

## DIX ANS DE LA TRANSPARENCE – UN APERÇU DES RECOMMANDATIONS

### **Martine Stoffel**

Préposée cantonale à la transparence auprès de l'Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données

### **Simon Gasser**

Juriste stagiaire auprès de l'Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données du 17 août 2020 au 16 février 2021

### ***Résumé / Zusammenfassung***

*Cet article donne une vue d'ensemble des recommandations de la préposée cantonale à la transparence (la préposée) depuis l'entrée en vigueur de la loi sur l'information et l'accès aux documents (RSF 17.5 ; LInf). Après quelques exemples concrets de documents demandés, l'article détaille les recommandations que les organes publics ont suivies, mais également celles desquelles ils se sont écartés. Ensuite, les motifs invoqués par les organes publics dans les cas qui ont mené à des recommandations sont présentés, selon les catégories des intérêts publics et privés prépondérants. Par rapport au nombre de requêtes en médiations, la préposée a rendu peu de recommandations. Dans ses recommandations, elle s'est dans la plupart des cas prononcée en faveur de l'accès aux documents.*

---

*Dieser Artikel gibt eine Übersicht über die Empfehlungen der kantonalen Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz seit Inkrafttreten des Gesetzes über die Information und den Zugang zu*

*Dokumenten (SRF 17.5; InfoG). Nach einigen konkreten Beispielen von verlangten Dokumenten wird auf Empfehlungen eingegangen, welchen die öffentlichen Organe in ihrer Verfügung gefolgt sind sowie auf Fälle, für welche der Zugang zu den Dokumenten durch das öffentliche Organ trotz anderslautenden Empfehlungen der Beauftragten verweigert wurde. Anschliessend werden die Motive der öffentlichen Organe in den Fällen, die zu Empfehlungen geführt haben, erörtert. Diese Motive werden nach den Kategorien der öffentlichen und privaten Interessen aufgeführt. Im Vergleich zur Anzahl Schlichtungsgesuche hat die Beauftragte wenige Empfehlungen abgegeben. In den Empfehlungen sprach sie sich grösstenteils für den Zugang zu den verlangten Dokumenten aus.*

## TABLE DES MATIERES

Introduction	320
I. Domaines concernés	322
A. Construction et environnement	322
B. Enquêtes et audits administratifs	324
C. Conventions avec une entreprise	324
II. Aboutissements	325
A. Recommandations suivies par l'organe public	326
1. Crédit, contrat et révocation du mandat pour une nouvelle école	326
2. Rapport sur les pratiques managériales	327
3. Documents du dossier personnel	328
4. Autres cas	329
B. Accès refusé par l'organe public malgré les recommandations	331
1. Rapports historiques sur la décharge de la Pila	331

2.	Rapport d'enquête administrative de la Préfecture de la Broye	333
3.	Paiements pour des revues scientifiques de la Bibliothèque cantonale universitaire (BCU)	334
4.	Autres cas	334
III.	Motifs de refus d'accès entier ou partiel	335
A.	Intérêt public prépondérant	335
1.	Généralités	335
2.	Processus décisionnel et position de négociation	336
3.	Demandes abusives et charge de travail disproportionnée	337
4.	Autres intérêts publics prépondérants	339
B.	Intérêt privé prépondérant	341
1.	Généralités	341
2.	Protection des données personnelles	342
3.	Secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication	344
4.	Divulgarion d'informations fournies librement par un tiers à un organe public qui en a garanti le secret	345
	Conclusion	346

## INTRODUCTION

L'introduction du principe de la transparence marque un renversement de paradigme : les documents officiels sont dorénavant considérés a priori comme publics<sup>1</sup>. C'est la grande innovation qui résulte de l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 de la loi sur l'information et l'accès aux documents (RSF 17.5 ; LInf)<sup>2</sup>.

La loi a instauré une procédure pour les demandes d'accès aux documents officiels (art. 20 ss LInf)<sup>3</sup>. Une médiation peut être mise en œuvre entre la personne qui a demandé l'accès et l'autorité concernée, respectivement entre les tiers qui se sont opposés à l'accès au document et l'autorité concernée<sup>4</sup>. Il est possible de

---

1 BOILLAT Joséphine/WERLY Stéphane, *Le principe de transparence dans les cantons romands*, Annuaire SVVOR/ASDPO 2019/2020, p. 34 (cité : BOILLAT/WERLY); COTTIER Bertil, *Le droit d'accès aux documents officiels*, in: Sylvain Métille (éd.), *Le droit d'accès*, Stämpfli, Berne 2021, p. 150-151; HÄFELIN Ulrich/MÜLLER Georg/UHLMANN Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Auflage DIKE, Zürich/St. Gallen 2020, p. 358; METILLE Sylvain, *L'utilisation de l'informatique en nuage par l'administration publique*, PJA 2019 p. 611-612; VOLLERY Luc, *La loi fribourgeoise sur l'information et l'accès aux documents*, RFJ 2009 p. 357 (cité: VOLLERY).

2 VOLLERY, p. 357.

3 BOILLAT Joséphine/WERLY Stéphane, *Transparence passive – aspects pratiques*, in: Sylvain Métille (éd.), *Le droit d'accès*, Stämpfli, Berne 2021, p. 216-225; WALDMANN Bernhard, *Verfahren für den Zugang zu amtlichen Dokumenten: Immer weiter weg vom ursprünglichen Konzept?* FZR 2020/1, p. 3-4 (cité: WALDMANN).

4 BOILLAT/WERLY, p. 41-42; MEILLAND Philomène, *Caractéristiques des lois sur l'accès à l'information en Suisse*, in: Martial Pasquier (éd.), *Le principe de transparence en Suisse et dans le monde*, PPUR, Lausanne 2013, p. 32; WALDMANN, p. 3.

Pour la procédure de médiation au niveau fédéral et semblable à celle du canton de Fribourg, voir entre autres GUY-ECALBERT Christine, *Kommentierung der Art. 13 und 14 BGÖ*, in: Stephan C. Brunner/Luzius Mader (éd.), *Öffentlichkeitsgesetz, Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (BGÖ)*, Stämpflis Handkommentar, Bern 2008, S. 247-270; HUSI-STÄMPFLI Sandra, *Das Öffentlichkeitsprinzip – und ewig grüsst die Skepsis*, Jusletter 27. Mai 2019, p. 16-18; STÖCKLI Andreas, *Verhandlung statt autoritativer Vollzug? Über konsensuales Verwaltungshandeln und konsensuale Streitbeilegung im Verwaltungsrecht*, ZSR/RDS, 2020 139 II, p. 220-222 (cité: STÖCKLI).

déposer une demande de médiation lorsque l'organe public ne prend pas position dans un délai de 30 jours, qu'il diffère, restreint ou refuse l'accès au document souhaité, ou qu'un tiers concerné s'oppose à ce que l'accès soit accordé (art. 33 al. 1 LInf et 13 de l'ordonnance sur l'accès aux documents [RSF 17.54 ; OAD]).

La préposée cantonale à la transparence (la préposée) a entre autres pour tâches d'exercer les fonctions de médiation qui lui sont attribuées par la loi (art. 41 al. 2 let. c LInf), et de rendre public le résultat final des principaux cas ayant fait l'objet d'une procédure de médiation ou de décision (art. 41 al. 2 let. e LInf).

Les recommandations de la préposée se trouvent sur le site internet ([www.fr.ch/atprd](http://www.fr.ch/atprd), transparence, recommandations) de l'Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données ATPrD (art. 41 al. 1 let. e LInf). Les recommandations sont publiées avec anonymisation des données personnelles des requérants, des personnes qui ont participé à la séance de médiation ainsi que d'éventuelles autres données personnelles qui figurent dans le texte.

La médiation se déroule, sous la direction de la préposée, entre la personne requérante et l'autorité concernée. La préposée entend les deux parties, qui s'expriment soit par écrit, soit dans le cadre d'une séance de médiation. La procédure de médiation a pour objectif la conclusion d'un accord entre les parties. Si la médiation aboutit, l'accord est consigné par écrit et devient immédiatement exécutoire. Si elle échoue, la préposée établit une recommandation à l'intention des parties. L'organe public rend ensuite une décision<sup>5</sup>.

Cette contribution a pour but de fournir une vue d'ensemble des recommandations rendues par la préposée depuis l'entrée en vigueur de la LInf. Dans un premier temps, l'article indique quels sont les documents officiels sollicités pour lesquels une recommandation a été rendue et fournit quelques exemples (*infra* I). Dans un deuxième temps, il donne quelques chiffres sur les médiations dont la préposée a été saisie ainsi que sur les

---

<sup>5</sup> MONTAVON Michael/VOLLERY Luc, *Adaptation des législations cantonales sur la transparence à la Convention d'Aarhus – L'exemple de Fribourg*, URP/DEP/DAP 2017-5, p. 470; VOLLERY Luc, *Droit d'accès aux documents: déroulement de la procédure et charge de travail disproportionnée*, RFJ 2014, p. 343; WALDMANN, p. 4.

recommandations qu'elle a rendues, puis explique quelles recommandations ont mené à une décision du Tribunal cantonal et dans quels cas les organes publics ont refusé de suivre la recommandation (*infra* II). Dans un troisième temps, il examine les motifs principalement invoqués par les organes publics pour restreindre, différer ou refuser l'accès aux documents dans les cas qui ont mené à une recommandation de la préposée (*infra* III).

## I. DOMAINES CONCERNES

Des documents sollicités, trois catégories principales se dégagent : la construction et l'environnement (A), les enquêtes et audits administratifs (B), et les conventions passées entre organes publics et entreprises privées (C). Dans les autres cas, les documents sollicités concernaient des thématiques variées et une catégorisation par domaine ou type de documents n'est pas possible.

### A. Construction et environnement

Parmi les recommandations rendues, 11 concernaient des documents en lien avec une procédure de droit de la construction :

- Pactes d'emption à Estavayer-le-Lac<sup>6</sup> ;
- Demande de concession pour un port à Delley-Portalban<sup>7</sup> ;
- Courriers échangés entre la commune de Villars-sur-Glâne et son avocat concernant une construction<sup>8</sup> ;
- Courriers échangés entre la commune de Villars-sur-Glâne et la Préfecture de la Sarine concernant des constructions<sup>9</sup> ;
- Documents concernant un bâtiment à Treyvaux<sup>10</sup> ;

---

<sup>6</sup> Recommandation du 16 juin 2021.

<sup>7</sup> Recommandation du 24 mars 2021.

<sup>8</sup> Recommandation du 4 mai 2020.

<sup>9</sup> Recommandation du 19 février 2020.

<sup>10</sup> Recommandation du 21 novembre 2019.

- Crédit, contrat et révocation du mandat pour une nouvelle école à Romont<sup>11</sup> ;
- Canalisations d'eaux et courrier de la Préfecture de la Sarine<sup>12</sup> ;
- Comptes de la commune de Val-de-Charmey<sup>13</sup> ;
- Plans concernant une construction à Corbières<sup>14</sup> ;
- Permis de construire à Val-de-Charmey<sup>15</sup> ;
- Rapport technique pour un centre sportif à Romont<sup>16</sup>.

De manière générale, la préposée a rappelé que, durant la période pendant laquelle une demande de permis de construire est à l'enquête publique auprès de la commune, c'est la législation spéciale qui s'applique, soit la loi sur l'aménagement du territoire et les constructions (RSF 710.1 ; LATeC). En revanche, une fois les permis de construire délivrés, les demandes d'accès sont soumises à la LInf.

Dans 6 cas, les documents sollicités concernaient le domaine de l'environnement:

- Documents concernant des éoliennes<sup>17</sup> ;
- Rapports historiques sur la décharge de la Pila<sup>18</sup> ;
- Chalet dans la réserve naturelle de la Grande Cariçaie<sup>19</sup>.

---

<sup>11</sup> Recommandation du 26 septembre 2019.

<sup>12</sup> Recommandation du 4 octobre 2018.

<sup>13</sup> Recommandation du 7 décembre 2015.

<sup>14</sup> Recommandation du 5 novembre 2015.

<sup>15</sup> Recommandation du 24 septembre 2015.

<sup>16</sup> Recommandation du 18 juin 2012.

<sup>17</sup> 2 recommandations du 12 juillet 2021, recommandation du 28 mai 2021, recommandation du 29 avril 2021.

<sup>18</sup> Recommandation du 26 mai 2020.

<sup>19</sup> Recommandation du 24 mai 2018.

Dans ces cas, la préposée a recommandé d’octroyer l’accès aux documents sollicités hormis aux procès-verbaux des séances non-publiques, conformément à la procédure prévue par la LInf.

### *B. Enquêtes et audits administratifs*

À 7 reprises, les recommandations touchaient à des rapports d’enquêtes ou d’audits administratifs :

- Rapport sur les pratiques managériales du Réseau Santé Sociale de la Veveyse (RSSV) (12 demandes en médiation pour lesquelles la préposée a rendu une recommandation)<sup>20</sup> ;
- Rapport d’une enquête administrative de la Préfecture de la Broye<sup>21</sup> ;
- Rapport d’audit sur l’Hôpital fribourgeois (HFR)<sup>22</sup> ;
- Rapport d’audit sur le Service public de l’emploi (SPE) (7 demandes en médiation et la préposée a rendu 3 recommandations)<sup>23</sup>.

Dans ces cas, les organes publics ont le plus souvent invoqué une atteinte à la protection des données personnelles (art. 27 LInf) pour restreindre ou refuser l’accès au document. La préposée était d’avis qu’un refus d’octroyer l’accès aux documents ne serait pas conforme au principe de proportionnalité (art. 7 al. 1 OAD) ; elle a toujours recommandé d’octroyer un accès restreint à ces rapports. Elle estimait qu’un intérêt privé prépondérant (art. 27 LInf) existait et justifiait un caviardage de certains passages des documents.

### *C. Conventions avec une entreprise*

Dans 5 cas, les documents portaient sur des conventions conclues entre un organe public et une entreprise privée :

---

<sup>20</sup> Recommandation du 1<sup>er</sup> octobre 2019.

<sup>21</sup> Recommandation du 18 février 2019.

<sup>22</sup> 2 recommandations du 28 juin 2018.

<sup>23</sup> 3 recommandations du 26 mars 2012.

- Airbnb et taxe de séjour<sup>24</sup> ;
- Paiements pour des revues scientifiques de la Bibliothèque cantonale universitaire (BCU) (2 recommandations)<sup>25</sup> ;
- Contrat et révocation du mandat pour une nouvelle école à Romont<sup>26</sup> ;
- Rapport technique pour un centre sportif à Romont<sup>27</sup>.

Les organes publics ont souvent invoqué que l'accès révélerait des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication (art. 28 al. 1 let. a LInf) ou divulguerait des informations fournies librement par un tiers à un organe public qui en a garanti le secret (art. 28 al. 1 let. c LInf). La préposée a, dans tous ces cas, recommandé d'octroyer l'accès aux documents sollicités.

## II. ABOUTISSEMENTS

En dix ans d'activité et jusqu'en date du 1<sup>er</sup> janvier 2021, 556 demandes d'accès ont été déposées auprès des organes publics. Dans 456 cas, l'accès total, restreint ou différé a été octroyé<sup>28</sup>. Jusqu'en date du 31 octobre 2021, la préposée a été saisie de 154 demandes en médiation et a rendu 36 recommandations. 7 recours ont été déposés au Tribunal cantonal (TC). Ces dernières années, le nombre de demandes a fortement augmenté puisque 114 demandes en médiation ont été déposées depuis 2018. Le nombre de recommandations (36) rendues par la préposée est bas

---

<sup>24</sup> Recommandation du 24 septembre 2020.

<sup>25</sup> Recommandations du 12 mai 2020 et du 28 avril 2016.

<sup>26</sup> Recommandation du 26 septembre 2019.

<sup>27</sup> Recommandation du 18 juin 2012.

<sup>28</sup> Ces statistiques (art. 40 al. 1 let. e LInf), qui figurent dans les rapports d'activité de l'Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données (ATPrD), correspondent aux indications fournies par les organes publics. Comme au niveau fédéral, l'ATPrD part de l'idée que ce nombre est nettement inférieur à la réalité, mais que les demandes d'accès adressées aux organes publics ne sont pas toujours reconnues comme telles et, en conséquence, pas traitées sous l'aspect de la LInf ni annoncées dans le cadre de l'évaluation.

par rapport au nombre de requêtes en médiation dont elle a été saisie (154), ce qui signifie que la médiation a abouti à un accord dans un grand nombre de cas. La préposée a recommandé 13 fois d'octroyer un accès total aux documents sollicités<sup>29</sup>, 17 fois un accès restreint<sup>30</sup>, 5 fois un accès différé<sup>31</sup> et 8 fois de refuser l'accès<sup>32</sup>.

#### *A. Recommandations suivies par l'organe public*

Pour environ deux tiers des recommandations, les organes publics ont suivi la recommandation de la préposée dans leur décision :

##### 1. Crédit, contrat et révocation du mandat pour une nouvelle école

Une demande d'accès concernait le crédit, le contrat et la révocation du mandat pour une nouvelle école à Romont.

La commune s'était déterminée contre l'accès à ces documents, invoquant une atteinte à la protection de données personnelles (art. 27 LInf), la révélation de secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication (art. 28 al. 1 let. a LInf), et la divulgation d'informations qui lui avaient été fournies librement par un tiers et pour lesquelles elle avait garanti le secret (art. 28 al. 1 let. c LInf).

---

<sup>29</sup> Recommandations du 24 septembre 2020, du 2 juillet 2020, du 12 mai 2020, du 10 mars 2020, du 20 février 2020, du 26 septembre 2019, du 4 octobre 2018, du 24 mai 2018, du 16 mai 2017, du 28 avril 2016, du 5 novembre 2015, du 27 mai 2013 et du 18 juin 2012.

<sup>30</sup> Recommandations du 12 juillet 2021 (2 recommandations), du 28 mai 2021, du 29 avril 2021, du 26 mai 2020, du 20 mars 2020, du 21 novembre 2019, du 1<sup>er</sup> octobre 2019, du 18 février 2019, du 28 juin 2018 (2 recommandations), du 8 juin 2018, du 3 mai 2018, du 16 mai 2017, du 24 septembre 2015, du 27 mai 2013 et du 26 mars 2012.

<sup>31</sup> Recommandations du 16 juin 2021, du 24 mars 2021, du 19 février 2020, du 1<sup>er</sup> octobre 2019 et du 7 décembre 2015.

<sup>32</sup> Recommandations du 12 juillet 2021 (2 recommandations), du 28 mai 2021, du 29 avril 2021, du 4 mai 2020, du 21 novembre 2019, du 14 novembre 2019 et du 27 mai 2013.

Elle s'était en revanche prononcée en faveur d'un document contenant des chiffres-clés.

La préposée a recommandé d'octroyer l'accès aux documents sollicités. Selon elle, les données personnelles figurant dans les décomptes litigieux n'avaient pas à être protégées et l'intérêt public à avoir accès aux décomptes l'emportait sur l'intérêt privé des entreprises mentionnées. Les données personnelles contenues dans les deux autres documents ne devaient pas non plus être protégées par le secret. En outre, ni le contrat, ni la convention de révocation ne contenaient de clause de confidentialité, de sorte que la commune ne pouvait s'en prévaloir. Il n'était cependant pas exclu que le contrat contienne des informations couvertes par des secrets professionnels, d'affaires et de fabrication, raison pour laquelle elle a recommandé à la commune de consulter l'entreprise avant d'octroyer l'accès au document, conformément à la procédure prévue par la LInf<sup>33</sup>.

Suite à la recommandation de la préposée, la commune de Romont a octroyé l'accès au crédit, au contrat et à la révocation du mandat pour la nouvelle école, l'entreprise n'ayant pas fait valoir d'intérêt privé prépondérant pour s'opposer à l'accès<sup>34</sup>.

## 2. Rapport sur les pratiques managériales

L'accès à une analyse des pratiques managériales au Réseau Santé Sociale de la Veveyse (RSSV) a été sollicité à 12 reprises.

Le Réseau Santé Sociale de la Veveyse (RSSV) s'était déterminé en faveur d'un accès différé au rapport au motif que celui-ci servait à préparer diverses décisions (art. 26 al. 1 let. c LInf). Il avait aussi invoqué la confidentialité du document (art. 28 al. 1 let. c LInf) et les situations personnelles des requérants.

La préposée a relié les procédures et rendu une recommandation unie. Elle a recommandé au Réseau Santé Sociale de la Veveyse (RSSV) d'octroyer un accès restreint au document sollicité, estimant que l'accès à une partie du rapport devait être différé

---

<sup>33</sup> Recommandation du 26 septembre 2019.

<sup>34</sup> Recommandation du 26 septembre 2019.

jusqu'à ce que diverses décisions soient prises. Avant d'octroyer l'accès au rapport, les tiers concernés devaient par ailleurs être consultés. La préposée a par ailleurs fait remarquer que l'organe public, s'il diffère l'accès à un document, doit chercher la solution qui respecte le mieux le principe de la transparence, conformément au principe de proportionnalité (art. 7 al. 1 OAD). Il lui faut donc accorder l'accès à tous les passages du document qui ne servent pas de base aux décisions à prendre ou qui n'ont pas de lien direct et imminent avec des décisions concrètes. La préposée a encore relevé que la situation personnelle des requérants ne devait pas avoir d'influence sur le droit d'accès, puisque, en vertu de la LInf, toute personne, physique ou morale, a le droit d'accéder à des documents officiels détenus par un organe public (art. 20 al. 1 LInf) sans pour autant avoir à motiver sa demande (art. 31 al. 2 LInf)<sup>35</sup>.

Suite à la recommandation de la préposée, le Réseau Santé Sociale de la Veveyse (RSSV) a procédé au caviardage suggéré par la préposée, afin de préserver le processus décisionnel en cours ainsi que les intérêts privés prépondérants en jeu. Après avoir consulté les tiers concernés, il a ensuite octroyé l'accès au rapport<sup>36</sup>.

### 3. Documents du dossier personnel

Une demande d'accès touchait à des documents issus du dossier personnel d'un collaborateur de l'Etat et ex-conjoint de la requérante. Le Service du personnel et d'organisation (SPO) et la Caisse de compensation (CCC) avaient refusé d'octroyer l'accès au motif qu'ils porteraient atteinte à la protection des données personnelles (art. 27 LInf).

La préposée est arrivée à la conclusion que les documents sollicités contenaient des données personnelles et qu'un intérêt privé prépondérant s'opposait à ce que l'accès soit octroyé (art. 27 LInf). Elle a d'ailleurs relevé que les documents demandés contenaient des données sensibles et que, pris ensemble, ils pouvaient constituer un profil de la personnalité. Elle a

---

<sup>35</sup> Recommandation du 1<sup>er</sup> octobre 2019.

<sup>36</sup> Recommandation du 1<sup>er</sup> octobre 2019.

recommandé de maintenir le refus d’octroyer l’accès aux documents sollicités<sup>37</sup>.

Suite à la recommandation de la préposée, le Service du personnel et d’organisation (SPO) et la Caisse de compensation (CCC) ont maintenu leur refus d’octroyer l’accès aux documents sollicités : ces documents contenaient des données personnelles et un intérêt privé prépondérant s’opposait à ce que l’accès soit octroyé (art. 27 LInf)<sup>38</sup>.

#### 4. Autres cas

En outre, la recommandation a été suivie par les organes publics dans les cas suivants :

- Pactes d’emption dans le cadre de l’aménagement du territoire à Estavayer-le-Lac<sup>39</sup> ;
- Documents en lien concernant des éoliennes à Vuisternens-devant-Romont<sup>40</sup> ;
- Demande de concession pour un port à Delley-Portalban<sup>41</sup> ;
- Courriers échangés entre la commune de Villars-sur-Glâne et son avocat concernant une construction<sup>42</sup> ;
- Taux de rendement et taux de couverture de la Caisse de prévoyance du personnel de l’Etat de Fribourg (CPPEF)<sup>43</sup> ;
- Comptabilité de l’Etablissement cantonal d’assurance des bâtiments (ECAB)<sup>44</sup> ;

---

37 Recommandation du 14 novembre 2019.

38 Recommandation du 14 novembre 2019.

39 Recommandation du 16 juin 2021.

40 Recommandation du 29 avril 2021.

41 Recommandation du 24 mars 2021.

42 Recommandation du 4 mai 2020.

43 Recommandation du 20 février 2020.

44 Recommandation du 20 mars 2020.

- Courriers échangés entre la commune de Villars-sur-Glâne et la Préfecture de la Sarine concernant des constructions<sup>45</sup> ;
- Bâtiment à Treyvaux<sup>46</sup> ;
- Canalisations d'eaux et courrier d'une préfecture<sup>47</sup> ;
- Rapport d'audit sur l'Hôpital fribourgeois (HFR)<sup>48</sup> ;
- Comptes de la commune de Val-de-Charmey<sup>49</sup> ;
- Plans concernant une construction à Corbières<sup>50</sup> ;
- Permis de construire à Val-de-Charmey<sup>51</sup> ;
- Documents en lien avec une école à Châtel-St-Denis<sup>52</sup> ;
- Rapport technique pour un centre sportif à Romont<sup>53</sup> ;
- Rapport d'audit sur le Service public de l'emploi (SPE)<sup>54</sup>.

À une reprise, l'organe public a suivi partiellement la recommandation de la préposée et accordé l'accès à une partie des documents. Il s'agit d'une demande d'accès auprès de la Préfecture de la Sarine qui portait sur **les concepts de stationnement, de circulation et/ou de mobilité**<sup>55</sup>. Dans ce cas, après un recours contre cette décision, la Tribunal cantonal a décidé que la Préfecture de la Sarine doit, dans le cadre de son devoir d'assistance, dresser une liste des documents afin de permettre à la

---

45 Recommandations du 19 février 2020.

46 Recommandation du 21 novembre 2019.

47 Recommandation du 4 octobre 2018.

48 2 recommandations du 28 juin 2018.

49 Recommandation du 7 décembre 2015.

50 Recommandation du 5 novembre 2015.

51 Recommandation du 24 septembre 2015.

52 Recommandation du 27 mai 2013.

53 Recommandation du 18 juin 2012.

54 3 recommandations du 26 mars 2012.

55 Recommandation du 2 juillet 2020.

personne qui a fait une demande d'accès de préciser sa demande, à l'instar de la recommandation de la préposée<sup>56</sup>.

À noter encore que la préposée ne connaît pas la suite donnée à une de ses recommandations<sup>57</sup>.

### *B. Accès refusé par l'organe public malgré les recommandations*

Dans environ un tiers des cas, les organes publics n'ont pas suivi la recommandation de la préposée dans leur décision. 6 décisions ont été rendues par le Tribunal cantonal (TC) après des recours contre les décisions des organes publics après la recommandation de la préposée<sup>58</sup>. 1 recours était pendant en automne 2021<sup>59</sup>.

#### 1. Rapports historiques sur la décharge de la Pila

Une personne a demandé accès aux deux rapports historiques sur la décharge de la Pila détenus par la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions (DAEC). La préposée a recommandé à la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions (DAEC) d'octroyer l'accès aux deux rapports tout en respectant les éventuels intérêts privés prépondérants<sup>60</sup>. La Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions (DAEC) a décidé d'octroyer un accès différé, une fois le processus décisionnel en cours terminé (art. 21 al. 1 let. a et 26 al. 1 let. c LInf). Le requérant a déposé un recours

---

<sup>56</sup> Arrêt du TC du 29 avril 2021 (601 2020 183).

<sup>57</sup> Recommandation du 3 mai 2018.

<sup>58</sup> Les 6 décisions du Tribunal cantonal (TC) sont les suivantes : arrêts du TC du 8 octobre 2021 (601 2020 115), du 29 avril 2021 (601 2020 183), du 29 janvier 2021 (601 2020 131) publié sur le site de l'ATPrD, du 9 novembre 2020 (601 2019 96), du 24 mai 2018 (601 2018 27) et du 28 novembre 2018 (601 2018 267). Une décision arrêt du TC du 28 novembre 2018 (601 2018 267) a été rendue suite au recours d'un tiers qui s'est opposé à l'accès au document en faisant valoir un intérêt privé prépondérant (art. 27 LInf).

<sup>59</sup> Le recours encore pendant concerne la demande d'accès à la convention Airbnb concernant les taxes de séjour.

<sup>60</sup> Recommandation du 26 mai 2020.

au Tribunal cantonal (TC) qui a rendu sa décision le 29 janvier 2021<sup>61</sup>.

Les documents ayant été transmis pendant la procédure, le Tribunal cantonal (TC) a rayé le recours du rôle, ce dernier étant devenu sans objet. Le Tribunal cantonal (TC) a statué sur les frais du procès dans une décision sommairement motivée<sup>62</sup>.

Il a estimé que les documents sollicités n'étaient pas relatifs à une procédure administrative pendante (art. 21 al. 1 let. a LInf), mais qu'ils avaient été « *établis indépendamment tant de la procédure portant sur l'identification des perturbateurs du site de l'ancienne décharge que de celle ayant pour objet la répartition des coûts y relatifs* »<sup>63</sup>. L'accès aux documents mettait en lumière certaines responsabilités, mais sur des faits qui remontaient aux années 1953-1972 « *de telle sorte qu'on ne voit pas en quoi leur accès aurait pu entraver, surtout de manière notable, le processus décisionnel autant d'années après* »<sup>64</sup>. Ni le risque de pression émanant des parties concernées, ni le risque financier ne permettant d'arriver à une autre conclusion, une atteinte au processus décisionnel ne pouvait pas être invoquée (art. 26 al. 1 let. c LInf) pour refuser l'accès. Le Tribunal cantonal (TC) a par ailleurs relevé que le « *statut d'autorité s'oppose à reconnaître à la DAEC la position de négociateur* »<sup>65</sup>, de sorte qu'une atteinte à la position de négociation de la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions (DAEC) ne pouvait pas non

---

61 Arrêt du TC du 29 janvier 2021 (601 2020 131), publié sur le site de l'ATPrD.

62 Arrêt du TC du 29 janvier 2021 (601 2020 131), publié sur le site de l'ATPrD.

63 Arrêt du TC du 29 janvier 2021 (601 2020 131) p. 4-5, publié sur le site de l'ATPrD.

64 Arrêt du TC du 29 janvier 2021 (601 2020 131) p. 5, publié sur le site de l'ATPrD.

65 Arrêt du TC du 29 janvier 2021 (601 2020 131) p. 5, publié sur le site de l'ATPrD.

plus être invoquée pour refuser d’octroyer l’accès (art. 26 al. 1 let. e LInf)<sup>66</sup>.

## 2. Rapport d’enquête administrative de la Préfecture de la Broye

Une demande d’accès concernait le rapport d’enquête administrative de la Préfecture de la Broye dans une commune. La préposée a recommandé d’octroyer un accès restreint au rapport et à la décision, en raison d’un intérêt public prépondérant (art. 26 LInf) et moyennant consultation préalable des tiers, qui peuvent s’opposer à l’accès en invoquant un intérêt privé prépondérant (art. 27, art. 32 al. 2 LInf et art. 33 al. 1 LInf)<sup>67</sup>. La Préfecture de la Broye a refusé d’y octroyer l’accès. Le requérant a fait recours auprès du Tribunal cantonal (TC) contre cette décision.

Le Tribunal cantonal (TC) a décidé qu’un accès restreint au rapport et à la décision devait être accordé conformément au principe de proportionnalité (art. 7 al. 1 OAD), moyennant consultation des tiers concernés. Ces tiers doivent pouvoir faire valoir un intérêt privé prépondérant pour s’opposer à l’accès au document (art. 32 al. 2 et 33 al.1 LInf)<sup>68</sup>.

Le Tribunal cantonal (TC) a estimé que le bon fonctionnement d’une commune et la liberté d’action du Préfet dans l’exercice de ses tâches constituent des intérêts publics prépondérants qui doivent être protégés<sup>69</sup>. Il a également relevé qu’un intérêt privé prépondérant existait dans ce cas, à savoir « *l’intérêt privé des personnes entendues dans le cadre de l’enquête à ne pas être reconnues en cas de transmission du rapport* »<sup>70</sup>. Aucune garantie de secret ne leur a été donnée (art. 28 al. 1 let. c LInf). Suite à cet arrêt, un tiers a saisi la préposée d’une requête en médiation (art. 33 al. 1 LInf). À l’issue de la médiation, l’accès au rapport a été

---

<sup>66</sup> Arrêt du TC du 29 janvier 2021 (601 2020 131), p. 5, publié sur le site de l’ATPrD.

<sup>67</sup> Recommandation du 18 février 2019.

<sup>68</sup> Arrêt du TC du 9 novembre 2020 (601 2019 96), consid. 5.2

<sup>69</sup> Arrêt du TC du 9 novembre 2020 (601 2019 96), consid. 3.2.2.

<sup>70</sup> Arrêt du TC du 9 novembre (601 2019 96), consid. 3.2.4.

octroyé, moyennant un caviardage additionnel pour préserver les intérêts privés prépondérants du tiers concerné.

### 3. Paiements pour des revues scientifiques de la Bibliothèque cantonale universitaire (BCU)

Une demande d'accès de 2020<sup>71</sup> et une demande d'accès de 2016<sup>72</sup> portaient sur les paiements pour des revues scientifiques de la Bibliothèque cantonale universitaire (BCU) en lien avec des abonnements à des revues.

Tant en 2020 qu'en 2016, la Bibliothèque cantonale universitaire (BCU) a refusé d'octroyer l'accès aux documents sollicités en invoquant un secret d'affaires et une clause de confidentialité (art. 28 al. 1 let. a et c LInf), ainsi qu'une atteinte à sa position de négociation (art. 26 al. 1 let. e LInf). Dans les deux cas, la préposée avait recommandé d'octroyer l'accès aux documents<sup>73</sup>. Sur recours du requérant contre les décisions de la Bibliothèque cantonale universitaire (BCU), la Direction de l'instruction publique, de la culture et du sport (DICS) a retenu dans les deux affaires que l'accès aux documents devait être octroyé.

### 4. Autres cas

En outre, l'accès a été refusé par les organes publics dans les cas suivants :

- Documents en lien concernant des éoliennes<sup>74</sup> ;
- Documents de la Caisse de prévoyance du personnel de l'Etat de Fribourg (CPPEF)<sup>75</sup>

---

<sup>71</sup> Recommandations du 12 mai 2020.

<sup>72</sup> Recommandations du 28 avril 2016.

<sup>73</sup> Recommandations du 12 mai 2020 et du 28 avril 2016.

<sup>74</sup> 2 recommandations du 12 juillet 2021, et recommandation du 28 mai 2021.

<sup>75</sup> Recommandation du 10 mars 2020.

- Informateurs privés de la Police<sup>76</sup> ;
- Airbnb et taxe de séjour<sup>77</sup> ;
- Décisions de la Direction des institutions, de l'agriculture et des forêts (DIAF) concernant des animaux<sup>78</sup> ;
- Chalet dans la réserve naturelle de la Grande Cariçaie<sup>79</sup>.

### III. MOTIFS DE REFUS D'ACCES ENTIER OU PARTIEL

Les organes publics ont invoqué des intérêts publics ou privés prépondérants pour restreindre, différer ou refuser d'octroyer l'accès aux documents sollicités.

#### A. Intérêt public prépondérant

Les organes publics ont souvent invoqué l'entrave au processus décisionnel (art. 26 al. 1 let. c LInf), les demandes abusives (art. 26 al. 2 let. a LInf) et la charge de travail manifestement disproportionnée (art. 26 al. 2 let. b LInf) comme intérêts publics prépondérants pour restreindre, différer ou refuser d'octroyer l'accès aux documents sollicités. Au cas par cas, la préposée a recommandé soit d'octroyer l'accès, parfois restreint ou différé au document, soit recommandé de maintenir le refus d'octroyer l'accès.

#### 1. Généralités

Un intérêt public prépondérant est notamment reconnu lorsque l'accès au document peut mettre en danger la sécurité et l'ordre publics (art. 26 al. 1 let. a LInf), porter atteinte aux relations extérieures du canton (art. 26 al. 1 let. b LInf), entraver notablement

---

<sup>76</sup> Recommandation du 16 mai 2017 et arrêt du TC du 24 mai 2018 (601 2018 27).

<sup>77</sup> Recommandation du 24 septembre 2020. Un recours au TC a été déposé contre la décision négative de l'Union fribourgeoise du tourisme (UFT).

<sup>78</sup> Recommandation du 8 juin 2018.

<sup>79</sup> Recommandation du 24 mai 2018.

le processus décisionnel de l'organe public (art. 26 al. 1 let. c LInf), entraver notablement l'exécution de décisions prises par l'organe public (art. 26 al. 1 let. d LInf) ou compromettre la position de négociation de l'organe public (art. 26 al. 1 let. e LInf). L'organe public peut également faire valoir un intérêt public prépondérant en cas de demandes abusives, notamment en raison de leur nombre ou de leur caractère répétitif ou systématique (art. 26 al. 2 let. a LInf) et lorsque la charge de travail permettant de donner suite à la demande est manifestement disproportionnée (art. 26 al. 2 let. b LInf). La liste des intérêts publics prépondérants figurant à l'article 26 LInf est exemplative<sup>80</sup>.

## 2. Processus décisionnel et position de négociation

**Deux rapports historiques concernant la Pila demandés à la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions (DAEC) :** la préposée a estimé que « *les documents en question n'ont pas été établis en vue de la prise de décisions invoquée par la DAEC, à savoir la question de la répartition des responsabilités. Leur but était de mettre de la lumière, de façon générale, sur les événements qui ont conduit à la pollution du site. C'est pourquoi un historien a été chargé de reconstituer les faits et d'analyser les archives. L'utilisation d'un document dans un processus décisionnel ultérieur ne suffit pas à le retirer du droit d'accès garanti par la LInf. Décider autrement signifierait refuser d'octroyer l'accès à de très nombreux rapports, puisqu'il est vraisemblable que tôt ou tard, une grande partie des rapports produits par l'administration va être utilisée en vue de la prise d'une décision. Cette clarification revêt un intérêt particulier lorsque les documents touchent à l'environnement, puisque la Suisse s'est engagée à lui attribuer une importance particulière en ratifiant la Convention d'Aarhus (art. 4 de la Convention d'Aarhus). Dès lors, la préposée est d'avis que la DAEC ne peut pas faire valoir que l'accès aux documents risquerait d'entraver notablement le processus décisionnel de l'organe public (art. 26 al. 1 let. c LInf) »<sup>81</sup>. Dans sa décision, le Tribunal cantonal (TC) a*

---

<sup>80</sup> Arrêt du TC du 24 mai 2018 (601 2018 27), consid. 2.2 ; VOLLERY, p. 401.

<sup>81</sup> Recommandation du 26 mai 2020, p.5.

également considéré qu'une atteinte notable au processus décisionnel de l'organe public n'était pas donnée<sup>82</sup>.

En outre, l'atteinte au processus décisionnel a été invoquée dans les cas suivants :

- Pactes d'emption à Estavayer-le-Lac<sup>83</sup> ;
- Courriers échangés entre la commune de Villars-sur-Glâne et son avocat concernant une construction<sup>84</sup> ;
- Taux de rendement et taux de couverture de la Caisse de prévoyance du personnel de l'Etat de Fribourg (CPPEF)<sup>85</sup> ;
- Courriers échangés entre la commune de Villars-sur-Glâne et la Préfecture de la Sarine concernant des constructions<sup>86</sup> ;
- Comptes de la commune de Val-de-Charmey<sup>87</sup>.

### 3. Demandes abusives et charge de travail disproportionnée

#### **Extraits de comptabilité de l'Etablissement cantonal d'assurance des bâtiments (ECAB)**

- La préposée a estimé qu'elle ne disposait pas de suffisamment d'éléments pour constater que **la demande** était effectivement abusive ou nécessitait une charge de travail disproportionnée et a recommandé à l'Etablissement cantonal d'assurance des bâtiments (ECAB) de motiver de manière plus complète et détaillée dans sa décision en quoi ce serait le cas si l'Etablissement cantonal d'assurance des bâtiments (ECAB) maintenait son refus d'octroyer l'accès<sup>88</sup>. Le Message concernant la LInf souligne que « *la notion d'abus de droit se comprend de manière restrictive*

---

82 Arrêt du TC du 29 janvier 2021 (601 2020 131) p. 5, publié sur le site de l'ATPrD.

83 Recommandation du 16 juin 2021.

84 Recommandation du 4 mai 2020.

85 Recommandation du 20 février 2020.

86 Recommandation du 19 février 2020.

87 Recommandation du 7 décembre 2015.

88 Recommandation du 20 mars 2020.

et ne couvre pas, par exemple, la simple répétition d'une demande »<sup>89</sup>. Selon la doctrine fribourgeoise, « des demandes multiples ou répétées ne sont abusives que si elles visent des fins manifestement étrangères au droit d'accès (p. ex. perturbation du fonctionnement de l'administration).»<sup>90</sup> Il en ressort qu'en principe, la LInf permet des demandes d'accès multiples de la part d'une même personne et que le caractère répétitif à lui seul ne suffit pas pour que la demande soit abusive<sup>91</sup>.

- Quant à **la charge de travail disproportionnée**, l'article 8 al. 2 OAD indique : « *La charge de travail permettant de donner suite à une demande est manifestement disproportionnée au sens de l'article 26 al. 2 let. b LInf lorsque l'organe public n'est pas en mesure, avec le personnel et l'infrastructure dont il dispose ordinairement, de traiter la demande dans les délais fixés sans négliger gravement l'accomplissement de ses tâches* ». Le Tribunal fédéral (TF) s'est prononcé à plusieurs reprises sur la notion de charge de travail disproportionnée en lien avec des demandes d'accès<sup>92</sup>. Il a retenu qu'un accès à des documents officiels ne peut être refusé que « *wenn ein so ausserordentlicher Aufwand zu bewältigen wäre, dass der Geschäftsgang der Behörde nahezu lahmgelegt würde* »<sup>93</sup>. Là non plus, la préposée n'était pas en mesure de juger, sur la base du dossier, si la charge de travail nécessaire pour traiter la demande d'accès immobiliserait presque l'Etablissement cantonal d'assurance des bâtiments (ECAB) dans l'accomplissement de ses tâches.

---

<sup>89</sup> Message n° 90 du 26 août 2008 du Conseil d'Etat au Grand Conseil accompagnant le projet de loi sur l'information et l'accès aux documents (LInf), p. 18.

<sup>90</sup> VOLLERY, p. 402.

<sup>91</sup> Recommandation du 20 mars 2020.

<sup>92</sup> Arrêt du TF 1C\_467/2017 du 27 juin 2018, consid. 8.2 ; Arrêt du TF 1C\_155/2017 du 17 juillet 2017, consid. 2.6 ; Arrêt du TF 1C\_14/2016 du 23 juin 2016, consid. 3.5.

<sup>93</sup> Arrêt du TF 1C\_467/2017 du 27 juin 2018, consid. 8.2.

Dans sa décision 601 2020 115 du 8 octobre 2021, le Tribunal cantonal (TC) a décidé que la demande n'était pas abusive et ne nécessitait pas une charge de travail disproportionnée (art. 26 al. 2 LInf), et a décidé que l'accès devait être octroyé.

La demande abusive et la charge de travail disproportionnée ont également été invoqués comme motifs justifiant le refus de l'accès dans les cas suivants :

- Concepts de stationnement, de circulation et/ou de mobilité<sup>94</sup> ;
- Documents concernant un bâtiment à Treyvaux<sup>95</sup> ;
- Dossiers des subventions à des associations culturelles<sup>96</sup>.

#### 4. Autres intérêts publics prépondérants

D'autres intérêts publics prépondérants ont été invoqués :

- **La sécurité et l'ordre public** (art. 26 al.1 let. a LInf) ont été des motifs soulevés par la Police cantonale lors de la demande d'accès à sa directive concernant ses informateurs privés et leur rémunération ainsi qu'à son budget annuel au sujet de la rémunération de ces derniers. En vertu du principe de proportionnalité (art. 7 al. 1 OAD), la préposée était d'avis qu'une éventuelle mise en danger de la sécurité et de l'ordre public ne permettait pas de refuser d'octroyer l'accès aux documents, mais justifiait tout au plus de n'accorder qu'un accès restreint<sup>97</sup>. Un recours ayant été déposé par le requérant contre le refus d'octroyer l'accès de la Police cantonale, le Tribunal cantonal (TC) a décidé que le risque d'atteinte à la sécurité et à l'ordre public (art. 26 al. 1 let. a LInf) n'était démontré ni dans son existence, ni dans son ampleur, à tout le moins pas dans une mesure qui

---

94 Recommandation du 2 juillet 2020.

95 Recommandation du 21 novembre 2019.

96 Recommandation du 3 mai 2018.

97 Recommandation du 16 mai 2017.

justifierait un refus intégral de transmettre les documents sollicités<sup>98</sup>.

- **L'atteinte aux relations extérieures du canton** (art. 26 al. 1 let. b LInf) a été invoquée lors de la demande d'accès à la convention avec annexes concernant l'encaissement des taxes de séjour passée entre l'Union fribourgeoise du tourisme (UFT) et Airbnb. La préposée était d'avis que le document requis ne provenait ni d'un autre canton ni de la Confédération, mais d'une entreprise privée, et que la demande d'accès concernait uniquement le canton de Fribourg. Ainsi, il ne s'agissait pas d'un cas qui touchait aux relations extérieures du canton<sup>99</sup>.
- **Compromission de la position de négociation de l'organe public** (art. 26 al. 1 let. e LInf) : concernant les deux demandes d'accès aux paiements pour des revues scientifiques de la Bibliothèque cantonale universitaire (BCU) dans le cadre d'abonnements scientifiques, la préposée a estimé que l'accès ne compromettait pas la position de négociation de la Bibliothèque cantonale universitaire (BCU)<sup>100</sup>.
- **Le bon fonctionnement de la commune et la liberté d'enquêter du Préfet** : cet intérêt public a été invoqué par la Préfecture de la Broye lors de la demande d'accès au rapport d'une enquête administrative menée par la Préfecture et à la décision de clôture y relative. Le Tribunal cantonal (TC) a décidé à l'instar de la préposée dans sa recommandation<sup>101</sup>, qu'il « *tombe sous le sens que le bon fonctionnement de la commune figure au rang des intérêts publics prépondérants qui se doivent d'être protégés* »<sup>102</sup>. Il

---

98 Arrêt du TC du 24 mai 2018 (601 2018 27), consid. 3.5.

99 Recommandation du 24 septembre 2020.

100 Recommandations du 12 mai 2020 et du 28 avril 2016.

101 Recommandation du 18 février 2019.

102 Arrêt du TC du 9 novembre 2020 (601 2019 96), consid. 3.2.2.

en va de même de la liberté d'action du Préfet dans l'exercice de ses tâches<sup>103</sup>.

### *B. Intérêt privé prépondérant*

Les organes publics ont le plus souvent invoqué une atteinte à la protection des données personnelles (art. 27 LInf). Il s'agissait très souvent de demandes d'accès à des rapports d'enquête et d'audits. La préposée a toujours recommandé un accès restreint pour préserver l'intérêt privé des tiers concernés. A une seule reprise, elle a recommandé de ne pas octroyer l'accès aux documents sollicités.

La révélation de secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication (art. 28 al. 1 let. a LInf) ainsi que la divulgation d'informations fournies librement par un tiers à un organe public qui en a garanti le secret (art. 28 al. 1 let. c LInf) ont également été invoquées à plusieurs reprises. Il s'agissait principalement de conventions ou contrats passés entre un privé et un organe public, ou de documents établis par des privés pour des communes dans le cadre d'un projet. Dans tous ces cas, la préposée a recommandé d'octroyer l'accès aux documents sollicités.

#### 1. Généralités

Un intérêt privé prépondérant est reconnu lorsque l'accès peut porter atteinte à la protection des données personnelles, à moins qu'une disposition légale ne prévoit la diffusion des données concernées auprès du public (art. 27 al. 1 let. a LInf), que la personne concernée n'ait consenti à la communication de ses données au public ou que les circonstances ne permettent de présumer ce consentement (art. 27 al. 1 let. b LInf), ou que l'intérêt du public à l'information ne l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret de la personne concernée (art. 27 al. 1 let. c LInf). Toutefois, lorsque la demande d'accès concerne des informations sur l'environnement, l'exception prévue par l'article 27 LInf ne protège pas les données des personnes morales (art. 27 al. 3 LInf).

---

<sup>103</sup> Arrêt du TC du 9 novembre 2020 (601 2019 96), consid. 3.2.2.

Un intérêt privé prépondérant existe en outre lorsque l'accès, s'il était accordé, révélerait des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication (art. 28 al. 1 let. a LInf), constituerait une violation du droit d'auteur (art. 28 al. 1 let. b LInf) ou divulguerait des informations fournies librement par un tiers à un organe public qui en a garanti le secret (art. 28 al. 1 let. c LInf).

## 2. Protection des données personnelles

Le motif de l'atteinte à la protection des données personnelles (art 27 LInf) a été invoqué à maintes reprises par les organes publics ou les tiers concernés. Il s'agissait par exemple des cas suivants :

- Pactes d'emption à Estavayer-le-Lac<sup>104</sup> ;
- Comptabilité de l'Etablissement cantonal d'assurance des bâtiments (ECAB)<sup>105</sup> ;
- Dossier personnel auprès du Service du personnel et d'organisation (SPO) et de la Caisse de compensation (CCC)<sup>106</sup> ;
- Contrat et révocation du mandat pour une nouvelle école à Romont<sup>107</sup> ;
- Rapport sur les pratiques managériales du Réseau Santé Sociale de la Veveyse (RSSV)<sup>108</sup> ;
- Rapport d'audit sur l'Hôpital fribourgeois (HFR)<sup>109</sup> ;
- Décisions de la Direction des institutions, de l'agriculture et des forêts (DIAF) concernant des animaux<sup>110</sup> ;
- Dossiers des subventions à des associations culturelles<sup>111</sup> ;

---

<sup>104</sup> Recommandation du 16 juin 2021.

<sup>105</sup> Recommandation du 20 mars 2020.

<sup>106</sup> Recommandation du 14 novembre 2019.

<sup>107</sup> Recommandation du 26 septembre 2019.

<sup>108</sup> Recommandation du 1<sup>er</sup> octobre 2019.

<sup>109</sup> 2 recommandations du 28 juin 2018.

<sup>110</sup> Recommandation du 8 juin 2018.

<sup>111</sup> Recommandation du 3 mai 2018.

- Plans concernant une construction à Corbières<sup>112</sup> ;
- Permis de construire à Val-de-Charmey<sup>113</sup> ;
- Rapport d'audit sur le Service public de l'emploi (SPE)<sup>114</sup>.

Dans tous ces cas sauf un, la préposée est arrivée à la conclusion qu'un caviardage des données personnelles ou sensibles permettait l'anonymisation des documents sollicités, tout en y garantissant l'accès. Elle a en effet rappelé que l'organe public doit respecter le principe de la proportionnalité (art. 7 al. 1 OAD)<sup>115</sup> et qu'une solution pour concilier l'intérêt privé prépondérant et l'intérêt public est d'octroyer l'accès au document en anonymisant et caviardant les passages qui porteraient atteinte à l'intérêt du tiers<sup>116</sup>.

À une reprise, la préposée a recommandé de maintenir le refus d'octroyer l'accès aux documents. Il s'agissait de la demande d'accès à des documents issus du dossier personnel d'un collaborateur de l'Etat auprès du Service du personnel et d'organisation (SPO) et de la Caisse de compensation (CCC). La préposée était d'avis que les documents contenaient des données sensibles (art. 3 al. 1 let. c de la loi sur la protection des données [LPrD ; RSF 17.5]), qu'aucune base légale ne prévoyait leur diffusion, que la personne concernée n'y avait pas consenti et que les circonstances ne permettaient pas de présumer ce consentement. La préposée ne voyait pas d'intérêt public susceptible de l'emporter sur les intérêts privés de la personne concernée pour transmettre ces documents (art. 27 al. 1 LInf)<sup>117</sup>. Pour toutes ces raisons, la préposée a estimé que l'accès à ces documents ne devait pas être octroyé.

---

<sup>112</sup> Recommandation du 5 novembre 2015.

<sup>113</sup> Recommandation du 24 septembre 2015.

<sup>114</sup> 3 recommandations du 26 mars 2012.

<sup>115</sup> Recommandation du 18 février 2019.

<sup>116</sup> Recommandations du 28 juin 2018 et du 26 mars 2012.

<sup>117</sup> Recommandation du 14 novembre 2019.

### 3. Secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication

Les secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication ont été invoqués dans les cas suivants :

- Airbnb et taxe de séjour<sup>118</sup>,
- Paiements pour des revues scientifiques de la Bibliothèque cantonale universitaire (BCU)<sup>119</sup>,
- Echanges entre la commune de Villars-sur-Glâne et son avocat<sup>120</sup>,
- Contrat et révocation du mandat pour une nouvelle école à Romont<sup>121</sup>.

Dans tous ces cas, c'est l'organe public qui a invoqué cet intérêt privé prépondérant, sans motiver plus en détails en quoi les informations contenues dans le document consisteraient en des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication. La préposée est d'avis que ce motif doit être invoqué par le tiers pour s'opposer à l'accès, et non pas par l'organe public lui-même. Elle a par conséquent recommandé d'octroyer l'accès aux documents, après consultation des tiers. Dans un cas<sup>122</sup>, la préposée est arrivée à la conclusion que la commune ne pouvait pas invoquer le secret professionnel, mais bénéficiait néanmoins d'un intérêt public prépondérant pour refuser l'accès.

En ce qui concerne le secret d'affaires (art. 28 al. 1 let. a LInf), il pouvait être invoqué par la Bibliothèque cantonale universitaire (BCU) pour refuser l'accès au document concernant les coûts assumés dans le cadre d'abonnements à des revues scientifiques. En raison d'un arrêt du Tribunal fédéral (TF) récent, la Bibliothèque cantonale universitaire (BCU) dispose d'une marge de manœuvre pour octroyer ou refuser d'octroyer l'accès au document sollicité. Au vu des informations à disposition de la

---

<sup>118</sup> Recommandation du 24 septembre 2020.

<sup>119</sup> Recommandations du 12 mai 2020 et du 28 avril 2016.

<sup>120</sup> Recommandation du 4 mai 2020.

<sup>121</sup> Recommandation du 26 septembre 2019.

<sup>122</sup> Recommandation du 4 mai 2020.

réposée, celle-ci a considéré que de meilleurs arguments existaient en faveur de l'octroi de l'accès au document<sup>123</sup>.

4. Divulgence d'informations fournies librement par un tiers à un organe public qui en a garanti le secret

**La divulgation d'informations fournies librement par un tiers à un organe public qui en a garanti le secret** (art. 28 al. 1 let. c LInf) a été invoquée plusieurs fois par l'organe public dans sa détermination. Il s'agissait des recommandations suivantes :

- Paiements pour des revues scientifiques de la Bibliothèque cantonale universitaire (BCU)<sup>124</sup>,
- Rapport sur les pratiques managériales du Réseau Santé Sociale de la Veveyse (RSSV)<sup>125</sup>
- Contrat et révocation du mandat pour une nouvelle école à Romont<sup>126</sup>.

Dans ces cas, la préposée a relevé que le caractère secret/confidentiel ou public d'un document est une qualification qui relève uniquement de la LInf et qui échappe à la volonté des parties<sup>127</sup>. Si un document pouvait être qualifié de confidentiel par les parties, cela reviendrait à admettre que le paradigme de la transparence voulu par le législateur pourrait trop facilement être renversé par la seule volonté des parties<sup>128</sup>. La jurisprudence récente reconnaît trois conditions cumulatives pour qu'une clause de confidentialité soit valable, qui n'étaient pas réunies dans les demandes auprès de la Bibliothèque cantonale universitaire (BCU) et du Réseau Santé Sociale de la Veveyse (RSSV)<sup>129</sup> : les informations doivent avoir été fournies à l'organe public par une personne privée et non pas par un organe public ; elles doivent

---

<sup>123</sup> Recommandation du 12 mai 2020.

<sup>124</sup> Recommandations du 12 mai 2020 et du 28 avril 2016.

<sup>125</sup> Recommandation du 1<sup>er</sup> octobre 2019.

<sup>126</sup> Recommandation du 26 septembre 2019.

<sup>127</sup> Recommandation du 24 septembre 2020.

<sup>128</sup> Recommandation du 24 septembre 2020.

<sup>129</sup> Recommandation du 12 mai 2020, recommandation du 1<sup>er</sup> octobre 2019.

l'avoir été librement, c'est-à-dire sans contrainte, et non pas dans le cadre d'une obligation légale ou contractuelle ; enfin, il doit y avoir une garantie de confidentialité donnée par l'administration qui a expressément accordé celle-ci à la demande explicite de l'informateur. Si une personne doit fournir une information sur la base d'une loi au sens formel ou matériel, elle ne peut pas exiger de garantie pour le secret. Les autorités doivent adopter une pratique très restrictive au cas par cas pour conclure de telles clauses de confidentialité<sup>130</sup>. Dans le cas de Romont, la préposée a relevé, après consultation des documents, que la clause de confidentialité n'existait pas<sup>131</sup>.

## CONCLUSION

La LInf, entrée en vigueur il y a dix ans, a opéré un renversement de paradigme : chaque document détenu par un organe public est désormais accessible au public, sans justification nécessaire, sous réserve des limites prévues par la LInf, comme les intérêts publics ou privés prépondérants.

Toute personne peut demander l'accès aux documents officiels auprès de l'organe public concerné. Dans plus de 80% des demandes d'accès, à savoir dans une très grande majorité des cas, et parfois après une médiation ou suite à une recommandation, les organes publics ont accordé un accès total, restreint ou différé au document.

La personne qui a demandé l'accès et les tiers qui ont fait opposition peuvent déposer contre la détermination de l'organe public une requête en médiation auprès de la préposée à la transparence. Ce n'est que dans ces cas que la procédure de médiation peut avoir lieu. Elle consiste en une médiation devant la préposée qui formule en cas d'échec une recommandation à l'attention de l'organe public. Depuis son entrée en vigueur, la procédure de médiation a été souvent utilisée, à savoir plus ou moins 10 demandes en médiation en moyenne par année de 2011 à 2017. Les demandes en médiation ont fortement augmenté de 2018

---

<sup>130</sup> Arrêt du TF 1C\_500/2020 du 11 mars 2021 consid. 3-3.3.2, arrêt du TAF A-6003/2019 du 18 novembre 2020, consid. 6.6.1.

<sup>131</sup> Recommandation du 26 septembre 2019.

à 2021, avec plus de 28 demandes en médiation en moyenne par année. Cela laisse à penser que la loi est de plus en plus connue par les personnes.

Le canton de Fribourg fait partie des cantons qui prévoit une médiation avant que la préposée rende éventuellement une recommandation. Comme relevé par la doctrine<sup>132</sup>, cette procédure de médiation s'est avérée utile dans une très large majorité des cas puisque seules 36 recommandations ont été rendues sur les 154 demandes en médiation.

À 36 reprises, la médiation a échoué et la préposée a par conséquent rendu une recommandation. Ces recommandations ont dans une grande majorité des cas conclu à ce que la LInf exige de l'organe public, à savoir de donner l'accès aux documents sollicités, parfois de manière différée ou parfois dans une version caviardée.

L'organe public a généralement donné suite à la recommandation de la préposée. Toutefois, le requérant s'est vu confronté à un rejet de la recommandation et a déposé un recours, à 2 reprises au sein de l'administration, et à 7 reprises au Tribunal cantonal (TC). À une reprise, le recours au Tribunal cantonal (TC) émanait d'un tiers qui s'opposait à la décision de l'organe public d'octroyer l'accès au document. En ce qui concerne les 2 recours au sein de l'administration, celle-ci a décidé de suivre la recommandation de la préposée et a accordé l'accès aux documents. Quant au Tribunal cantonal (TC), il a dans ses 6 décisions octroyé l'accès au document conformément à la recommandation de la préposée, à savoir dans la totalité des cas. 1 recours est actuellement pendant.

Tant les organes publics que les personnes ont mis un certain temps à réaliser l'ampleur du nouveau paradigme de la publicité des documents détenus par l'Etat. Cette prise de conscience s'est nettement accélérée ces dernières années, notamment aussi auprès de la presse. L'expérience fribourgeoise, à l'instar des autres cantons, montre que nous sommes probablement au début seulement de cette évolution.

---

<sup>132</sup> STÖCKLI, p. 222.

