. 10–13a OAD.

Constitution et du droit international public⁶⁴. Il est régi *par une loi spéciale*⁶⁵.

- En substance y sont concrétisés les principes de l’assistance au demandeur et de la célérité de la part des autorités, principes qui par ailleurs sont ancrés dans les règles et recommandations de droit international public⁶⁶.

L’*obligation d’assistance* concerne en premier lieu l’identification du document recherché (N 16), mais s’applique en outre à l’ensemble du traitement initial de la demande (art. 32 al. 1 LInf: «notamment»).

Le *principe de célérité* se concrétise par le fait que l’organe public est tenu de traiter la demande «avec diligence» (art. 32 al. 1 LInf) ou «aussi vite que possible» (art. 13 al. 1 OAD). La durée du traitement doit être adaptée à la nature de l’affaire (cf. art. 36 al. 1 let. a LInf). Ainsi, la prise en compte des intérêts des médias requise par la loi⁶⁷ peut exiger une réponse en quelques heures ou quelques jours⁶⁸, tandis que l’examen d’éventuels intérêts publics ou privés contradictoires justifie une plus longue durée⁶⁹. L’art. 36 al. 1 let. a LInf établit pour cette phase un délai ne dépassant pas «en principe» 30 jours à compter du dépôt de la demande. Selon l’ordonnance d’exécution, ce délai peut au besoin être prolongé, soit de 30 jours supplémentaires si la demande soulève des difficultés particulières, soit du temps nécessaire à la consultation des tiers concernés (art. 13 al. 1 let. a-b OAD). Une application de l’ordonnance d’exécution conforme à la loi⁷⁰ suggère que dans ce dernier cas, le traitement de la demande doit être différé, la personne qui a demandé l’accès pouvant le cas échéant obtenir une détermination (négative) (art. 32 al. 3 LInf) et déposer ensuite une requête en médiation auprès de l’autorité compétente (art. 33 al. 1 LInf.). En tout état de cause, l’auteur de la demande doit être informé de toute prolongation du délai; si l’organe public ne répond pas dans les délais prévus, la personne peut introduire une requête en médiation (art. 13 al. 3 OAD).

⁶⁴ Demeure réservée l’obligation pour l’organe public de respecter les principes matériels de la Constitution et les droits fondamentaux (cf. N 9).

⁶⁵ Cf. art. 32 LInf, art. 10–13a OAD.

⁶⁶ Message LInf, 949.

⁶⁷ Cf. art. 32 al. 1 i.f. LInf; art. 13 al. 1 OAD

⁶⁸ VOLLERY, RFJ/FZR 2009, N 111; cf. aussi TC FR, arrêt 601 2018 27 du 24 mai 2018 consid. 2.3, in: RFJ/FZR 2019, 173 ss.

⁶⁹ Au niveau de la Confédération, des délais de traitement plus longs sont prévus pour les demandes nécessitant un surcroît important de travail (art. 10 al. 4 let. c LTrans; art. 10 OTrans; à ce sujet, parmi d’autres OFJ, Commentaire OTrans, 11 s. assortis d’exemples).

⁷⁰ Dans le rapport explicatif concernant l’OAD, il est même suggéré que le délai légal de l’art. 36 al 1 let. a LInf ne peut être prolongé (cf. CHA/DIAF, Rapport explicatif réglementation d’exécution LInf, 6).

- De plus, la prise en compte d’intérêts publics et privés contradictoires de tiers dans l’appréciation de la demande d’accès est réglementée (art. 32 al. 2 LInf, art. 10 ss OAD; cf. N 25 ss ci-dessous).
- Enfin, la réglementation spéciale porte sur la procédure à suivre lorsque l’organe public entend différer l’accès, le refuser en tout ou en partie ou l’accorder malgré l’opposition d’un tiers (art. 32 al. 3 LInf, art. 12 OAD; cf. N 29 ss ci-après).

En cette (première) phase de la procédure d’accès, l’organe public n’a pas de pouvoir de décision. Mais il doit traiter la demande aussi vite que possible et «avec diligence»⁷¹. Cela suppose que l’organe puisse prendre les mesures procédurales nécessaires pour la traiter⁷². Ces mesures n’ont pas le caractère d’une décision (incidente) au sens de l’art. 4 al. 2 CPJA. Elles ne sont ni rendues dans le cadre d’une procédure formelle, ni sujettes à recours selon art. 113 CPJA.

aa) Réception de la demande et examen formel

L’organe public doit recevoir la demande et examiner si elle relève du champ d’application de la LInf et doit être traitée dans le cadre de la procédure d’accès spéciale selon art. 31 ss de dite loi. Si tel n’est pas le cas⁷³, il n’y a pas lieu d’entrer en matière.

A ce stade de la procédure, il n’est pas nécessaire d’examiner si l’auteur de la demande fait preuve d’un comportement constituant un éventuel abus de droit. Une telle éventualité fait l’objet du jugement quant au fond de la demande d’accès (N 26).

La non-entrée en matière ne constitue pas une décision au sens de l’art. 4 CPJA, mais un non-traitement de la demande, qui est communiqué à la personne qui a demandé l’accès, et qui n’est pas sujet à recours. Une éventuelle violation de l’interdiction de déni de justice (art. 29 al. 1 Cst.) en raison d’une non-entrée en matière contraire à la loi n’est pas contestable par voie de recours, mais elle peut l’être au moyen d’une requête en médiation.

⁷¹ Cf. TC FR, arrêt 601 2018 27 du 24 mai 2018 consid. 2.3, in: RFJ/FZR 2019, 173 ss.

⁷² Ainsi, p. ex., l’exigence posée à la personne qui a demandé l’accès de clarifier sa requête (art. 9 al. 3 ODA) ou la fixation d’un délai pour les déterminations de tiers (art. 10 al. 2 ODA).

⁷³ Par exemple, en cas de demande de consultation de documents dans une procédure en cours (art. 21 al. 1 let. a–b LInf), de renseignements sur des données personnelles (art. 23 ss LPrD), de renseignements non liés à un document (art. 8 al. 1 let. b LInf), de documents faisant l’objet d’une commercialisation (art. 21 al. 2 LInf) ou de documents manifestement publics au sens de l’art. 1a OAD.

Le même résultat est atteint si la non-entrée en matière est qualifiée de détermination négative, ce même si l'art. 32 al. 3 LInf ne mentionne pas le non-traitement de la demande.

- 24 Si la demande est soumise aux dispositions de la LInf régissant la procédure d'accès, l'organe public doit examiner sa *compétence* à raison de la matière (N 18). A défaut de compétence, une distinction doit être faite: si l'organe public est en possession du document, il transmet la demande à l'organe cantonal ou communal compétent après en avoir informé l'auteur de la demande (art. 18 al. 2 OAD). Dans le cas contraire, il renseigne la personne qui a demandé l'accès sur l'identité de l'organe auquel elle peut s'adresser, dans la mesure où il en a connaissance (art. 18 al. 3 ODA)⁷⁴. Demeure réservée la fixation de la compétence d'entente entre les organes concernés, conformément à l'art. 17 al. 3 ODA. La disposition de l'art. 16 CPJA régissant l'examen de la compétence n'est pas applicable en l'occurrence.

bb) Examen du fond de la demande

- 25 Quant au fond, l'autorité doit examiner si l'accès au document officiel peut entrer en conflit avec des intérêts publics ou privés. Le Tribunal fédéral a esquissé (pour la procédure d'accès selon la LTrans) un programme d'examen⁷⁵, sur lequel se fonde la présentation qui suit.
- 26 En une première étape, il convient d'examiner, en principe sur la base d'une *pesée préliminaire des intérêts*, si la publication du document entre véritablement en ligne de compte ou échoue d'emblée en raison d'intérêts prépondérants ou privés.

Cette dernière éventualité se réalise certainement si la demande d'accès porte sur des documents que le législateur a d'emblée exclus du droit d'accès du fait d'une pesée abstraite d'intérêts contradictoires (cf. art. 29–30 LInf). Il en va de même lorsqu'un examen prima facie montre que des intérêts publics ou privés au secret l'emportent manifestement sur l'intérêt à l'accès du public. Le cas échéant, l'organe public doit se déterminer (N 31) sans autres clarifications, en communiquant le refus total ou partiel de l'accès. Si des intérêts évidents de préserver le secret peuvent être protégés à satisfaction au moyen d'anonymisations (caviardages), le droit d'accès ne peut pas être refusé d'emblée.

Toujours sans apport d'élucidations supplémentaires, l'organe public peut refuser l'accès dans le cas de *demandes abusives* (art. 26 al. 2 let. a LInf; cf. également art. 11 al. 1 let. c OAD) et émettre en conséquence une détermination négative (art. 32 al. 3 LInf). Toutefois, un comportement abusif ne peut être présumé à la légère, car l'exercice du

⁷⁴ Au plan fédéral en revanche, il existe en principe une obligation de transmission: cf. Message LTrans, FF 2003 1861; BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 10 N 23 avec d'autres références.

⁷⁵ Cf. ATF 142 II 340 consid. 4.6.

droit d'accès ne présuppose aucun intérêt digne de protection⁷⁶. Il n'y a donc pas d'abus de droit si quelqu'un présente à plusieurs reprises sa demande d'accès à un document⁷⁷, ou la précise après avoir reçu des informations complémentaires au cours de la procédure⁷⁸, ou encore si la demande génère un surcroît de travail important pour l'administration. Mais le seuil de l'abus de droit est franchi si la personne en question entend harceler l'organe public, par exemple avec l'intention délibérée d'entraver l'accomplissement des tâches de l'autorité par des demandes multiples ou complexes, ou par des requêtes répétées et systématiques d'accès à des documents auxquels elle a déjà eu accès⁷⁹.

Si par contre la possibilité d'un octroi de l'accès est reconnue malgré des intérêts publics ou privés contradictoires, ou si des élucidations complémentaires sont nécessaires, les tiers concernés doivent être consultés – en une deuxième étape – avant qu'une détermination ne soit rendue (art. 32 al. 2 LInf; art. 10 OAD). Cette *consultation* permet d'associer à la procédure les tiers concernés – il peut s'agir en l'occurrence de particuliers ou d'autres organes publics – et de prendre en compte les différents intérêts en jeu dans la décision⁸⁰. La consultation ne se fonde pas sur le droit constitutionnel d'être entendu, mais il est ici question d'un droit régi par une loi spéciale dans le cadre d'une procédure spéciale et informelle⁸¹:

- D'une part, doivent être consultées toutes les *tierces personnes* (privées) qui sont déterminées ou peuvent être déterminées par les indications contenues dans le document officiel.⁸² De l'autre, il convient de consulter aussi d'autres organes publics mentionnés dans le document en question.
- Il ressort déjà implicitement de l'art. 32 al. 2 LInf («en principe») que l'organe public peut *renoncer* à une *consultation*. Il n'y a pas d'emblée obligation de consultation dans les cas où – comme déjà mentionné (N 26) – la loi exclut le droit d'accès ou s'il apparaît manifestement, sur la base d'une pesée préalable des intérêts, que l'accès doit être refusé (art. 11 al. 1 let. a–b OAD). De même, il est possible de renoncer à une consultation lorsque la pesée des intérêts est si nettement favorable à la divulgation qu'il n'y a plus lieu d'envisager raisonnablement des intérêts publics ou privés propres à entraîner un autre résultat (cf.

27

⁷⁶ ATAF 2013/50 consid. 7.3.

⁷⁷ Cf. toutefois art. 14 al. 1 OAD et à ce sujet ci-dessous N 41.

⁷⁸ TC FR, arrêt 601 2020 183 du 29 avril 2021 p. 8.

⁷⁹ Cf. dans l'ensemble (pour la Confédération) Message LTrans, FF 2003 2017, 1858.

⁸⁰ CHA/DIAF, Rapport explicatif réglementation d'exécution LInf, 6).

⁸¹ Cf. par analogie à la LTrans FLÜCKIGER, SHK BGÖ, art. 11 N 3.

⁸² Cf. art. 3 al. 1 let. b LPrD.

art. 11 al. 2 let. a OAD)⁸³. Il en va de même si le caractère public des données personnelles contenues dans un document est présumé ou si les personnes concernées ont consenti à leur divulgation, ou encore si leur consentement peut être présumé (art. 11 al. 2 let. b OAD). En cas de doute, l'organe public peut certes effectuer une consultation malgré l'existence d'une circonstance exceptionnelle⁸⁴; mais compte tenu du principe de célérité, une certaine retenue s'impose.

Si la renonciation à la consultation contrevient aux dispositions légales, il est possible d'y remédier en une procédure de médiation ou dans toute procédure de décision et de recours, aussi longtemps que le document n'a pas encore été publié.⁸⁵

- Un bref *délai* est fixé aux tiers concernés pour faire valoir leur point de vue (art. 10 al. 2 OAD). La durée du délai n'est – contrairement au droit fédéral⁸⁶ – pas prescrite. Une prolongation n'est certes pas exclue. En même temps, l'organe public doit veiller au respect du délai de traitement. Si la consultation requiert une période plus longue, un report de l'accès s'impose (N 20).
- Bien qu'à défaut d'applicabilité des garanties du droit d'être entendu dans cette phase de la procédure, les tiers concernés ne peuvent faire valoir un droit d'accès au dossier⁸⁷, ils doivent disposer des *indications* nécessaires à l'allégation d'intérêts publics ou privés s'opposant à la divulgation. Pour ce faire, ils ont au moins à connaître les passages du document qui les concernent, mais aussi – en fonction du contexte – d'autres parties voire la totalité du document. Par contre, il n'est pas exigé de connaître l'identité de la personne qui fait la demande⁸⁸.

Si les personnes ayant le droit d'être consultées n'ont pas connaissance du document, il faut éventuellement leur en adresser une copie. Là aussi, il y a lieu de tenir compte des intérêts publics ou privés qui pourraient faire obstacle à une divulgation. Dans la mesure du possible, les passages en question (notamment les données à caractère personnel concernant d'autres personnes) sont caviardés; lorsque cela ne

⁸³ Une telle situation existe également si la possibilité d'identifier des tiers concernés peut être exclue par des caviardages effectués en conséquence. Il faut cependant noter que même si les noms et les données personnelles sont caviardés, des tiers peuvent rester identifiables sur la base d'autres passages de texte. Si tel est le cas, il ne peut être renoncé à une consultation.

⁸⁴ CHA/DIAF, Rapport explicatif réglementation d'exécution LInf, 6.

⁸⁵ Cf. par analogie à la LTrans Message LTrans, FF 2003 1863; BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 11 N 12.

⁸⁶ Cf. art. 11 al. 1 LTrans.

⁸⁷ Cf. par analogie à la LTrans FLÜCKIGER, SHK BGÖ, art. 11 N 17.

⁸⁸ Cf. pour le tout par analogie à la LTrans BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 11 N 9 s.; FLÜCKIGER, SHK BGÖ, art. 11 N 17.

suffit pas, les informations nécessaires sont rendues accessibles par d'autres moyens (par exemple sous la forme d'un résumé du document)⁸⁹.

- Aucune *forme* particulière n'est prescrite tant pour l'invitation à la détermination que pour le prononcé de celle-ci⁹⁰. Compte tenu du principe de célérité, des moyens de communication informels conviennent bien. Les communications orales sont également possibles; mais pour des raisons de preuve, il s'impose d'avoir au moins une confirmation écrite (pour l'invitation à formuler une détermination, assortie de la fixation d'un délai) ou un procès-verbal (pour la détermination).
- Au cours de la consultation, les tiers concernés ont la possibilité d'apporter leur *point de vue* à propos de la divulgation du document. Des tiers privés (mais pas d'organes publics) peuvent également s'opposer formellement à l'accès au moyen d'une «*opposition*» (art. 32 al. 2 LInf). S'ils font usage de cette faculté, ils sont habilités à demander une requête en médiation contre une détermination de l'organe public qui ne tient pas – ou partiellement seulement – compte de leurs intérêts (art. 33 al. 1 LInf). Si, en revanche, ils consentent à l'accès au document, ils approuvent par là même la divulgation publique de leurs données (art. 27 al. 1 let. b LInf)⁹¹. Ils perdent donc également leurs droits de participer à la suite de la procédure.

Si les tiers privés laissent expirer sans l'utiliser le délai (ou un délai supplémentaire) pour donner leur point de vue, ils perdent le droit de déposer une requête en médiation. Par contre, cela ne constitue pas une renonciation au droit de participer à une procédure de médiation ou d'être partie à une éventuelle procédure subséquente de décision et/ou voie de recours⁹².

A l'expiration du délai de consultation, l'organe public procède à une pesée des intérêts en se fondant sur les déterminations reçues et décide d'accorder ou non l'accès au document (cf. art. 10 al. 3 OAD). Il n'est alors pas lié par les déterminations des tiers concernés. Même l'opposition d'un particulier à la divulgation de ses données personnelles ne constitue pas un droit de veto⁹³.

28

⁸⁹ Cf. par analogie à la LTrans BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 11 N 9.

⁹⁰ Cf. par analogie à la LTrans BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 11 N 15 s.; FLÜCKIGER, SHK BGÖ, art. 11 N 18.

⁹¹ VOLLEY, RFJ/FZR 2009, N 109 (n. 349).

⁹² Du même avis (pour la procédure au plan fédéral) également BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 11 N 8; autre opinion FLÜCKIGER, SHK BGÖ, art. 11 N 20.

⁹³ VOLLEY, RFJ/FZR 2009, N 109.

cc) Réponse à la demande

- 29 A ce stade de la procédure, l'organe public n'a pas (encore) de pouvoir de décision. Le traitement de la demande s'achève à ce point soit par l'octroi de l'accès, soit par la notification d'une détermination.
- 30 Si l'organe public décide *d'accorder l'accès* au document, il faut opérer une distinction:
- Si l'accès peut être accordé sans restriction ni délai, c'est-à-dire dans le délai de traitement prescrit (art. 36 al. 1 let. a LInf, art. 13 OAD; à ce sujet N 20), la réponse à la demande d'accès *est faite de manière informelle*. L'octroi de l'accès ne requiert pas d'acte spécial; en particulier, aucune décision n'est rendue à cet égard⁹⁴. Les actes accomplis pour accorder l'accès (cf. art. 23 al. 1 LInf) sont des actes matériels.
 - Si toutefois un tiers a formé opposition, l'organe public doit différer l'accès et émettre une *détermination écrite* (art. 32 al. 3 LInf; cf. en particulier N 31). L'opposition du tiers diffère l'octroi jusqu'à ce que soit clarifiée la situation en droit⁹⁵. Cet effet suspensif ne peut être retiré même s'il existe un intérêt prépondérant à la consultation du document⁹⁶. Si l'accès est néanmoins accordé, le tiers qui a fait opposition peut procéder conformément aux art. 26 s. LPrD, éventuellement en combinaison avec une plainte adressée à l'autorité de surveillance.
- A réception de la détermination, le tiers a la faculté de déposer une requête en médiation auprès de la préposée dans un délai de 30 ou 5 jours (art. 14 al. 1 et al. 1^{bis} OAD; N 39). S'il laisse échoir ce délai, la détermination est présumée acceptée (art. 14 al. 1 OAD) et l'organe public peut accorder l'accès.
- 31 Si, après avoir procédé à la pesée des intérêts, l'organe public conclut que l'accès doit être refusé en tout ou en partie, il doit le communiquer sous forme de détermination écrite. Il lui faut également notifier une telle *détermination* s'il entend différer l'accès à une date ultérieure, après l'expiration du délai de traitement (cf. art. 32 al. 3 LInf). Il en va de même – comme il a déjà été mentionné (N 30) – si l'organe public prévoit d'accorder l'accès malgré l'opposition d'un tiers.
- La détermination est rendue dans un délai raisonnable, mais en tout état de cause, au plus tard 30 jours à compter du dépôt de la demande d'accès.

⁹⁴ Cf. par analogie à la LTrans BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 12 N 54; HÄNER, SHK BGÖ, art. 12 N 25; autre opinion MÜLLER, ZBl 2019, 306.

⁹⁵ Cf. par analogie à la LTrans HÄNER, Funktion, 64.

⁹⁶ Cf. par analogie à la LTrans BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 12 N 50; critique HÄNER, SHK BGÖ, art. 12 N 23.

cès. Si nécessaire, l'organe public peut prolonger ce délai conformément à l'art. 13 al. 2 let. a–b OAD. Le cas échéant, il doit en informer la personne qui a demandé l'accès (art. 13 al. 3 OAD). A mon avis, cette information doit contenir un exposé sommaire des motifs (de la prolongation du délai)⁹⁷.

- Le destinataire de la détermination est la personne qui a demandé l'accès si l'organe public a l'intention de différer, restreindre ou refuser l'accès au document officiel (art. 12 al. 1 let. a OAD). Si par contre l'organe public entend accorder l'accès malgré l'opposition d'un tiers privé, la détermination doit (également) être adressée à ce dernier (art. 12 al. 1 let. b OAD). Dans tous les cas, l'organe public a obligation de transmettre d'office sa détermination à l'organe spécialisé compétent (cf. art. 39 ss LInf) pour information (art. 38 al. 2 LInf).
- Pour la détermination, la loi prescrit (art. 32 al. 3 LInf) la forme écrite. On peut se demander si cette forme requiert impérativement la signature (manuscrite)⁹⁸, ce d'autant plus qu'il n'y a pas de points de repère faisant foi pour affirmer que la LInf entend se référer – pour la notion de forme écrite – au Code de procédure et de juridiction administrative (en particulier à l'art. 66 al. 1 let. e en corrélation avec l'art. 68 al. 1 CPJA); et même dans ce contexte, on ne peut pas encore déterminer clairement quelles conséquences entraîne une lacune à cet égard⁹⁹.
- La détermination doit contenir un exposé sommaire des motifs pour lesquels l'accès est différé, restreint ou refusé, respectivement pourquoi il est accordé malgré une opposition (cf. art. 12 al. 2 OAD). Les exigences relatives à l'étendue de la motivation sont certes réduites; mais un simple énoncé des dispositions légales prévoyant des exceptions ne devrait pas suffire; au contraire, la personne qui a demandé l'accès ou formulé l'opposition et – dans une éventuelle médiation – la préposée doivent être en mesure de comprendre les considérations de l'organe public, tout au moins dans les grandes lignes¹⁰⁰.

⁹⁷ Cf. par analogie à la LTrans HÄNER, SHK BGÖ, art. 12 N 18.

⁹⁸ Les travaux préparatoires de la LInf ne donnent aucune indication à ce sujet. Dans le cadre de la réglementation fédérale (art. 12 al. 4 LTrans), l'exigence d'une signature manuscrite est généralement supposée (cf. BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 12 N 56 avec d'autres références).

⁹⁹ Cf. par analogie pour la Confédération KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 627 avec d'autres références.

¹⁰⁰ Cf. par analogie pour la Confédération BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 12 N 60 avec des références aux recommandations du PFPD; HÄNER, SHK BGÖ, art. 12 N 27.

Si l'exposé des motifs fait défaut ou est lacunaire, il y a vice de procédure. L'auteur de la demande ainsi que les tiers qui ont fait opposition ont la possibilité d'obtenir un exposé des motifs (plus détaillé) dans le cadre d'une médiation qu'ils ont engagée par le biais d'une requête (N 36 ss).

En outre, la détermination doit mentionner la possibilité d'introduire une requête en médiation et les délais y afférents (art. 12 al. 2 OAD).

Si une telle mention fait défaut ou présente des lacunes, cela ne doit entraîner aucun préjudice pour la personne ayant demandé l'accès ou pour les recourants. Ce principe découle directement de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.) ou du principe de la confiance (art. 9 Cst.). En même temps, les «parties à la procédure» («Verfahrensbeteiligte») sont également tenues¹⁰¹ d'agir de bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.) et sont donc obligées de s'informer dans un délai utile ou de faire appel à l'autorité en charge de la médiation. A défaut d'agir, elles perdent leur droit de poursuivre la procédure en déposant une requête en médiation.

- La détermination n'est pas réputée décision au sens de l'art. 4 CPJA (art. 12 al. 2 OAD) et ne peut donc pas être (directement) contestée par voie de recours. Si pourtant un recours est formé, il n'est pas admissible d'entrer en matière sur celui-ci¹⁰². La personne qui a demandé l'accès ou le tiers qui a fait opposition peut toutefois déposer une requête en médiation et obtenir ainsi la poursuite de la procédure (N 36 ss)¹⁰³.

Puisque la détermination n'a pas le caractère d'une décision, elle n'a pas non plus effet de chose jugée. Elle n'est cependant pas sans effets juridiques: le dépôt d'une demande d'accès identique est en principe réputé de mauvaise foi en raison de la présomption instituée par l'art. 14 al. 1 OAD (cf. N 41)¹⁰⁴.

2. *Procédure de médiation*

a) Généralités

- 32 Si la personne qui a demandé l'accès ou les tiers qui se sont opposés à l'octroi envisagé de l'accès ne sont pas satisfaits de la détermination de l'organe

¹⁰¹ Cf. par analogie à la situation en droit en cas de décisions notifiées irrégulièrement, parmi d'autres: ATF 141 I 97 consid. 7.1; TF, arrêt 1C_15/2016 du 1^{er} septembre 2016 consid. 2.1.

¹⁰² Cf. VOLLERY, RFJ/FZR 2014, 344, avec l'indication que l'instance de recours pourrait éventuellement transmettre aussi à la préposée le recours en tant que requête en médiation. Dans ce sens également, TC FR, arrêt 601 2020 52 du 20 avril 2020 p. 3.

¹⁰³ Cf. Message LInf, 949.

¹⁰⁴ Cf. à propos des effets pour le tiers qui a formulé opposition, N 30 i.f.

public, ils peuvent poursuivre la procédure en adressant à la préposée une requête en médiation (N 36 ss). La médiation est partie intégrante impérative de la procédure d'accès. Elle est *obligatoire*¹⁰⁵ dans la mesure où l'organe public ne peut rendre une décision (sujette à recours) sur la demande d'accès qu'après avoir mené sans succès une procédure de médiation.

L'étape de la procédure de médiation ne peut être omise qu'exceptionnellement, notamment lorsque la demande d'accès concerne un document officiel dont la préposée a pouvoir de traiter en vertu de l'art. 37 al. 1 LInf en tant qu'auteur ou destinataire principal. Il est incontestable que la préposée, en qualité d'organe public, est soumise à la LInf. Comme au plan fédéral, il existe dans le canton de Fribourg une véritable lacune de la loi quant à la procédure à suivre dans une telle constellation. S'agissant de la Confédération, le Tribunal administratif fédéral a comblé la lacune et décidé que, compte tenu du but de la loi et des valeurs défendues par le législateur, il ne s'imposait pas de mener une médiation par une autorité supplétive et qu'il semblait donc justifié que le PFPD rende des décisions en de telles situations sans procéder par voie de médiation¹⁰⁶. Comme le législateur fribourgeois a délibérément basé ses règles de procédure d'accès sur le modèle de la LTrans et qu'il n'a pas réglementé non plus cette configuration, il semble justifié d'appliquer par analogie la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral au canton de Fribourg. Si la préposée est compétente pour traiter la demande d'accès, elle peut, en cas de litige (art. 32 al. 3 LInf), rendre immédiatement une décision sujette à recours sans devoir au préalable communiquer une détermination ni ouvrir une procédure de médiation. Mais bien évidemment, cela n'exclut pas qu'elle tente de parvenir à un accord entre la personne qui a demandé l'accès et les tiers éventuels.

Il convient de distinguer de ce contexte les cas où la préposée, en raison de circonstances rendant un accord nettement plus difficile, renonce à une consultation ou à une audience de médiation et procède directement à l'émission d'une recommandation. Une telle approche peut s'imposer le cas échéant dans des procédures de masse (N 47).

Le législateur était certes conscient que la procédure d'accès serait allongée par cette étape supplémentaire¹⁰⁷. Mais il était prêt – notamment sur la base des expériences glanées dans d'autres collectivités – à miser sur le fait que l'exigence de transparence trouvera une application plus rigoureuse. *Le but* de la procédure de médiation devait être qu'un organe neutre tente de régler les conflits entre autorités publiques et particuliers concernant l'accès aux documents officiels, conflits qui n'ont pas pu être réglés pendant la phase

33

¹⁰⁵ Message LInf, 949; VOLLERY, RFJ/FZR 2014, 343 s.; WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 12; TF, arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020 consid. 4.2.

¹⁰⁶ TAF, arrêt A-4781/2019 du 17 juin 2020 consid. 3.4–3.5; arrêt A-2564/2018 du 5 août 2020 consid. 2.4 (un recours contre cet arrêt a été rejeté par le Tribunal fédéral; TF, arrêt 1C_500/2020 du 11 mars 2021).

¹⁰⁷ Cf. Message LInf, 949.

suivant le dépôt de la demande, afin d'éviter ainsi une procédure de décision formelle et plus coûteuse, et de décharger les organes juridictionnels¹⁰⁸.

L'ouverture d'une procédure de médiation n'est pas exigée par le droit international public. Suivant sa conception, elle peut même entrer en conflit avec l'exigence d'un accès rapide (cf. N 2) et elle crée aussi, dans une certaine mesure, une zone de tension avec le principe de célérité prévu par la loi elle-même. Dans ce contexte, des délais de traitement fixes sont prescrits pour la procédure de médiation (art. 36 al. 1 let. a LInf, art. 14 al. 4 OAD; cf. N 45) et les parties sont tenues de coopérer dans la procédure (art. 14a OAD; cf. N 51 ss). Les expériences faites à ce jour montrent – à condition de la considérer dans sa globalité – que la procédure de médiation semble remplir son objectif¹⁰⁹.

- 34 Dans le cadre du but poursuivi par la loi pour la procédure de médiation, la tâche principale de la préposée, en tant qu'organe spécialisé indépendant, est de rechercher un accord entre la personne qui a demandé l'accès, l'organe public sollicité et d'éventuels tiers concernés¹¹⁰. La procédure de médiation n'est donc pas une procédure de recours dans laquelle la détermination de l'organe public est contrôlée quant à sa légalité et son adéquation.

Cependant, la médiation peut indirectement assumer une fonction de voie de recours au vu du traitement que réserve l'organe public à la demande. Ainsi, la préposée doit examiner dans le cadre de l'entrée en matière sur la requête en médiation si l'organe public traite correctement la demande d'accès selon la procédure de la LInf (N 22) et s'il a consulté le cas échéant des tiers concernés (N 27). Lorsque l'organe public refuse le traitement de la demande d'accès ou le diffère au-delà du délai imparti, l'auteur de la demande peut faire poursuivre la procédure par le biais d'une requête en médiation (N 20, 23). Enfin, la préposée examinera la détermination de l'organe public et les éventuels compléments apportés en cours de procédure de médiation, ce dans l'optique de formuler une recommandation (N 61).

- 35 La procédure de médiation représente un instrument spécial de règlement alternatif des litiges, dont la *nature juridique* apparaît hybride dans le détail¹¹¹: la LInf parle – par analogie à la LTrans de la Confédération – de «Schlichtung» (conciliation) dans le texte allemand et de «médiation» dans

¹⁰⁸ Cf. Message LInf, 949. Cf. par analogie pour la Confédération TAF, arrêt A-7369/2006 du 24 juillet 2007 consid. 4.3; STÖCKLI, ZSR 139 (2020) II, 221.

¹⁰⁹ Cf. à ce sujet N 77 ci-dessous et la contribution de NICOLAS SCHMITT dans ce volume.

¹¹⁰ WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 14; cf. également Message LInf, 936 («de concilier les points de vue en présence»).

¹¹¹ Cf. par analogie à la procédure selon la LTrans BOILLAT/WERLY, Transparence passive, 214; CHATTON, Jusletter 3 avril 2017, N 50 ss; GUY-ECABERT, SHK BGÖ, art. 14 N 10 s.

la version française¹¹². Au plan institutionnel, la procédure se rapproche d'une *procédure d'ombudsman*¹¹³, puisque la préposée – à l'instar des services de l'ombudsman – agit en tant qu'organe permanent et doit donc remplir, hormis la médiation, d'autres tâches prévues par la loi (cf. art. 41 al. 2 LInf)¹¹⁴. En ce qui concerne le mode de procéder et la technique, la procédure se rapproche d'une véritable *médiation*¹¹⁵, dans laquelle un tiers neutre sans pouvoir de décision sert de médiateur entre les parties et les soutient dans la quête d'une solution amiable et conforme à la loi. De plus, la procédure présente des rapports avec la «*conciliation*»¹¹⁶, puisque la préposée est habilitée à faire des propositions de règlement amiable aux parties. En résumé, il s'agit donc d'une procédure de droit spécial pour la résolution alternative de conflits, qui précède une procédure formelle de décision et combine des éléments d'une procédure d'ombudsman, de médiation et de conciliation¹¹⁷.

b) Introduction

La médiation est initiée par une *requête* (art. 33 al. 1 LInf: «requête en médiation»). Des exigences excessives ne sauraient être posées pour cette requête. Au demeurant, l'art. 14 al. 1 OAD prescrit la *forme écrite*. Vu que l'auteur de la demande n'est pas non plus tenu de décliner son identité dans

36

¹¹² Par conséquent, la procédure est souvent dénommée «Schlichtungsverfahren» (procédure de conciliation) (p. ex. GUTH, 166 s.) ou «Mediationsverfahren» (procédure de médiation) (cf. p. ex. BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 13 N 9; SAYGEH, 63).

¹¹³ Sur la nature de la procédure d'ombudsman, parmi d'autres CHATTON, Jusletter 3 avril 2017, N 18 ss; GUY-ECABERT, Procédure, 88 ss; STÖCKLI, ZSR 139 (2020) II, 219 s.

¹¹⁴ Dans le canton de Fribourg, il existe effectivement un organe de médiation administrative indépendant qui, par l'action d'un médiateur cantonal ou d'une médatrice cantonale, a pour but de régler à l'amiable les conflits entre les citoyens et les autorités administratives (cf. art. 119 Cst., art. 1 ss LMéd). Dans le domaine de l'accès aux documents officiels toutefois, le législateur a créé un organe spécial et l'a doté de compétences en matière de conciliation (cf. Message LInf, 937).

¹¹⁵ Sur la nature de la médiation (en matière administrative), parmi d'autres CHATTON, Jusletter 3 avril 2017, N 5 ss; GUY-ECABERT, Procédure, 17 ss; GUTH, 6; OVERNEY, 194 ss.

¹¹⁶ Sur la nature de la «conciliation», parmi d'autres CHATTON, Jusletter 3 avril 2017, N 16 s.; GUY-ECABERT, Procédure, 29, 31.

¹¹⁷ Du même avis aussi pour la procédure de conciliation devant le PFPDT CHATTON, Jusletter 3 avril 2017, N 60. Cf. sur le tout la contribution d'ANDRÉ WINKLER dans ce volume.

la procédure de médiation (cf. déjà N 14), un simple écrit – sans signature, mais avec indication d'une adresse de notification – devrait suffire¹¹⁸. En général, la notion de la forme écrite est à interpréter selon l'esprit et le but de la loi, de sorte que même un simple courriel devrait remplir les conditions requises¹¹⁹; les demandes orales (p. ex. par téléphone) sont en revanche irrecevables. En tout état de cause, la préposée accepte en pratique les demandes soumises par courriel¹²⁰.

³⁷ *Est habilitée à formuler une requête* d'une part la personne qui a demandé l'accès, pour autant que l'organe public ait refusé, restreint ou différé l'accès dans sa détermination ou n'ait pas pris position dans le délai imparti. D'autre part, les tiers (touchés dans leurs intérêts privés) dont l'opposition a été écartée par l'organe public dans sa détermination sont légitimés à requérir la médiation¹²¹. Dans les deux cas, la représentation est possible¹²². L'organe public auquel la demande a été adressée est – cela dit au sens usuel – impliqué en tant que «partie»¹²³ dans la procédure de médiation, mais n'a pas le droit de déposer une requête. Par ailleurs, ne bénéficient pas non plus de ce droit d'autres organes publics touchés dans leurs intérêts, ni les tiers privés qui ne se sont pas opposés à l'octroi de l'accès lors de la consultation (N 27) ou qui ne se sont pas exprimés bien qu'ils y aient été invités.

Si plusieurs personnes ont introduit une demande d'accès au même document, elles ne sont pas tenues de déposer une requête en médiation commune (cf. N 47).

³⁸ *Le destinataire* de la requête est, pour la procédure de médiation, la préposée à la transparence (art. 33 al. 1 LInf). Demeurent réservés des organes spécialisés institués par les communes elles-mêmes: ceux-ci assument l'exécution de la procédure de médiation (art. 39 al. 4 LInf).

³⁹ Le *délai* pour le dépôt de la requête est de 30 jours (art. 33 al. 1 LInf); si la demande d'accès concerne des informations sur l'environnement et si la personne qui a demandé l'accès a exigé l'application de délais raccourcis (N 17), le délai pour requérir une médiation est de 5 jours (art. 36 al. 1^{bis}

¹¹⁸ Cf. (par analogie) pour la LTrans également GUY-ECABERT, SHK BGÖ, art. 13 N 31.

¹¹⁹ Cf. (par analogie) pour la LTrans IDEM, SHK BGÖ, art. 13 N 31; autre opinion BHEND/SCHNEIDER BSK BGÖ, art. 13 N 12.

¹²⁰ Information de la préposée du 20 avril 2021.

¹²¹ Cf. art. 33 al. 1 LInf; Message LInf, 936. Cf. par analogie à la LTrans Message LTrans, FF 2003 1864; BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 13 N 5; GUY-ECABERT, SHK BGÖ, art. 13 N 24.

¹²² Cf. par analogie à la LTrans, parmi d'autres Message LTrans, FF 2003 1864.

¹²³ Message LInf, 950.

L'Inf en corrélation avec l'art. 14 al. 1^{bis} OAD). Le délai commence à courir à réception de la détermination¹²⁴.

Dans la pratique, il arrive que la personne qui a demandé l'accès communique d'abord avec l'organe public lui-même après avoir reçu une détermination (négative)¹²⁵. Si ce dernier émet à nouveau une détermination identique ou modifiée (négative), le délai d'introduction d'une requête en médiation recommence à courir.

Si l'organe public refuse ou diffère une détermination sur demande d'accès, 40 le délai de requête en médiation commence à courir à l'expiration du délai dont dispose l'organe public pour remettre sa détermination (N 31). Si une détermination (tardive) est reçue après expiration du délai de traitement, le délai commence à courir dès réception de cette détermination¹²⁶.

Bien que le CPJA ne s'applique pas à la procédure de médiation, il est justifié de se référer par analogie aux dispositions des art. 27 ss CPJA concernant le calcul, le respect, la prolongation, la suspension et le rétablissement des délais¹²⁷, ce en tout cas dans la mesure où ces dispositions ne contiennent que des principes généraux du droit. C'est le cas en ce qui concerne l'art. 27 (calcul), l'art. 28 (respect du délai) et l'art. 31 (rétablissement).

Le délai pour présenter la requête ne peut être prolongé. Si aucune requête 41 en médiation n'est déposée dans le délai imparti, la détermination est réputée acceptée conformément à l'art. 14 al. 1 OAD. Cela exclut non seulement l'ouverture ultérieure d'une procédure de médiation, mais aussi en principe – et contrairement à ce qui est prévu au niveau fédéral¹²⁸ – le dépôt d'une nouvelle demande d'accès identique auprès de l'organe public¹²⁹. L'exclusion de la présentation d'une nouvelle demande ne résulte cependant pas de la détermination car, n'ayant pas le caractère d'une décision, celle-ci est dépourvue de l'effet de chose jugée (N 31). Par contre, le dépôt d'une demande d'accès au même document officiel contrevient au principe de la bonne foi en raison de l'acceptation présumée à l'art. 14 al. 1 OAD.

Cependant, cette présomption n'est plus justifiée au regard du principe de la bonne foi si la personne habilitée à introduire la demande ne connaît pas ou ne pouvait pas connaître toutes les circonstances à réception de la détermination. L'introduction d'une nouvelle procédure doit donc être admise si, après expiration du délai, de nouveaux faits

¹²⁴ Le texte allemand de l'article 14 al. 1 OAD parle de «Eingang» de la détermination.

¹²⁵ Information de la préposée du 20 avril 2021.

¹²⁶ Cf. par analogie à la LTrans BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 13 N 10 avec d'autres références.

¹²⁷ Cf. sur l'application par analogie des dispositions de la PA à la requête en médiation selon LTrans BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 13 N 11.

¹²⁸ Cf. Message LTrans, FF 2003 1863; BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 13 N 11.

¹²⁹ Cf. CHA/DIAF, Rapport explicatif réglementation d'exécution LInf, 6, selon lequel la détermination «clôt l'affaire».

importants apparaissent qui n'étaient pas ou ne devaient pas être connus de l'auteur de la demande et qu'il n'y avait aucune raison de requérir une médiation.

c) Procédure

aa) aa) Généralités

- 42 La procédure de médiation est une procédure régie par une loi spéciale, qui doit précéder la procédure de décision que l'organe public ouvre pour la demande d'accès, et qui a pour but de parvenir à un accord (N 56 ss); elle s'achève soit par une recommandation (N 61 ss), soit par une décision mettant fin à la procédure (N 65), mais jamais par une décision selon art. 4 CPJA¹³⁰. La préposée n'est pas dotée d'un pouvoir de décision dans l'affaire¹³¹. La procédure de médiation n'est donc *pas une procédure administrative*, de sorte que ni les dispositions du CPJA¹³² ni les garanties (générales) d'ordre procédural du droit constitutionnel et du droit international public¹³³ ne lui sont applicables.
- 43 Le cadre légal de la procédure de médiation est déterminé par la législation spéciale (LInf, OAD). Y sont réglés pour l'essentiel la forme et le délai de la requête en médiation (art. 33 al. 1 LInf et art. 14 al. 1–2 OAD; cf. N 36 ss), la collaboration des parties (art. 14a OAD; cf. N 51 ss), le délai de traitement (art. 36 al. 1 let. a LInf et art. 14 al. 4 OAD; cf. N 45) et la clôture de la procédure par un accord (art. 14 al. 3 OAD; N 56 ss) ou par le prononcé d'une recommandation (art. 33 al. 2 LInf et art. 14 al. 4 OAD; cf. N 61 ss).
- 44 Dans ce cadre donné, la loi confie à la préposée la tâche de conduire la procédure de manière indépendante et adaptée à la situation, dans l'effort de parvenir à un accord entre les parties¹³⁴. La préposée dispose d'une li-

¹³⁰ WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 13.

¹³¹ TC FR, arrêt 601 2019 19 du 21 mai 2019; WALDMANN RFJ/FZR 2020, 15; cf. par analogie à la LTrans GUY-ECABERT, SHK BGÖ, art. 13 N 12; GUTH, 166.

¹³² Cf. art. 1 al. 1 CPJA («Le présent code fixe la procédure applicable aux décisions à prendre par»); WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 13; cf. par analogie à l'inapplicabilité de la PA dans la procédure de médiation du PFPDT BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 13 N 9; STÖCKLI, ZSR 139 (2020) II, 221.

¹³³ Cf. par analogie pour la procédure devant le PFPDT TAF, arrêt A-6755/2016 du 23 octobre 2017 consid. 4.1.3. Sur le tout, déjà ci-dessus N 9.

¹³⁴ Cf. Message LInf, 949 ainsi que l'art. 14 al. 2 OAD.

berté d’appréciation relativement large pour fixer la manière d’agir et organiser la procédure¹³⁵. Elle peut rendre la procédure *amplement informelle*¹³⁶, mais elle a également le loisir de se laisser guider pour la *conduite de la procédure* par les prescriptions déterminantes du CPJA¹³⁷. En tout état de cause, une conduite adéquate de la procédure nécessite l’ordonnance de mesures de procédure telles que la demande adressée à l’organe public pour qu’il remette les documents nécessaires et complète éventuellement sa détermination (art. 14a al. 1 let. a–b OAD) ou l’invitation à prendre part à des négociations. Il s’agit également de mesures mettant fin à la procédure, par exemple en cas de non-entrée en matière sur une requête en médiation ou de clôture de la procédure à la suite d’un accord intervenu entre les parties.

Selon un arrêt récent du Tribunal fédéral, de telles mesures ordonnées par des instances conduisant et clôturant une procédure revêtent le caractère de décision¹³⁸. Le Tribunal cantonal s’est depuis rangé à cette opinion¹³⁹, après avoir précédemment qualifié ces mesures d’actes matériels¹⁴⁰. Reste à voir si et dans quelle mesure les dispositions du CPJA relatives au prononcé et à la contestation de décisions doivent être appliquées et dans quelle mesure une décision mettant fin à la procédure est dotée de l’effet de chose jugée en ce qui concerne l’ouverture d’une nouvelle procédure de demande d’accès identique. A mon sens, la nouvelle jurisprudence ne tient pas compte de l’accessoriété des décisions incidentes et définitives. Selon ce principe, les décisions incidentes ne peuvent faire l’objet d’un recours que si la décision définitive est également susceptible de recours. Par conséquent, dans une procédure (régie par une loi spéciale) qui ne vise pas à rendre une décision et qui n’est donc pas soumise au CPJA, il ne peut y avoir de mesures ordonnées avec caractère de décision et conduisant ou mettant fin à la procédure. Il s’agit au contraire d’ordonnances sans caractère de décision qui, bien que liant les parties, ne sont (en principe) pas directement sujettes à recours¹⁴¹.

Dans le choix du mode de procéder, la préposée doit garder à l’esprit non seulement la conclusion d’un accord, mais aussi le *délai de traitement* prescrit. En règle générale, la procédure de médiation doit être achevée au plus tard dans les 30 jours (art. 36 al. 1 let. a LInf). Si une médiation n’a pas

45

¹³⁵ TC FR, arrêt 601 2018 27 du 24 mai 2018 consid. 2.3, in: RFJ/FZR 2019, 173 ss.

¹³⁶ Cf. Message LInf, 950 («pas formalisée»); TC FR, arrêt 601 2019 19 du 21 mai 2019.

¹³⁷ WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 16. Cf. par analogie pour la procédure devant le PFPDT GUY-ECABERT, SHK BGÖ, art. 13 N 12.

¹³⁸ TF, arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020 consid. 2.2, résumé in: RFJ/FZR 2020, 1 ss. S’y référant également BOILLAT/WERLY, Annuaire ASDPO 2019/2020, 31.

¹³⁹ TC FR, arrêt 601 2019 207/601 2019 219 du 14 mai 2020 p. 4.

¹⁴⁰ TC FR, arrêt 601 2019 19 du 21 mai 2019.

¹⁴¹ Sur le tout WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 15 s. Cf. par analogie pour la procédure devant le PFPDT GUY-ECABERT, SHK BGÖ, art. 13 N 12, selon qui les décisions du PFPDT portant sur l’exécution de la procédure de médiation ne sont pas des décisions incidentes.

abouti dans les 20 jours suivant le dépôt de la requête, la préposée doit clore la procédure dans les 10 jours, par une recommandation (cf. art. 14 al. 4 OAD). Une prolongation du délai de 30 jours n'est admissible qu'avec le consentement de la personne qui demande l'accès (art. 14 al. 4 i.f. OAD). A défaut d'un tel consentement et en l'absence d'une médiation intervenant dans les délais, la préposée doit émettre une recommandation et classer la procédure¹⁴².

bb) bb) Déroulement de la procédure

- 46 A réception de la requête en médiation, la préposée doit d'abord examiner si elle *peut être entrer en matière*. D'une part, cela suppose que dite requête a été présentée en temps, en bonne et due forme et que son auteur soit habilité le faire. Par ailleurs, il faut que la demande d'accès relève du champ d'application de la LInf. Si l'organe public a traité à tort une demande d'accès conformément aux prescriptions de l'art. 31 LInf et a rendu une détermination, la préposée ne peut pas entrer en matière sur une requête en médiation.

Conformément à la conception de la loi, la préposée est libre de décider si elle informe par simple lettre (ou même par courriel) l'auteur de la requête en médiation que celle-ci ne sera pas acceptée ou si elle décrète formellement la non-entrée en matière dans une «décision»¹⁴³. A mon avis, le premier cas est un acte matériel et le second un acte juridique sans caractère de décision, mais en aucun cas une décision selon CPJA¹⁴⁴. Toutefois, dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a admis que la préposée devait établir l'absence des conditions d'admissibilité dans une décision mettant fin à la procédure¹⁴⁵. Ce faisant, le Tribunal fédéral a non seulement fait fi de sa cognition qui, dans l'application et l'interprétation du droit cantonal ordinaire, se limite en principe à un examen de l'arbitraire, mais il a pratiquement remplacé par sa propre interprétation la conception du législateur ainsi que la pratique en matière d'application du droit et la jurisprudence cantonale existant jusqu'alors¹⁴⁶. En définitive, il résulte de cette jurisprudence qu'à l'avenir, de telles décisions de non-entrée en matière doivent être notifiées conformément aux dispositions du CPJA et peuvent faire l'objet de recours directement auprès du Tribunal cantonal. Selon la pratique en vigueur jusqu'ici, la non-entrée en matière sur

¹⁴² Cf. CHA/DIAF, Rapport explicatif réglementation d'exécution LInf, 7.

¹⁴³ Dans la pratique de la préposée à ce jour, la notification de non-entrée en matière sur une requête en médiation a lieu le plus souvent par courriel ou par simple lettre (cf. p. ex. Procédure no 2020-Trans-94; 2019-Trans-12). Une décision isolée de non-entrée en matière a également été rendue (décision no 2018-Trans-88 du 23 janvier 2019).

¹⁴⁴ En particulier WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 15 s.

¹⁴⁵ TF, arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020 consid. 2.2.

¹⁴⁶ Cf. sur la critique en détail WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 15 s.

une requête en médiation ne pouvait pas être contestée, en raison de l'absence d'une décision en tant que telle; la personne demandant l'accès était renvoyée à la possibilité de déposer une nouvelle demande d'accès¹⁴⁷.

Si la préposée entre en matière sur la requête en médiation, elle doit prendre ⁴⁷ les mesures et dispositions nécessaires *à la conduite de la procédure*:

- La préposée est tenue d'informer l'organe public de la requête en médiation et de lui fixer un délai raisonnable pour compléter éventuellement sa détermination et transmettre les documents¹⁴⁸ nécessaires (art. 14a al. 1 let. a–b OAD). En outre, il peut y avoir d'autres dispositions et décisions nécessaires au déroulement de la procédure, comme une invitation à une audience de médiation ou à une consultation (séparée). Si le document officiel contient des données personnelles de tiers dont l'organe public a renoncé à la consultation (art. 11 OAD), ceux-ci doivent être inclus le cas échéant dans la procédure et consultés¹⁴⁹.

Compte tenu du caractère informel de la procédure de médiation prévue par le législateur, ces dispositions peuvent aussi être notifiées par courriel ou même par téléphone¹⁵⁰. Les parties sont tenues de se conformer aux dispositions prises par la préposée, notamment à la demande de remise de documents (art. 14a al. 2 let. b OAD) ou de participation à une audience de médiation (art. 14a al. 2 let. c OAD)¹⁵¹. Il s'agit là de dispositions (dotées d'effet obligatoire) sans le caractère de décision formelle¹⁵².

- Lorsque plusieurs requêtes en médiation ont été déposées en réponse à une détermination de l'organe public, la préposée peut inviter les parties à désigner un représentant commun. Toutefois, en l'absence de base légale (l'art. 13 al. 4 CPJA ne s'applique pas à la procédure de médiation), les parties ne peuvent pas y être contraintes. Si l'on ne parvient pas à désigner un représentant commun, la préposée peut tenter de trouver un accord par écrit¹⁵³ ou, sans consultation ni procédure de

¹⁴⁷ Cf. pour la Confédération GUY-ECABERT, SHK BGÖ, art. 13 N 35 et 36 i.f.

¹⁴⁸ La préposée a – indépendamment de tout secret de fonction – un accès illimité aux documents officiels (art. 41 al. 3 phrase 2 LInf).

¹⁴⁹ Cf. sur la consultation subséquente de tiers dans la procédure de médiation du PFPDT, Message LTrans, FF 2003 1863; BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 13 N 16; BRUNNER/FLÜCKIGER, Jusletter 4 octobre 2010, N 19.

¹⁵⁰ Cf. par analogie pour la conduite de la procédure du PFPDT CHATTON, Jusletter 3 avril 2017, N 28.

¹⁵¹ TC FR, arrêt 601 2019 19 du 21 mai 2019 p. 8.

¹⁵² Cf. par analogie pour la conduite de la procédure du PFPDT GUY-ECABERT, SHK BGÖ, art. 13 N 12.

¹⁵³ Cf. Recommandation de la préposée du 1^{er} octobre 2019, 2019-Trans-84-85-86-87-88-90-91-94-96-97-98-103, ch. I.-4.

- médiation, émettre directement une recommandation et clore la procédure¹⁵⁴.
- Si plusieurs déterminations simultanées de l'organe public concernent des demandes d'accès de différents demandeurs à un même document officiel, la préposée peut réunir les procédures et proposer la désignation d'un représentant commun. Si cette démarche n'aboutit pas et que la mise en œuvre d'une médiation semble disproportionnée, elle peut également émettre directement une recommandation¹⁵⁵.
- 48 A défaut de compétence décisionnelle sur l'affaire, il est interdit à la préposée de prendre des *mesures provisionnelles* de droit matériel et donc, par exemple, d'ordonner à l'avance l'accès à une partie du document officiel. Cela s'applique même s'il existe des intérêts publics urgents et prépondérants à accorder l'accès à l'avance¹⁵⁶.
- 49 La préposée bénéficie d'une large autonomie dans la façon d'organiser la *procédure de médiation au sens étroit du terme* et concernant la méthode à utiliser pour parvenir à un accord¹⁵⁷. Bien qu'une audience de médiation ne soit pas obligatoire, elle est probablement l'instrument le plus efficace pour parvenir à un accord, car une audience commune permet à la préposée d'apporter de propres considérations (d'ordre juridique) dans la discussion, de faire ses propres propositions et de renforcer la confiance des parties en son impartialité. Une consultation séparée est par contre indiquée si la personne qui fait la demande ne souhaite pas divulguer son identité¹⁵⁸; de même, un entretien séparé avec l'organe public ou un tiers privé permet de discuter d'éventuels intérêts à préserver la confidentialité¹⁵⁹. En plus des négociations (conjointes ou séparées), un échange d'écritures peut également être envisagé.

¹⁵⁴ Cf. par analogie pour la procédure devant le PFPDT BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 13 N 18; TAF, arrêt A-6755/2016 du 23 octobre 2017 consid. 4.1.3-4.1.4 (procédure concernant un total de 16 requêtes en médiation).

¹⁵⁵ Cf. par analogie pour la procédure devant le PFPDT Message LTrans, FF 2003 1864.

¹⁵⁶ Cf. également HÄNER, SHK BGÖ, art. 12 N 24, mais avec la possibilité d'émettre des recommandations à titre provisionnel.

¹⁵⁷ Cf. par analogie à la procédure de médiation devant le PFPDT, parmi d'autres CHATTON, Jusletter 3 avril 2017, N 32; GUY-ECABERT, SHK BGÖ, art. 13 N 42 s.

¹⁵⁸ Cf. à ce sujet aussi BOILLAT/WERLY, Transparence passive, 224 s.

¹⁵⁹ Cf. par analogie à la procédure de médiation devant le PFPDT BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 13 N 17.

S’agissant de son objet, la procédure de médiation porte sur les documents officiels dont l’accès a été demandé à l’organe public¹⁶⁰. Mais à mon sens, cela n’empêche pas les parties d’inclure la divulgation d’autres documents dans leur accord¹⁶¹. 50

La loi ne prévoit pas de procédure de médiation pour régler des différends relatifs aux frais d'accès. Toutefois, les redevances¹⁶² perçues ou envisagées par l'organe public peuvent également avoir un effet restrictif sur le droit d'accès, raison pour laquelle il est justifié d'intégrer dans la procédure de médiation les litiges portant sur les coûts liés à l'accès¹⁶³. La procédure de médiation elle-même est toujours gratuite (art. 4 al. 3 OAD).

cc) cc) Coopération des participants à la procédure

Dans la loi¹⁶⁴ comme dans l’ordonnance¹⁶⁵, les personnes participant à la procédure de médiation sont dénommées «*parties*». Cette désignation est inexacte dans la mesure où il ne s’agit pas de parties d’une procédure formelle pouvant les atteindre par une décision (cf. 11 CPJA), qui bénéficient de droits de procédure conférés par la loi et la Constitution (art. 29 Cst.). D’autre part, l’organe public qui statue sur la demande d'accès (en première instance) n'est pas réputé partie au sens strict du terme. Il s'agit donc d'un «statut de partie» particulier régi par une loi spéciale, qui (au moment de la procédure de médiation) n'a aucun rapport avec l'art. 11 CPJA. Dans ce contexte, il serait plus approprié de parler de «*participants à la procédure*». En font partie la personne qui a demandé l'accès, des tiers concernés (qui ont déposé une requête en médiation ou qui ne sont impliqués qu’au cours de la procédure de médiation) ainsi que l’organe public. 51

Par analogie à l’obligation des parties de coopérer dans une procédure administrative (art. 47 ss CPJA), le Conseil d’Etat a créé dans l’ordonnance d’exécution de la LInf une disposition sur la coopération des parties dans la 52

¹⁶⁰ Cf. par analogie à la procédure de médiation devant le PFPDT CHATTON, Jusletter 3 avril 2017, N 32.

¹⁶¹ WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 22.

¹⁶² Cf. art. 24 al. 2 LInf en corrélation avec les art. 4 ss OAD.

¹⁶³ Cf. par analogie pour la procédure devant le PFPDT GUY-ECABERT, SHK BGÖ, art. 17 N 39; CHATTON, Jusletter 3 avril 2017, N 32; TAF, arrêt A-2589/2015 du 4 novembre 2015 consid. 1.2; assurément plus restrictif BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 13 N 20 s.

¹⁶⁴ Cf. art. 33 al. 2 LInf et Message LInf, 946, 949.

¹⁶⁵ Art. 14a OAD.

¹⁶⁶ Cf. pour la médiation devant le PFPDT art. 14 LTrans («à l’attention des participants à la procédure»); toutefois, l'art. 12b OTrans parle également de «*parties*». Cf. GUY-ECABERT, SHK BGÖ, art. 13 N 36.

procédure de médiation (art. 14a OAD). Ainsi, les parties sont tenues de contribuer au respect du délai dans lequel doit se dérouler la procédure de médiation (al. 2 let. a), de transmettre les documents demandés par la préposée et de collaborer à la recherche d'un accord (al. 2 let. b) ainsi que de prendre part à l'audience de médiation (al. 2 let. c). Cette disposition a été inscrite dans l'OAD dans le cadre de l'adaptation du droit fribourgeois à la Convention d'Aarhus et est en vigueur depuis le 1er janvier 2018. Selon le vœu formel du Conseil d'Etat, elle se fonde sur la réglementation fédérale (art. 12b OTrans)¹⁶⁷ et vise à renforcer les efforts entrepris pour obtenir une célérité de la procédure¹⁶⁸. En outre, l'obligation faite à tous les participants de coopérer, y compris l'organe public en particulier, favorise la réalisation d'un accord¹⁶⁹. Toutefois, la question se pose de savoir si cette obligation dispose d'une base légale suffisante. Il est vrai que le Conseil d'Etat est constitutionnellement habilité à édicter des dispositions d'exécution de la LInf (art. 111 al. 2 Cst.). Mais ces dispositions ne peuvent qu'exécuter et poursuivre la réglementation déjà prévue par la loi; elles ne sauraient ni l'abroger ni la compléter¹⁷⁰. Les dispositions d'une ordonnance, qui complètent le cadre légal, nécessitent une norme de délégation suffisante dans la loi. Sur cette toile de fond, il convient d'examiner si l'obligation de coopérer des participants à la procédure est ancrée de manière suffisante dans une loi au sens formel du terme¹⁷¹.

- Il faut d'abord relever que l'art. 14a OAD ne constitue pas une disposition d'exécution de l'art. 47 ss CPJA, puisque le CPJA ne s'applique pas à la procédure de médiation.
- L'obligation de transmettre les documents demandés par la préposée (art. 14a al. 2 let. b OAD) est prévue à l'art. 41 al. 3 LInf, selon lequel la préposée doit obtenir les informations nécessaires à l'accomplissement de ses tâches. Le corrélat de cette obligation est le devoir des participants à la procédure (en particulier l'organe public) de se conformer aux dispositions en question et de fournir les documents et informations demandés.
- L'obligation de collaborer à la recherche d'un accord (art. 14a al. 2 let. b OAD) et de prendre part à la médiation (art. 14a al. 2 let. c OAD) découle du principe de la bonne foi pour les personnes qui ont présenté

¹⁶⁷ CHANCELLERIE D'ETAT, Rapport explicatif modification OAD, ch. 3.4.3.

¹⁶⁸ Cf. CHANCELLERIE D'ETAT, Rapport explicatif modification OAD, ch. 2 et ch. 3.4.3; cf. (par analogie) pour l'art. 12b OTrans OFJ, Modification OTrans, 2 s.

¹⁶⁹ Cf. par analogie à la procédure de médiation devant le PFPDT CHATTON, Jusletter 3 avril 2017, N 31; GUY-ECABERT, SHK BGÖ, art. 13 N 39.

¹⁷⁰ Parmi d'autres ATF 136 I 29 consid. 3.3; 130 I 140 consid. 5.1.

¹⁷¹ Cf. par analogie pour la légalité de l'art. 12b OTrans OFJ, Modification OTrans, 2 s.

une requête en médiation (il peut s'agir de la personne qui a demandé l'accès ou d'un tiers concerné). Cette dernière obligation s'applique en tant que principe constitutionnel (art. 5 al. 3 Cst.) et à titre de principe général du droit, même hors d'une procédure administrative formelle. La participation à la médiation est aussi bien dans l'intérêt du requérant qui a présenté une demande d'accès et, le cas échéant, une requête en médiation, que du tiers concerné, qui a fait «opposition» dans la procédure d'accès (art. 32 al. 3 LInf) ou requis une médiation. Dans cette mesure, l'art. 14a OAD peut être considéré comme une disposition d'exécution concrète de l'obligation d'agir de bonne foi¹⁷². Pour l'organe public, l'art. 14a al. 2 OAD concrétise l'interdiction de comportement arbitraire (art. 9 Cst.) en ce qui concerne la collaboration à la recherche d'un accord et la participation à la médiation; ce comportement diffère indirectement la décision relative à l'accès au document officiel et, par conséquent, contrevient à l'interdiction de retard dans le traitement de la cause (art. 29 al. 1 Cst.).

- Enfin, l'art. 14a Abs. 2 let. a OAD ne crée pas une nouvelle obligation pour les parties. Le devoir de contribuer au respect du délai fixé pour la procédure de médiation découle également, pour l'auteur de la demande et les tiers concernés, de l'obligation d'agir de bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.) et de l'interdiction de comportement dilatoire qui en résulte. Pour l'organe public, l'art. 14a al. 2 let. a OAD concrétise l'obligation de célérité prévue par la loi (art. 36 LInf). Indirectement, il s'agit également d'une concrétisation de l'interdiction de retard non justifié (art. 29 al. 1 Cst.), car la décision sur l'accès au document officiel (art. 33 al. 3 LInf) est finalement retardée pour la personne qui en a fait la demande, ce en raison de la lenteur de l'organe public.

Dans l'ensemble, l'art. 14a OAD dispose d'une base légale formelle suffisante. Il serait cependant souhaitable d'ancrer plus clairement les principes de base de la collaboration dans la loi, en tenant compte des rôles respectifs des participants concernés. 53

Des moyens de coercition réels (exécutoires ou répressifs) pour *l'exécution* des obligations de collaborer ne sont pas prévus à l'art. 14a OAD et nécessiteraient une base légale formelle. En particulier, la préposée n'est pas autorisée à prononcer des décisions assorties de menace de peine (art. 292

54

¹⁷² S'applique aussi par analogie l'obligation pour les parties de coopérer dans les procédures administratives (art. 47 ss CPJA) en tant qu'effet du principe de la bonne foi. De ce principe – au-delà des prescriptions légales – peuvent naître des obligations de collaboration; cf. parmi d'autres KIENER/RÜTSCHE/KUHN, N 705; KÜNG, N 268 ss, 367.

CP). Les *conséquences de la violation* du devoir de coopération sont réglementées de manière plus ou moins explicite:

- D'abord, l'art. 14a al. 4 OAD stipule de manière générale que la préposée peut constater l'échec de la médiation et donc mettre fin à la procédure par une recommandation si les «parties» refusent de collaborer à la recherche d'une solution ou si elles retardent abusivement la procédure. Cette disposition est une conséquence de la conduite – en principe libre – de la procédure (N 44); la préposée dispose d'un certain pouvoir d'appréciation quant à la manière d'inciter les parties à prendre part à la médiation et au moment de considérer l'accord comme ayant échoué. En d'autres termes, il appartient exclusivement à la préposée de constater que la médiation a échoué¹⁷³. Mais son pouvoir d'appréciation est limité par son devoir de mener la procédure de manière appropriée, en fonction de la situation et de rechercher un accord entre les participants à la procédure (art. 14 al. 2 OAD). La conduite appropriée de la procédure comprend également sa clôture si la médiation semble impossible dans le délai imparti.

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 14a al. 4 OAD doit être interprété de manière restrictive et n'est applicable que si toutes les «parties» (et non seulement l'une d'entre elles) ont refusé de prêter leur concours à la médiation. Ce n'est qu'en pareil cas qu'il sera d'emblée évident qu'un accord ne sera pas conclu¹⁷⁴. Ni les travaux préparatoires, ni la pratique connue jusqu'ici en matière d'application (l'arrêt de l'instance inférieure n'avait pas du tout mentionné la disposition de l'art. 14a al. 4 OAD¹⁷⁵) ne donnent des indications pour une interprétation aussi restrictive. Un accord peut également sembler vain si, par exemple, seul l'organe public refuse de collaborer¹⁷⁶.

- Au niveau fédéral, il existe une autre disposition concernant les conséquences de la violation de l'obligation de collaborer: ainsi, la requête en médiation est considérée comme retirée si le demandeur ne prend pas part à la médiation (art. 12b al. 3 OTrans). Une réglementation éponyme ne se trouve pas en droit fribourgeois, même si le Conseil d'Etat s'était fondé sur le droit fédéral lors de la création de l'art. 14a OAD (N 52). Une telle *présomption de retrait* résulte déjà de l'exigence d'une action conforme au principe de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.). Il n'y a aucune raison de supposer que le Conseil d'Etat avait l'intention d'adopter une autre réglementation par un silence qualifié¹⁷⁷. La préposée dispose cependant d'un certain pouvoir discrétionnaire, même en

¹⁷³ TF, arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020 consid. 4.2.

¹⁷⁴ TF, arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020 consid. 4.2.

¹⁷⁵ TC FR, arrêt 601 2019 19 du 21 mai 2019.

¹⁷⁶ Davantage de détails sur la critique de l'arrêt WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 18 ss.

¹⁷⁷ WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 19 s.

de telles constellations: elle peut tenter de fixer une deuxième audience de médiation et motiver la personne qui fait la demande à y participer. Mais selon l'appréciation de la situation, il lui est aussi loisible de considérer que le demandeur qui ne se présente pas à l'audience de médiation sans motif valable perd son intérêt à l'exécution d'une procédure de médiation et, par conséquent, de la clore¹⁷⁸. En réalité, la présomption du retrait de la requête en médiation n'affecte pas la demande d'accès elle-même: le demandeur a toute faculté de présenter à l'organe public, immédiatement ou à une date ultérieure, une nouvelle demande d'accès au même document officiel¹⁷⁹.

Si la requête en médiation a été introduite par un tiers concerné, l'absence de la personne qui a demandé l'accès ne peut avoir aucune influence sur la requête, de sorte qu'en pareils cas, une présomption de retrait n'entre pas en ligne de compte; la procédure doit être poursuivie et, si nécessaire, conclue par une recommandation¹⁸⁰. Si le tiers concerné ne se présente pas à l'audience de médiation sans raison valable, il serait concevable de considérer cela comme un retrait de la requête en médiation en raison du principe de la bonne foi¹⁸¹. Toutefois, l'«opposition» soulevée auparavant subsiste et l'organe public n'est autorisé à prendre une décision qu'après achèvement d'une procédure de médiation. Dans ces cas, la préposée doit émettre une recommandation après avoir pesé les intérêts privés entrant en conflit avec l'accès.

dd) dd) Clôture de la procédure

Comme on se la représente couramment, la procédure de médiation prend fin en fonction du résultat des négociations, soit par un accord (aaa), soit par une recommandation de la préposée (bbb)¹⁸². A cela s'ajoutent cependant d'autres types d'issues pour la médiation (ccc).

55

aaa) Accord

Selon la représentation idéale que s'en fait le législateur, la procédure de médiation s'achève par un accord. La notion et le contenu de l'accord ne

56

¹⁷⁸ Ainsi au final également TF, arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020 consid. 4.3.

¹⁷⁹ TC FR, arrêt 601 2019 19 du 21 mai 2019; appuyé par le TF (arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020 consid. 4.3). Cf. toutefois N 41.

¹⁸⁰ Cf. par analogie pour la procédure devant le PFPDT BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 13 N 27.

¹⁸¹ Dans ce sens certainement (pour la procédure devant le PFPDT) OFJ, Modification OTrans, 3.

¹⁸² Parmi d'autres Message LInf, 936 s.; VOLLEY, RFJ/FZR 2019, N 108.

sont définis ni dans la loi ni dans l'ordonnance. Cependant, conformément à la ratio legis, on entend sous ce terme un accord entre les participants à la procédure sur l'existence, la portée et les modalités du droit d'accès. Il peut également être trouvé hors séance de médiation. Mais seul est réputé tel au sens strict un *accord conclu sous la médiation de la préposée* (cf. N 58).

57 Le contenu de l'accord dépend des circonstances du cas spécifique. Néanmoins, il s'agit de s'efforcer ci-après d'identifier¹⁸³ une certaine *typologie des clauses d'une convention*, sur la base d'un examen des accords conclus depuis l'entrée en vigueur de la LInf:

- Clauses de convention confirmant que la personne qui a demandé l'accès a reçu les documents souhaités lors de l'audience de médiation¹⁸⁴.
- Clauses de convention déterminant les documents à fournir par l'organe public à la personne qui a demandé l'accès¹⁸⁵.

Si les documents ne peuvent être identifiés de manière concluante au moment de la médiation parce que leur existence semble incertaine ou qu'ils ne peuvent plus être retrouvés, les parties peuvent également convenir que l'organe public les recherchera dans un certain délai ou à une certaine date et, le cas échéant, les transmettra¹⁸⁶. Le Tribunal cantonal semble avoir des doutes sur le fait qu'il s'agisse bien alors d'un accord et non plutôt d'une déclaration d'intention; il a donc renvoyé à la préposée un recours pour non-exécution de la convention, à titre de demande de reconsideration du cas¹⁸⁷. A mon avis, il s'agit en de telles situations d'un accord partiel qui ne justifie qu'une suspension, mais non pas la clôture de la procédure de médiation. Toutefois, au final, la préposée est de facto contrainte de jouer le rôle de contrôleur de la mise en œuvre, ce qui n'est guère la volonté du législateur.

Mais il est aussi possible de conclure un accord stipulant que les documents pour lesquels l'accès est demandé n'existent plus¹⁸⁸.

- Des clauses de convention définissant les modalités de l'accès, par exemple en ce qui concerne la manière ou le moment de son octroi¹⁸⁹, mais aussi pour l'indication des caviardages¹⁹⁰.

¹⁸³ L'analyse s'est basée sur les rapports d'activité de l'ATPrD ainsi que sur les informations fournies par la préposée cantonale à la transparence.

¹⁸⁴ Cf. p. ex. 2019-Trans-13; 2019-Trans-15; 2019-Trans-124.

¹⁸⁵ Cf. p. ex. 2017-Trans-4; 2017-Trans-29.

¹⁸⁶ Cf. p. ex. 2019-Trans-43; cf. quant au contenu de cette convention TC FR, arrêt 601 2019 207/601 2019 219 du 14 mai 2020 p. 2 s.

¹⁸⁷ TC FR, arrêt 601 2019 207/601 2019 219 du 14 mai 2020 p. 5 s.

¹⁸⁸ Cf. p. ex. 2020-Trans-69.

¹⁸⁹ Cf. p. ex. 2016-Trans-44-62 (l'organe public fait trois propositions pour une séance d'information), 2016-Trans-60 (report de l'accès jusqu'aux séances d'information).

¹⁹⁰ Cf. p. ex. 2011-Trans-84; 2011-Trans-85; 2017-Trans-62-63.

Il y a encore la possibilité de convenir d'un droit d'accès conditionnel¹⁹¹.

- Des clauses de convention portant sur le sort ultérieur de la procédure de médiation.

Un accord comprend généralement une demande conjointe adressée à la préposée pour clore la procédure¹⁹².

Afin de garantir l'exécution d'un accord sur l'accès, une clause est parfois incluse dans la convention, précisant que les parties demandent conjointement à la préposée de suspendre la procédure jusqu'à ce que l'exécution de la convention soit claire¹⁹³. Le cas échéant, le classement de la procédure n'aura lieu qu'au moment où la personne qui a demandé l'accès informe la préposée qu'elle a reçu les informations conformément à la convention.

Si les participants à la procédure conviennent que l'organe public doit identifier ou rechercher les documents avant une certaine date, il est conseillé d'adresser une demande conjointe à la préposée pour qu'elle suspende la procédure et n'y mette fin qu'à condition que les documents soient fournis avant la date ou le délai fixé, ou qu'il soit confirmé que les documents rendus accessibles jusqu'alors sont complets¹⁹⁴.

L'art. 14 al. 3 OAD exige que l'accord *soit consigné par écrit* («*l'accord est consigné par écrit*»). La portée de cette disposition n'est pas totalement claire. La législation fédérale, sur laquelle se fonde en principe la réglementation fribourgeoise, exige seulement que la préposée consigne le résultat par écrit et le communique aux parties (cf. art. 12 al. 3 OTrans); l'accord lui-même peut également être conclu de manière informelle¹⁹⁵. En revanche, l'art. 14 al. 3 OAD est formulé de manière passive et ne s'adresse pas à la préposée. En outre, pour comprendre l'art. 14 al. 3 OAD, il faut tenir compte du fait que la loi elle-même n'exige pas de forme définie pour l'accord. Dans ce contexte, plusieurs «formes» sont concevables:

- En premier lieu, il y a la conclusion d'une *convention écrite* («*accord consigné*») entre les intéressés. Il n'est pas nécessaire que l'accord soit signé par la préposée ni repris dans le procès-verbal. Mais il doit être consigné par écrit et peut être annexé au procès-verbal. Il s'agit en l'occurrence d'un contrat de droit administratif (un arrangement à

58

¹⁹¹ Cf. p. ex. 2016-Trans-27 (accès sous réserve du consentement d'un tiers, sans quoi l'on en reste à la notification selon détermination de l'organe public).

¹⁹² Parmi d'autres 2011-Trans-84 («Au vu de ce qui précède, les participants invitent la Préposée à procéder au classement du dossier»).

¹⁹³ Cf. p. ex. 2020-Trans-1; 2020-Trans-60.

¹⁹⁴ Cf. en ce sens 2018-Trans-96.

¹⁹⁵ Message LTrans, FF 2003 1865; BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 13 N 33.

l’amiable)¹⁹⁶, qui – sans devoir être intégré ou approuvé au préalable dans une décision – est juridiquement contraignant et directement exécutoire sur la base de l’art. 14 al. 3 OAD¹⁹⁷. Ainsi, il n’est pas nécessaire d’introduire d’abord une action judiciaire en exécution du contrat.

- Dans la pratique, cependant, un échange informel mené sous l’égide de la préposée aboutit très souvent à un accord (le plus souvent verbal) entre les intéressés¹⁹⁸. Bien que dans la plupart des cas, l’accord soit exécuté immédiatement, il doit être consigné par écrit par la préposée sous une forme appropriée, ne serait-ce que par une annotation au dossier précisant que les parties sont parvenues à un accord, ou en versant la correspondance au dossier. Mais une telle annotation ne constitue pas un titre exécutoire au sens de l’art. 14 al. 3 OAD.

Si les intéressés trouvent une solution amiable entre elles au cours de la procédure de médiation sans l’intermédiaire de la préposée, il s’agit même d’un accord «extraprocédurel». C’est le cas, par exemple, lorsqu’un organe public répond à une requête en médiation en transmettant les documents avant même l’audience de médiation. Alors, la préposée doit mettre fin à la procédure de médiation parce qu’elle est devenue sans objet (N 65).

- 59 Le contenu de l’accord ne peut être vérifié par la préposée sous l’angle de sa légalité ou de son adéquation¹⁹⁹. Cela n’empêche pas la préposée d’intégrer des aspects juridiques dans la médiation et, si nécessaire, de signaler aux parties concernées les propositions de règlement posant problème.
- 60 Un accord ne met pas immédiatement fin («ipso iure») à la procédure de médiation. Dans certaines circonstances, les parties elles-mêmes demandent une suspension de la procédure lorsqu’elles ont subordonné la remise des documents à la réalisation d’une condition, ou si l’exécution de l’accès doit être garantie. Même à défaut d’une telle demande, la préposée dispose

¹⁹⁶ Parmi d’autres GUY-ECABERT, SHK BGÖ, art. 13 N 54; GUTH, 166. Toutefois, dans un arrêt récent, le Tribunal cantonal lie l’accord au caractère décisionnel de l’ensemble de la procédure et à la décision de l’organe public sur l’affaire (TC FR, arrêt 601 2019 207/601 2019 219 du 14 mai 2020 p. 5): «L’intégration d’une médiation dans le processus d’accès ne change pas la nature décisionnelle de l’ensemble de la procédure: Un accord intervenu au stade de la médiation se substitue simplement au prononcé de l’organe et n’a pas pour effet d’accorder au requérant autre chose que ce qui serait compris dans une décision». Critique WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 22 s.

¹⁹⁷ BOILLAT/WERLY, Annuaire ASDPO 2019/2020, 41; WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 14.

¹⁹⁸ Cf. parmi d’autres 2014-Trans-62, 2014-Trans-38, 2017-Trans-78, 2020-Trans-2. Dans un cas, la préposée a transmis le document à l’auteure de la demande elle-même (2015-Trans-62).

¹⁹⁹ Cf. par analogie à la Confédération BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 14 N 2.

à mon sens d'un certain pouvoir d'appréciation dans le cadre de sa conduite de la procédure pour déterminer si elle doit y mettre fin immédiatement ou la suspendre en un premier temps (cf. pour le cas d'un accord partiel N 57). Mais en règle générale, un accord entraîne d'office une *clôture de la procédure*.

Selon une conception antérieure, la clôture de la procédure était considérée comme un acte matériel. Toutefois, dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a jugé que la préposée doit constater la conclusion d'un accord dans une «décision de constatation acquérant force de chose jugée»²⁰⁰. Depuis lors, le Tribunal cantonal admet aussi qu'il s'agit d'une décision en constatation de droit sujette à recours²⁰¹.

bbb) Recommandation

Si la médiation échoue ou n'a pas lieu dans un délai de 20 jours à dater du dépôt de la requête en médiation, la préposée émet une recommandation écrite à l'attention des parties (art. 33 al. 2 LInf en corrélation avec l'art. 14 al. 4 OAD). Une recommandation ne peut être faite avant l'expiration du délai de 20 jours qu'à condition que, compte tenu des circonstances, il soit évident qu'aucun accord ne sera trouvé entre les parties²⁰². Avec le consentement de la personne qui demande l'accès, le délai peut être prolongé (art. 14 al. 4 OAD; N 45).

En revanche, la procédure après un échec de la médiation trouve une autre issue si l'organe qui a reçu la demande d'accès n'a pas le pouvoir de décision (donc pas la compétence de rendre une décision). Dans un tel contexte, la recommandation de la préposée est remplacée par une décision de la Commission cantonale de la transparence et de la protection des données (art. 33a al. 1 let. a-b LInf). A cette fin, au lieu d'émettre une recommandation, la préposée doit transmettre les documents à la Commission (art. 14 al. 4 OAD).

Il n'y a pas de place pour une recommandation dès lors qu'un accord est trouvé. Ceci vaut même si l'auteur de la demande d'accès a dû engager une procédure de médiation en raison de la passivité de l'organe public, ou si celui-ci s'est montré peu coopératif pendant la médiation. Ni la Commission ni la préposée ne sont autorisées en ce cas à compléter l'accord par une recommandation constatant une violation de l'obligation de célérité ou du principe de la bonne foi²⁰³.

Dans l'optique du prononcé d'une recommandation, la préposée soumet la détermination de l'organe public à un contrôle de légalité et d'adéquation,

61

62

²⁰⁰ TF, arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020 consid. 2.2

²⁰¹ TC FR, arrêt 601 2019 207/601 2019 219 du 14 mai 2020 p. 4.

²⁰² Cf. par analogie pour la procédure selon LTrans BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 14 N 5.

²⁰³ TC FR, arrêt 601 2018 327 du 21 mai 2019 p. 6.

afin de faire connaître aux parties si et dans quelle mesure, de son point de vue, elle donne une réponse positive à la demande d'accès. La loi et l'ordonnance ne prescrivent que la forme de la recommandation. Conformément à la ratio legis, la recommandation est à rédiger de manière à permettre aux parties de se faire une meilleure idée et d'éviter ainsi une procédure (chronophage) de décision formelle²⁰⁴.

- 63 La recommandation n'a pas d'effet contraignant²⁰⁵. Elle ne revêt pas le caractère d'une décision et n'est donc pas susceptible de recours²⁰⁶. Néanmoins, elle soumet l'organe public à une exigence accrue dans l'exposé de ses motifs s'il souhaite s'en écarter dans sa décision. Par ailleurs, l'appréciation de la préposée dans le cadre de la procédure de recours revêt une certaine importance²⁰⁷. Enfin, en tant qu'organe spécialisé, la préposée peut exercer par le biais de recommandations une influence sur la future pratique en matière d'application²⁰⁸.
- 64 Cependant, contrairement au droit fédéral, la LInf n'impose pas la publication exhaustive des recommandations. Au demeurant, la préposée est tenue de publier les cas les plus importants dans lesquels une procédure de médiation a été menée (art. 41 al. 2 let. e LInf). Les rapports d'activité contiennent parfois des références plus détaillées²⁰⁹.

ccc) Autres constellations

- 65 Au-delà de l'accord (et de la clôture de la procédure qui s'ensuit) ainsi que de la recommandation, d'autres constellations entraînent la fin de la procédure de médiation:

- *Non-entrée en matière sur une requête en médiation*: selon une nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral, la préposée doit en ce cas mettre fin à la procédure par une ordonnance constatant que les conditions d'admissibilité ne sont pas remplies (sur le tout N 46). Cette décision peut être contestée par le requérant (personne qui a demandé

²⁰⁴ Cf. Message LInf, 949 s.; cf. par analogie aux recommandations du PFPDT OFJ, Commentaire OTrans, 15 s.

²⁰⁵ Message LInf, 950; WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 15.

²⁰⁶ TC FR, arrêt 601 2018 327 du 21 mai 2019 p. 5.

²⁰⁷ Cf. par exemple TC FR, arrêt 601 2019 96 du 9 novembre 2020 consid. 4.2.1 et consid. 5.2; arrêt 601 2020 183 du 29 avril 2021 p. 9 s.

²⁰⁸ Cf. par analogie aux recommandations du PFPDT CHATTON, Jusletter 3 avril 2017, N 33.

²⁰⁹ Pour un aperçu des recommandations entre 2011 et 2020 STOFFEL/GASSER, RFJ/FZR 2020, *passim*.

l'accès ou un tiers concerné) par voie de recours auprès du Tribunal cantonal.

- *Radiation de la procédure par suite du retrait de la requête en médiation:* si la requête est retirée, la préposée doit aussi clore la procédure sous la forme d'une décision, conformément à la jurisprudence récente du Tribunal fédéral²¹⁰. Si la personne qui demande l'accès refuse de participer à une audience de médiation, cela peut être considéré en vertu du principe de la bonne foi comme un retrait de la requête en médiation (N 54).
- *Classement de la procédure devenue sans objet:* si les parties sont parvenues à un accord hors de la procédure, c'est-à-dire sans la médiation de la préposée, l'intérêt à cette procédure n'existe plus et la préposée doit la classer pour défaut d'objet (N 58 i.f.). Dans la pratique, un tel classement se fait de manière informelle²¹¹.

3. Procédure de décision

Bien que l'organe public doive examiner dès sa réception une demande d'accès à des documents officiels, il ne peut se prononcer qu'après une procédure de médiation infructueuse. En d'autres termes, le pouvoir de décision presuppose l'existence d'une recommandation²¹². Si la procédure de médiation est close pour d'autres raisons (N 65), l'organe public ne peut pas rendre une décision. Ainsi, en présence d'une recommandation, l'organe public a non seulement le droit, mais l'obligation d'ouvrir *d'office* une procédure administrative et de statuer sur la demande d'accès sous la forme d'une décision, qu'il veuille suivre la recommandation ou s'en écarter²¹³.

La *compétence* de rendre la décision revient à l'organe public qui, conformément à l'article 37 LInf en corrélation avec les articles 17 ss OAD, est compétent pour le traitement de la demande d'accès (N 18).

Si l'organe compétent n'a pas le pouvoir de décision, la recommandation et la décision de l'organe public sont remplacées par une décision de la Commission cantonale de la transparence et de la protection des données (art. 33a al. 1 LInf). La procédure devant la Commission est une procédure contentieuse; l'organe auquel la demande d'accès a été

66

67

²¹⁰ TF, arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020 consid. 2.2.

²¹¹ Cf. p. ex. 2020-Trans-71; 2020-Trans-77; 2019-Trans-145.

²¹² VOLERY, RFJ/FZR 2014, 343 s.; WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 12.

²¹³ Message LInf, 936, 950; TC FR, arrêt 601 2018 27 du 24 mai 2018 consid. 2.3, in: RFJ/FZR 2019, 173 ss.

adressée y est une partie²¹⁴. En dehors de l'art. 33a LInf, en revanche, la Commission n'a pas de pouvoir de décision²¹⁵.

- 68 Le prononcé de la décision (attaquable) a lieu dans le cadre d'une *procédure administrative*. Sous réserve des dispositions spéciales de la LInf, les dispositions du CPJA sont applicables à ce prononcé (cf. art. 15 al. 2 OAD). Les garanties minimales de droit constitutionnel (en particulier l'art. 29 Cst.) doivent toujours être respectées.
- *Font l'objet* de la procédure de décision les documents officiels couverts par la demande d'accès et les questions traitées par la recommandation. L'objet de la procédure ne peut être étendu au-delà de cette limite, mais certainement réduit²¹⁶.
 - *La qualité de partie* à la procédure est régie par l'art. 11 CPJA. Outre la personne qui demande l'accès, ont également ce statut d'éventuels tiers (privés) concernés. La qualité de partie comprend notamment le droit de pouvoir faire une déclaration sur l'objet en question, au moins une fois au cours de la procédure. Les tiers qui ont renoncé²¹⁷ à participer à la procédure de médiation ou qui se sont déjà exprimés dans le cadre de la consultation selon art. 32 al. 2 LInf ne doivent plus être entendus, pour autant que l'objet de la demande d'accès n'ait pas changé et qu'aucun fait nouveau n'ait été introduit depuis lors dans la procédure²¹⁸. Inversement, la consultation de tiers concernés qui, à tort, n'ont pas été inclus dans la procédure jusqu'alors doit être effectuée (N 27). L'identité des tiers qui ont qualité de partie à la procédure peut être au besoin occultée (art. 15 al. 2 let. b OAD).
 - Du droit d'être entendu (art. 57 ss CPJA, art. 29 al. 2 Cst.) découle de surcroît pour les parties le droit à une *motivation* de la décision. Ce n'est que si l'organe public se rallie à la recommandation de la préposée qu'il peut y faire renvoi et renoncer à l'exposé des motifs (art. 33 al. 3 LInf en corrélation avec l'art. 15 al. 2 let. a OAD). Faute de quoi, l'organe doit motiver à satisfaction sa décision. En particulier dans le domaine des exceptions prévues par la loi, qui laissent à l'organe public une marge de décision non négligeable, des exigences accrues s'appliquent quant à l'étendue de la motivation. L'organisme public ne peut

²¹⁴ CHANCELLERIE D'ETAT, Rapport explicatif modification OAD, ch. 3.2.1.

²¹⁵ TC FR, arrêt 601 2018 327 du 21 mai 2019 p. 5.

²¹⁶ Cf. par analogie au niveau fédéral HÄNER, SHK BGÖ, art. 15 N 5.

²¹⁷ Cf. par analogie pour la procédure au plan fédéral BHEND/SCHNEIDER, BSK BGÖ, art. 11 N 8 et art. 15 N 14; autre opinion FLÜCKIGER, SHK BGÖ, art. 11 N 20. Sur le tout également N 27.

²¹⁸ Cf. par analogie pour la procédure au niveau fédéral TAF, arrêt A-6755/2016 du 23 octobre 2017 consid. 4.1.4.

se contenter de motifs sommaires ou généraux, mais doit montrer au contraire quelle clause d'exception est applicable et quelles raisons l'ont incité à privilégier les intérêts à garder le secret plutôt que la transparence²¹⁹.

- Il n'est pas perçu de frais de procédure (art. 15 al. 2 let. c OAD).

La procédure de décision doit s'achever dans un *délai* adapté à la nature de l'affaire, qui ne peut en principe dépasser 30 jours à dater de la réception de la recommandation (art. 36 al. 1 let. a LInf en corrélation avec l'art. 15 al. 1 OAD). Si la demande d'accès concerne des informations sur l'environnement et si la personne qui a demandé l'accès exige le respect des délais raccourcis (N 12), la décision est à rendre au plus tard 60 jours après réception de la demande (art. 36 al. 1^{bis} LInf en corrélation avec l'art. 13a al. 1 et l'art. 15 al. 1 OAD). 69

4. *Voies de recours*

Contre les décisions rendues en vertu de l'art. 33 (organe public) ou l'art. 33a LInf (Commission cantonale de la transparence et de la protection des données), *recours* peut être formé selon les dispositions ordinaires de la juridiction administrative (art. 34 al. 1 LInf en corrélation avec les art. 113 ss CPJA). Quand elles émanent d'un organe pour lequel ces dispositions ne prévoient pas de voies de droit, notamment s'il s'agit d'un organe du Grand Conseil ou du Pouvoir judiciaire, ces décisions peuvent faire l'objet d'un recours directement auprès du Tribunal cantonal (art. 34 al. 2 LInfo); demeure réservée la clause spéciale régissant les décisions rendues par un organe relevant du pouvoir législatif d'une commune ou d'une association de communes (art. 35 al. 3 LInf). 70

Les décisions de la préposée concernant la conclusion d'un accord ainsi que le classement subséquent de la procédure de médiation sont aussi sujettes à recours directement auprès du Tribunal cantonal (art. 34 al. 2 LInf)²²⁰. Le Tribunal cantonal a également admis un recours contre le classement d'une procédure de médiation en raison de la non-comparution à dite audience de la personne qui a demandé l'accès, étant précisé qu'il a laissé ouverte la question de la nature du recours (recours pour déni de justice et retard injustifié selon l'art. 111 al. 1 CPJA ou recours de droit administratif selon l'art. 114 CPJA)²²¹. Comme le Tribunal fédéral confère le caractère de décision à la nonentrée en

²¹⁹ Cf. par analogie avec la procédure au niveau fédéral ATF 142 II 324 consid. 3.6.

²²⁰ TC FR, arrêt 601 2019 207/601 2019 219 du 14 mai 2020 p. 4.

²²¹ TC FR, arrêt 601 2019 19 du 21.5.2019 (confirmé par le TF dans l'arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020); cf. à ce sujet WALDMANN, RFJ/FZR 2020, 17 s.

matière et au classement de la procédure de médiation²²², ces actes devraient à l'avenir être eux aussi susceptibles de recours auprès du Tribunal cantonal.

- 71 *La qualité pour recourir* est régie par l'art. 76 CPJA. Les personnes ou organes selon art. 2 al. 1 let. c et art. 20 al. 1^{bis} LInf sont également habilitées à recourir (art. 34 al. 3 LInf) contre les décisions de la Commission cantonale de la transparence et de la protection des données (art. 33a al. 1 LInf).
- 72 *L'objet* de la procédure de recours est le contrôle de la légalité de la décision contestée et de la procédure administrative qui l'a précédée²²³. Toutefois, la procédure préliminaire qui a eu lieu auparavant – en particulier la procédure de médiation – n'est pas incluse dans le contrôle; les cas de nullité demeurent réservés²²⁴.
- 73 En règle générale, la procédure de recours est gratuite (art. 24 al. 1 LInf en corrélation avec l'art. 4 al. 3 OAD). Demeure cependant réservée la procédure de recours devant le Tribunal cantonal (art. 24 al. 1 LInf en corrélation avec les art. 131 ss CPJA). Les dispositions relatives aux dépens sont également applicables dans ce cas²²⁵.

IV. Appréciation

- 74 L'organisation de la procédure telle que prévue par la loi ainsi que la pratique concrète en la matière ont une influence essentielle sur la réalisation du principe de transparence dans l'administration. Il y a plus de dix ans, le législateur fribourgeois a opté pour une procédure préliminaire en deux phases, très informelle et qui, hormis les délais relativement serrés, permet une certaine flexibilité. L'objectif d'accélérer la procédure et d'y éviter autant que possible les excès de forme, pour faciliter ainsi l'accès aux documents officiels tout en prenant dûment en considération les positions juridiques des tiers devrait être atteint dans l'ensemble²²⁶.
- 75 L'accès aux documents officiels est conçu pour être aisé. Les *demandes* peuvent être soumises de manière informelle et anonyme. Cet accès aisé fait qu'il n'existe pas de chiffres fiables sur leur nombre parce que celles adressées aux organes publics ne sont pas toujours reconnues comme telles ni, en conséquence, traitées et enregistrées dans la procédure selon art. 31 ss

²²² TF, arrêt 1C_353/2019 du 18 mars 2020 consid. 2.2.

²²³ Cf. TC FR, arrêt 601 2019 96 du 9 novembre 2020 consid. 1.2 (pas d'examen que l'adéquation).

²²⁴ Cf. par analogie pour le Tribunal administratif fédéral ATAF 2014/6 consid. 1.2.4.

²²⁵ Cf. sur le tout TC FR, arrêt 601 2020 131 du 29 janvier 2021 (remise de documents officiels pendant la procédure de recours devant le Tribunal cantonal).

²²⁶ Cf. à ce sujet plus en détail la contribution de NICOLAS SCHMITT dans ce volume.

LInf²²⁷. Toutefois, cette lacune dans la connaissance des chiffres réels doit être acceptée au bénéfice de l'informalité et de la célérité de la procédure.

Le nombre de demandes d'accès enregistrées chaque année varie entre 37 (2013) et 93 (2019), avec une moyenne d'environ 56 demandes par an et une tendance à la hausse. Sur une moyenne d'un peu moins de 66% des demandes enregistrées entre 2011 et 2020, l'accès a déjà été accordé en totalité lors de la première phase de la procédure; il n'a été totalement refusé qu'à raison d'un peu moins de 15%. Il est également à noter que la proportion de refus d'accès a diminué au cours des trois dernières années²²⁸.

Le cadre légal de la *procédure de médiation* laisse également une large place à des modes de procéder adaptés en fonction du cas. Alors que dans les premières années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la LInf, la médiation se déroulait souvent par téléphone et par courrier électronique, les audiences de médiation ont plutôt gagné en importance ces derniers temps. Cependant, la forte pression du temps constitue comme auparavant un défi majeur pour parvenir à un accord²²⁹.

Le nombre de requêtes en médiation au cours des dix dernières années varie de 1 (2013) à 29 (2019)²³⁰ et 20 (2020); là encore, la tendance est clairement à la hausse. Près de 42% des procédures de médiation ont été conclues par un accord, ce qui inclut également les accords factuels entre les parties²³¹. Dans un certain nombre de cas, les organes publics ont suivi les recommandations de la préposée. La proportion entre les procédures de médiation achevées par un accord et celles qui ont abouti à une recommandation est équilibrée sur toute la période²³².

Mais le succès de la procédure se mesure aussi par le fait que, au plus tard à la fin de la procédure de médiation, plus de 80% des demandes (enregistrées) ont finalement abouti à un accès complet ou tout au moins partiel²³³. On obtient également une image globale positive en comparant le nombre total de demandes d'accès enregistrées entre 2011 et 2020 (489) avec le nombre de recours des personnes qui ont demandé l'accès (9).

²²⁷ Cf. ATPRD, Rapport d'activité 2019, 13.

²²⁸ Ces valeurs moyennes sont tirées des rapports d'activité de l'ATPrD pour les années 2011–2020.

²²⁹ Information de la préposée du 20 avril 2021. Cf. ATPRD, Rapport d'activité 2020, 17, selon lequel la «stabilisation du nombre de requêtes en médiation à un niveau élevé a eu pour conséquence que la préposée à la transparence n'a pas toujours pu accomplir ses tâches dans les délais prévus par la LInf»; cf. – déjà cité – ATPRD, Rapport d'activité 2019, 14; Rapport d'activité 2011, 19.

²³⁰ 12 demandes concernaient en fait le même document officiel.

²³¹ Ces valeurs moyennes sont tirées des rapports d'activité de l'ATPrD pour les années 2011–2020.

²³² En revanche, la proportion de solutions à l'amiable n'a cessé d'augmenter au niveau fédéral; cf. PFPDT, Rapport d'évaluation essai pilote procédure de médiation 2017, 5.

²³³ STOFFEL/GASSER, RFJ/FZR 2020, 325 s.

77 La loi et l'ordonnance ont déjà été révisées en vue de répondre aux exigences de la Convention d'Aarhus. Quant à savoir si d'autres adaptations seront nécessaires, cela dépend aussi de l'évolution de la jurisprudence relative à cette convention. Néanmoins, je ne pense pas qu'il y ait un besoin aigu de correction majeure du cadre de la procédure judiciaire. Celui-ci est suffisamment large pour permettre de remédier à d'éventuelles faiblesses par des adaptations de la pratique procédurale (notamment dans la procédure de médiation)²³⁴. D'autre part, l'on peut à mon avis se demander si les capacités actuelles au plan du personnel seront encore suffisantes pour mener les procédures à temps, si le nombre de requêtes en conciliation demeure à la hausse.

²³⁴ Ainsi, par exemple au niveau fédéral, un changement de pratique du PFPDT dans la conduite de la procédure de médiation – contrairement au passé, les procédures orales sont désormais plus nombreuses – a contribué à une nette accélération des procédures. Dans ce contexte, le Conseil fédéral a pu renoncer pour l'instant à une révision de la loi. Cf. DFJP, Pas de révision de la loi sur la transparence, communiqué de presse du 15 mai 2019; cf. aussi la contribution d'ANDRÉ WINKLER dans ce volume.