



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Autorité cantonale de la transparence, de la
protection des données et de la médiation ATPrDM
Kantonale Behörde für Öffentlichkeit, Datenschutz
und Mediation ÖDSMB

La préposée à la transparence et
à la protection des données

Rue des Chanoines 2, 1700 Fribourg

T +41 26 322 50 08

www.fr.ch/atprdm

—

Réf : MS/al 2024-Trans-82

T direct : +41 26 305 59 73

Courriel : martine.stoffel@fr.ch

Recommandation du 13 décembre 2024

selon l'article 33 de la loi sur l'information et l'accès aux documents
(LInf)

concernant la requête en médiation entre

et

la commune d'Estavayer

I. La préposée cantonale à la transparence constate :

1. _____ (ci-après : la requérante) et la commune d'Estavayer (ci-après : la commune) sont ou ont été parties à des procédures civiles et administratives les opposant.
2. Par courrier du 25 mars 2024, la requérante a demandé à la commune « un droit de regard » sur la convention conclue entre la commune et un promoteur pour réaliser un projet d'hôtel au parc _____. Le 28 mars 2024, la commune a accusé réception de ce courrier.

3. Par courrier du 29 avril 2024, la requérante a informé la commune être toujours dans l'attente d'une réponse au courrier du 25 mars 2024.
4. Par courrier du 2 mai 2024, la requérante a demandé à la commune l'accès à « la ou les conventions signées avec _____, respectivement avec les sociétés dont il est administrateur ».
5. Par décision du 17 mai 2024, la commune a refusé l'accès aux documents demandés au motif que la demande est « vague et non définie » et que ces documents ne sont pas des documents officiels au sens des articles 1 ou 22 de la loi sur l'information et l'accès aux documents (ci-après : LInf ; RSF 17.5).
6. Le 12 juin 2024, la requérante a déposé une demande en médiation auprès de la préposée.
7. Le 18 juin 2024, la préposée a invité les parties à une séance de médiation. Elle a également imparti à la commune un délai pour se déterminer et pour lui remettre les documents dont l'accès a été demandé (art. 41 al. 3 LInf).
8. Lors de la séance de médiation du 23 août 2024, les parties ont convenu que la demande d'accès porte sur le contrat de partenariat conclu entre la commune et _____ (ci-après : le tiers) prévoyant notamment le développement d'un projet hôtelier/la construction d'un nouvel hôtel sur le parc de _____, ainsi que sur les éventuelles conventions postérieures ou antérieures en lien avec cet objet. Elles ont également convenu que la commune consulte _____, et se détermine sur la demande d'accès jusqu'au 30 septembre 2024. Enfin, elles ont accepté que la procédure de médiation soit suspendue et reprenne le 30 septembre 2024.
9. Par courriel du 30 septembre 2024, la commune a remis à la préposée le courriel que le tiers a adressé le 27 septembre 2024 à la commune. Il a indiqué que « la société _____ s'oppose catégoriquement à ce que la convention [...] soit communiquée à qui que ce soit. Elle invoque son intérêt privé [...] ». »
10. La commune a confirmé le 30 septembre 2024 son opposition à la consultation du dossier litigieux.
11. Par courrier du 10 octobre 2024, la requérante a confirmé sa volonté de consulter les documents mentionnés dans la convention de médiation du 23 août 2024.
12. Par courriel du 11 octobre 2024, la préposée a déclaré l'échec de la médiation et a informé les parties qu'elle va rendre une recommandation. Elle a également laissé un délai aux parties pour se déterminer.
13. Dans ses déterminations du 15 novembre 2024, la commune a confirmé son refus de donner accès au contrat susmentionné. Elle y a joint une lettre du tiers, datée du 13 novembre 2024, dans laquelle ce dernier rappelle son opposition à la demande d'accès de la requérante et transmet à la commune un avis de droit avec son appréciation juridique de la situation.
14. Par courrier du 22 novembre 2024, la requérante a déposé ses déterminations.
15. Par courriel du 27 novembre 2024, la préposée a à nouveau déclaré l'échec de la médiation et a informé les parties qu'elle va rendre une recommandation
16. La médiation ayant échoué, la préposée formule, dès lors, la présente recommandation.

II. La préposée considère ce qui suit :

A. Considérants formels

17. En vertu de l'article 33 alinéa 1 de la Loi du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents (ci-après : LInf ; RSF 17.5), toute personne qui a demandé l'accès ou qui a fait opposition en tant que tiers peut, dans les trente jours qui suivent la détermination de l'organe public, déposer par écrit et contre celle-ci une requête en médiation auprès de la préposée. La personne qui a demandé l'accès peut, si l'organe public ne répond pas dans les délais prévus, déposer une requête en médiation comme si l'accès avait été refusé (art. 13 al. 3 de l'Ordonnance du 14 décembre 2010 sur l'accès aux documents ; ci-après : OAD ; RSF 17.54). En l'absence de requête, la détermination est considérée comme acceptée (art. 14 al. 1 OAD).
18. La préposée conduit librement la procédure de médiation et s'efforce d'amener les parties à un accord (art. 14 al. 2 OAD).
19. Lorsque la médiation aboutit, l'accord est consigné par écrit et devient immédiatement exécutoire (art. 14 al. 3 OAD).
20. Lorsque la médiation échoue ou n'aboutit pas, la préposée établit à l'intention des parties une recommandation écrite (art. 33 al. 2 LInf).
21. Lorsqu'une recommandation a été émise, l'organe public rend d'office une décision ; s'il se rallie à la recommandation, le renvoi à cette dernière peut faire office de motivation (art. 33 al. 3 LInf). L'organe public rend sa décision dès que possible, mais au plus tard dans les trente jours qui suivent la réception de la recommandation (art. 15 al. 1 OAD).

B. Considérants matériels

a) Domaines régis par la législation spéciale

22. L'article 20 alinéa 1 LInf prévoit que toute personne physique ou morale a, dans la mesure prévue par la présente loi, le droit d'accéder aux documents officiels détenus par les organes publics. Toutefois, conformément à l'article 21 alinéa 1 LInf, les dispositions relatives à l'accès aux documents officiels ne sont pas applicables aux domaines suivants, qui sont régis exclusivement par la législation spéciale : la consultation des documents relatifs à des procédures civiles, pénales, de juridiction administrative et d'arbitrage pendantes (let. a) ; la consultation du dossier par les parties durant une procédure administrative de première instance (let. b) ; l'accès d'une personne aux données la concernant (let. c).
23. Dès lors que la requérante et le tiers sont ou ont été parties à des procédures civiles et administratives les opposant, il convient en premier lieu d'établir si les dispositions sur l'accès aux documents officiels (art. 20 ss LInf) s'appliquent. Le dossier ne contient aucun élément en relation avec ces procédures si ce n'est que des allégations de la commune et du tiers. En tout état de cause, le document recherché n'est manifestement pas concerné par une procédure civile, pénale, de juridiction administrative ou d'arbitrage pendante. Il ne ressort pas des informations en possession de la préposée que ce document est une pièce d'un dossier d'une procédure administrative de première instance. En conséquence, les articles 20 et suivants de la LInf s'appliquent.

b) Identification des documents

24. Dans ses déterminations du 19 août 2024, la commune a indiqué que la demande d'accès est vague, de sorte qu'elle n'est pas en mesure d'identifier les documents dont l'accès a été demandé.
25. Conformément à l'article 31 alinéa 1 LInf, la demande d'accès à un document officiel doit contenir des indications suffisantes pour permettre l'identification du document concerné. L'article 32 alinéa 1 LInf précise que l'organe public assiste la personne qui demande l'accès, notamment en l'aidant dans l'identification du document recherché ; il traite la demande avec diligence et tient compte des besoins particuliers des médias.
26. Dans son Message du 26 août 2008¹, le Conseil d'État a indiqué que l'administration a un devoir général d'assistance envers les administrés qui souhaitent faire valoir leur droit. En ce sens, elle doit faire tout ce qui est en son pouvoir pour aider les demandeurs à identifier les documents recherchés.
27. Dans la mesure où les parties ont, par accord de médiation du 23 août 2024, circonscrit les documents recherchés, la préposée considère que les documents recherchés ont été identifiés précisément, à savoir le contrat conclu entre la commune et le tiers et ses éventuelles annexes concernant le développement d'un projet hôtelier/la construction d'un nouvel hôtel sur le parc _____, ainsi que les éventuelles conventions postérieures ou antérieures en lien avec cet objet. Ce grief peut ainsi être écarté.

c) Document officiel

28. À ce stade, il s'agit de savoir si ce contrat est un document officiel assujéti à la LInf.
29. La commune indique que le contrat litigieux relève du droit privé, puisque le bien-fonds concerné fait partie de son patrimoine financier, de sorte que les documents y relatifs ne seraient pas des documents officiels soumis à la LInf. La commune n'agirait pas dans l'accomplissement d'une tâche publique.
30. Toute personne physique ou morale a, dans la mesure prévue par la LInf, le droit d'accéder aux documents officiels détenus par les organes publics (art. 20 LInf).
31. Constituent des documents officiels au sens de la présente loi les informations enregistrées sur un support quelconque et qui concernent l'accomplissement d'une tâche publique (art. 22 al. 1 LInf). Sont également réputés documents officiels les documents qui peuvent être établis par un traitement informatique en extrayant les informations concernées d'une base de données (art. 22 al. 2 LInf). Ne sont pas des documents officiels les documents qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration ou sont destinés à l'usage personnel (art. 22 al. 3 LInf). Selon une règle particulière sur l'environnement, sont des informations sur l'environnement au sens de la présente loi les informations enregistrées sur un support quelconque et qui découlent des domaines d'application des législations sur la protection de l'environnement, la protection de la nature et du paysage, la protection des eaux, la protection contre les dangers naturels, la sauvegarde des forêts, la chasse, la pêche, le génie génétique et la protection du climat, ainsi

¹ Message n° 90 du Conseil d'État au Grand Conseil accompagnant le projet de loi sur l'information et l'accès aux documents (LInf) du 26 août 2008, p. 21.

que les informations relevant de dispositions sur l'énergie qui se rapportent à ces domaines (art. 22 al. 4 LInf).

32. Il ressort de ce qui précède que ce n'est pas le caractère privé ou public du contrat qui est pertinent, mais la nature de la tâche. En l'occurrence, il est raisonnable de considérer que la commune agit dans le cadre de sa tâche de développement et de promotion du tourisme (article 82 de la loi sur les communes [RSF 140.1] ; article 6 de la loi sur le tourisme [RSF 951.1]). Cette position est également corroborée par le fait que la commune n'a pas aliéné le terrain mais a préféré octroyer un droit distinct et permanent en faveur d'un tiers (se référer à l'article 3 alinéa 3 lettre a de la loi sur les finances communales [RSF 140.6]). Partant, elle considère que la parcelle concernée revêt d'une certaine importance pour son développement touristique.
33. Le Message du 26 août 2008² du Conseil d'État confirme l'appréciation selon laquelle un organe public agissant selon le droit privé peut être soumis à la transparence. Il y est précisé que la notion des documents officiels est « définie de manière plus ou moins similaire partout en Suisse » et que les éléments de la notion de cette définition « sont explicités sur neuf pages dans le message du Conseil fédéral à l'appui du projet LTrans, auquel il est possible de se référer globalement ».
34. Selon le Message du Conseil fédéral du 12 février 2003, « [l]a Confédération reste soumise au principe de transparence lorsqu'elle agit en droit privé, par exemple lorsqu'elle gère son patrimoine financier ou lorsqu'elle acquiert du matériel et de fournitures nécessaires à l'exercice de ses activités. Les documents officiels se rapportant aux contrats de droit privé de l'administration doivent par conséquent être communiqués selon les règles du projet. »³
35. En outre, la jurisprudence du Tribunal fédéral admet que la notion juridique indéterminée « tâche publique » ne doit pas être interprétée de manière restrictive, afin de favoriser la transparence de l'administration et la confiance du citoyen dans les institutions étatiques⁴. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, il convient de définir de manière large la notion de documents officiels⁵.
36. Dans le cas présent, le contrat conclu entre la commune et le tiers pour le développement d'un projet hôtelier, respectivement la construction d'un nouvel hôtel sur le parc _____, a été établi dans le cadre de l'octroi d'un droit distinct et permanent sur un immeuble appartenant à la commune. Cette démarche s'inscrit dans une stratégie de développement touristique de la commune. Il ne s'agit donc pas d'une simple exploitation d'un immeuble de rendement comme dans le cas traité en 2015 par le Tribunal fédéral⁶. Dans ce contexte, la préposée estime que le public doit pouvoir vérifier que cette transaction a été réalisée conformément à la législation en vigueur, et en particulier aux principes constitutionnels. Ainsi, la préposée est d'avis que les documents recherchés sont soumis à la transparence. Il convient de noter que cette conclusion concorde avec la conclusion 1 formulée par le tiers concerné dans son analyse juridique annexée à son courrier du 13 novembre 2024 (p. 3) : « En l'occurrence, il appert que la

² Message n° 90 du Conseil d'État au Grand Conseil accompagnant le projet de loi sur l'information et l'accès aux documents (LInf) du 26 août 2008, p. 16.

³ Message du 12 février 2003 relation à la loi fédérale sur la transparence de l'administration, p. 1837.

⁴ ATF 133 II 209 c. 2.3.1.

⁵ ATF 136 II 399 c. 3.1 ; arrêt du TF 1C_634/2023 du 30 septembre 2024 c. 3.4.

⁶ Arrêt du TF 1C_379/2014 du 29 janvier 2015 c. 5.2.

convention, qui vise à fixer les modalités contractuelles en vue de la signature d'un droit distinct et permanent en faveur _____ sur un immeuble appartenant à la Commune d'Estavayer-le-Lac, tombe sous le coup du principe de transparence et donc sous la LInf ».

37. Pour ces motifs, la préposée soutient que les documents dont l'accès est demandé sont des documents officiels au sens de l'article 22 LInf.
- d) *Intérêt privé prépondérant – protection des données personnelles*
38. L'article 25 alinéa 1 LInf prévoit que l'accès à un document officiel est différé, restreint ou refusé si et dans la mesure où un intérêt public ou privé prépondérant au sens des articles 26 à 28 LInf l'exige.
39. L'article 27 alinéa 1 LInf précise qu'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 prévoie la diffusion des données concernées auprès du public (let. a), 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 (let. b) ou que l'intérêt public à l'information ne l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret de la personne concernée (let. c).
40. Dans le cas présent, aucune disposition légale ne prévoit la diffusion des données concernées, les personnes concernées n'ont pas consenti à la communication de leurs données au public et les circonstances ne permettent pas de présumer ce consentement.
41. Il convient de procéder à une pondération des intérêts en présence dans chaque situation concrète, afin de déterminer si l'intérêt du public à l'information l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret de la personne concernée.
42. Cela étant, la notion de données personnelles doit être comprise dans un sens large et englobe toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable, peu importe leur nature, leur contenu ou le support sur lequel elles sont enregistrées (art. 3 de la loi cantonale du 12 octobre 2023 sur la protection des données, LPrD ; RSF 17.1). Cette condition est remplie quand le lien entre une information et une personne est explicite, mais également quand ce lien découle d'une corrélation d'informations tenant au contexte⁷.
43. En l'espèce, la commune, ainsi que le tiers, ont invoqué la protection des données personnelles concernant cette société. Certes, le document recherché contient des données personnelles relatives au tiers, telles que son siège social et certaines précisions sur son projet hôtelier. Mais, la préposée ne relève aucun élément susceptible de faire obstacle à l'intérêt public, à savoir la transparence quant à la bonne gestion du patrimoine financier de la commune. Par ailleurs, ces données personnelles peuvent faire l'objet de restrictions, en particulier de caviardage, comme il sera précisé ultérieurement (cf. ch. 52).
- e) *Secret d'affaires, données personnelles et principe de la proportionnalité*
44. Comme indiqué plus haut, l'accès à un document officiel est différé, restreint ou refusé si et dans la mesure où un intérêt public ou privé prépondérant au sens des articles 26 à 28 LInf l'exige (art. 25 al. 1 LInf).
45. Un intérêt privé prépondérant existe en outre lorsque l'accès, s'il était accordé révélerait des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication (let. a) ; constituerait une violation du droit

⁷ Arrêt TC-FR 601 2018 76 du 13 septembre 2018., c. 4.2.1.

- d'auteur (let. b) ; divulguerait des informations fournies librement par un tiers à un organe public qui en a garanti le secret (let. c) (art. 28 al. 1 LInf).
46. Conformément à l'article 7 alinéas 1 et 3 OAD, l'organe public détermine si l'accès doit être différé ou restreint plutôt que refusé en se fondant sur le principe de proportionnalité. Lorsqu'une limitation ne concerne qu'une partie des informations contenues dans le document, les passages concernés sont caviardés de manière à ce qu'ils ne puissent pas être reconstitués et que les occultations soient clairement reconnaissables.
 47. En l'espèce, la commune, respectivement le tiers, a invoqué le secret d'affaires.
 48. Selon la jurisprudence, constitue un secret d'affaires, toute connaissance particulière qui n'est pas de notoriété publique, qui n'est pas facilement accessible, dont le détenteur a un intérêt légitime à conserver l'exclusivité et qu'en fait, il n'entend pas divulguer. L'intérêt au maintien du secret est un critère objectif. En règle générale, on admet que le secret d'affaires couvre les données techniques, organisationnelles, commerciales et financières qui sont spécifiques à l'entreprise et qui peuvent avoir une incidence sur le résultat commercial et en conséquence sur la capacité concurrentielle. Il y a dans la règle un intérêt objectif à maintenir secret les parts de marché des entreprises, les chiffres d'affaires, les prix, les rabais et primes, les sources d'approvisionnement⁸.
 49. Dans le cadre d'une demande d'accès, le Tribunal fédéral a rappelé que la notion de secret d'affaires « doit être comprise dans un sens large puisqu'il s'agit de toute information qu'une entreprise est légitimée à vouloir conserver secrète, soit plus concrètement les données susceptibles d'influer sur la marche de ses affaires ou d'entraîner une distorsion de concurrence au cas où des entreprises concurrentes en prendraient connaissance »⁹.
 50. Afin qu'un secret d'affaires puisse être invoqué, la jurisprudence a fixé quatre conditions cumulatives : « il doit y avoir un lien entre l'information et l'entreprise ; l'information doit être relativement inconnue, c'est-à-dire ni notoire ni facilement accessible ; il doit exister un intérêt subjectif au maintien du secret (volonté du détenteur de ne pas révéler l'information) et cet intérêt doit être objectivement fondé (intérêt objectif) »¹⁰. Lorsqu'un document comporte des secrets d'affaires, le principe de proportionnalité exige que seuls les passages concernés soient protégés, plutôt que l'intégralité du document.
 51. En l'espèce, la préposée ne dispose d'aucun élément concret susceptible de justifier un refus d'accès complet. Le tiers a, certes, allégué l'existence de secret d'affaires, mais il ne l'a pas démontré de manière précise. Ni la commune ni le tiers n'ont expliqué de manière concrète en quoi la révélation du contrat est susceptible de compromettre la capacité concurrentielle du tiers, d'autant plus que le contrat est déjà conclu. En outre, il ressort des allégations du tiers que la requérante a intenté plusieurs procédures judiciaires contre la commune à la suite de la résiliation anticipée de son droit de superficie. Ces litiges – dont l'issue demeure inconnue de la préposée – ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une dynamique de concurrence ou d'une compétition sur le marché. Dans ces conditions, la préposée est d'avis que l'accès aux documents sollicités doit être accordé à la requérante.

⁸ ATF 142 II 268 c. 5.2.2.

⁹ Arrêt du TF 1C_533/2018 du 26 juin 2019 c. 2.2 ; cf. ég. ATAF A-1751/2017 du 1^{er} mai 2020 c. 8.2.

¹⁰ Arrêt du TF 1C_533/2018 du 26 juin 2019 c. 2.2 ; cf. ég. ATAF A-1751/2017 du 1^{er} mai 2020 c. 8.2.

52. Dans l'hypothèse où la commune devait estimer qu'il existe des données personnelles ou des éléments soumis au secret d'affaires, elle doit examiner s'il existe la possibilité de les caviarder, et non se contenter de refuser l'accès complet aux documents, conformément au principe de proportionnalité. En effet, elle doit dès lors préférer une transmission partielle à un refus total d'accès. De même, s'il est à prévoir que l'écoulement du temps modifiera le risque d'atteinte, la commune peut différer l'accès au document demandé. En tout état de cause, elle ne saurait refuser la transmission d'un document si une mesure moins incisive telle que le caviardage permet de sauvegarder l'intérêt public protégé. La limite à l'accès partiel se trouve dans l'intégrité du document, en ce sens qu'il doit rester compréhensible pour la personne qui le sollicite¹¹.

III. Se fondant sur les considérants susmentionnés, la préposée recommande :

53. La commune d'Estavayer se détermine en faveur de l'accès au document conformément aux modalités prévues par la LInf. Elle transmet sa détermination à _____, ainsi qu'une copie au requérant. Elle informe _____ qu'en cas de maintien de son opposition à l'accès au document en invoquant un secret d'affaires (art. 28 al. 1 let. a LInf), elle doit déposer dans les 30 jours qui suivent la détermination une requête en médiation auprès de la préposée (art. 33 al. 1 LInf). Après le délai de 30 jours et sans opposition de _____, la commune d'Estavayer transmet le document à _____.

54. La présente recommandation peut être publiée sous forme anonymisée (art. 41 al. 2 let. e LInf).

55. La recommandation est notifiée par courrier recommandé :

- > à Me Laurence Noble, _____ ;
- > à Me Jean-Michel Brahier, _____ ;
- > à _____.

Martine Stoffel

Préposée cantonale à la transparence et à la protection des données

¹¹ Arrêt TC-FR 601 2019 96 du 9 novembre 2020, c. 2.3.3.