



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 2023-Trans-173/2024-Trans-16

T direct : +41 26 305 59 73

Courriel : martine.stoffel@fr.ch

Recommandations du 22 mars 2024

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

concernant la requête en médiation entre

_____ (journaliste)

et

le Ministère public du canton de Fribourg

et la requête en médiation entre

et

le Ministère public du canton de Fribourg

I. La préposée cantonale à la transparence constate :

1. Par courrier du 4 octobre 2023, la journaliste _____ (ci-après : la requérante) a demandé au Ministère public du canton de Fribourg (ci-après : le Ministère public) l'accès à une ordonnance pénale rendue le 23 septembre 2013 et au dossier pénal de _____ (le tiers) dans cette procédure, dans le cadre d'une enquête journalistique, conformément aux articles 20ss de la loi fribourgeoise du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents (LInf ; RSF 17.5).
2. Par courrier du 16 novembre 2023, le Ministère public s'est déterminé en faveur d'un accès partiel à l'ordonnance pénale rendue le 23 septembre 2013, après consultation des tiers concernés, et contre l'accès au dossier pénal.
3. Par courriel du 23 novembre 2023, la requérante a saisi la préposée cantonale à la transparence et à la protection des données (ci-après : la préposée) d'une requête en médiation (art. 33 al. 1 LInf).
4. Par courrier du 27 novembre 2023, la préposée a invité les parties à une séance de médiation et demandé au Ministère public de lui faire parvenir les documents demandés par la requérante (art. 41 al. 3 LInf). Le Ministère public a transmis les documents sollicités.
5. Par courriel du 4 décembre 2023, le Ministère public a informé la requérante et la préposée que _____ venait de lui confirmer l'adresse actuelle du tiers. Partant, il lui a adressé sa détermination.
6. Par courriel du 5 décembre 2023, la préposée a suspendu la médiation, la consultation du tiers étant en cours.
7. Le 2 janvier 2024, le tiers a informé le Ministère public s'opposer à ce que l'accès à l'ordonnance pénale et au dossier pénal soit accordé à la requérante. Le 15 janvier 2024, le Ministère public a transmis cette détermination à la préposée, en indiquant que ce refus vaut requête en médiation.
8. Le 18 janvier 2024, la préposée a demandé au Ministère public de se déterminer concernant la demande d'accès de la requérante. Le Ministère public a informé la préposée par courrier du 22 janvier 2024 qu'il maintient sa détermination du 16 novembre 2023.
9. Le 30 janvier 2024, la préposée a informé le tiers et le Ministère public qu'elle allait réaliser la médiation par écrit et leur a imparti un délai jusqu'au 15 mars 2024 pour se déterminer.
10. Le 4 mars 2024, le Ministère public a informé la préposée par courrier qu'il maintient sa détermination du 16 novembre 2023.
11. Le 13 mars 2024, le tiers concerné a informé la préposée par courriel qu'il maintient son refus à ce que l'accès à l'ordonnance pénale et au dossier pénal soit octroyé.
12. La médiation ayant échoué, la préposée formule, dès lors, la présente recommandation.

II. La préposée considère ce qui suit :

A. Considérants formels

13. 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).
14. La préposée conduit librement la procédure de médiation et s'efforce d'amener les parties à un accord (art. 14 al. 2 OAD).
15. Lorsque la médiation aboutit, l'accord est consigné par écrit et devient immédiatement exécutoire (art. 14 al. 3 OAD).
16. Lorsque la médiation échoue ou n'aboutit pas, la préposée établit à l'intention des parties une recommandation écrite (art. 33 al. 2 LInf).
17. 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) Documents officiels

18. La demande d'accès de la requérante porte sur une ordonnance pénale et un dossier pénal clos du Ministère public.
19. Ces documents sont des informations enregistrées sur des supports de toutes sortes et qui concernent l'accomplissement d'une tâche publique (art. 22 al. 1 LInf et art. 2 OAD). Il s'agit en effet d'une ordonnance pénale ainsi que de l'ensemble du dossier pénal dans le cadre d'une procédure pénale close.
20. La LInf s'applique au niveau de la procédure aux demandes de consultation des dossiers judiciaires déposées auprès du Ministère public¹. Les dispositions de la LInf sur la procédure d'accès (demande d'accès, détermination, médiation, recommandation et décision sujette à recours) sont applicables (art. 20 ss LInf).
21. Pour apprécier matériellement l'accès aux ordonnances pénales et aux dossiers pénaux, le Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP RS 312.0) contient des dispositions spéciales de droit fédéral qui priment en principe sur la LInf (art. 69 al. 2 CPP).

¹ Arrêt du Tribunal cantonal 601 2020 52 du 20 avril 2020.

22. L'accès par un tiers non impliqué à l'ensemble du dossier d'une procédure pénale close est réglé par l'art. 99 al. 1 CPP², qui prévoit qu'après la clôture de la procédure, le traitement des données, la procédure et les voies de droit sont régis par les dispositions fédérales et cantonales sur la protection des données.
 23. Dans son Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, le Conseil fédéral explique qu'une fois la procédure close, sont applicables non seulement les normes régissant *le droit d'accès* mais encore toutes les dispositions des actes législatifs fédéraux et cantonaux en matière de protection des données, en particulier celles qui concernent le traitement, la procédure et les voies de droit³. L'article 17 alinéa 2 de la Loi cantonale du 12 octobre 2023 sur la protection des données (LPrD ; RSF 17.1) prévoit que la communication de données personnelles au public est régie par la LInf.
 24. Il n'est pas tout à fait clair quelle est vraiment la législation qui prime. C'est quand-même probablement le droit de la procédure fédérale. Le passage dans le message est un passage dans le message et non pas dans la loi. Quoi qu'il en soit, le résultat en l'occurrence est le même (consid. 25-41).
- b) *Accès à l'ordonnance pénale*
25. Les débats devant le tribunal de première instance et la juridiction d'appel de même que la notification orale des jugements et des décisions de ces tribunaux sont publics, à l'exception des délibérations (art. 69 al. 1 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, CPP RS 312.0). Lorsque, dans ces cas, les parties ont renoncé à un prononcé en audience publique ou qu'une ordonnance pénale a été rendue, les personnes intéressées peuvent consulter les jugements et les ordonnances pénales (art. 69 al. 2 CPP). La journaliste est ici une personne intéressée.
 26. En l'occurrence, le Ministère public a admis que la requérante, journaliste, justifie d'un intérêt pour accéder à l'ordonnance pénale. Un tiers concerné s'est déterminé en faveur de l'accès total aux documents sollicités. Un autre tiers s'est déterminé contre l'accès, en invoquant des intérêts privés prépondérants, concernant sa vie privée. En raison des informations sensibles qui y sont contenues, le Ministère public s'est déterminé en faveur d'un accès caviardé à l'ordonnance pénale, de façon à garantir l'anonymat des personnes qui y sont mentionnées, mais pas de la personne mise en cause, son identité étant de toute façon connue de la requérante.
 27. La préposée partage l'appréciation du Ministère public : en tant que journaliste, la requérante a un intérêt à accéder à l'ordonnance pénale caviardée. Elle est d'avis que l'ordonnance contient des informations sensibles sur des tiers. Le Ministère public doit veiller à prévoir le caviardage qui s'impose, pour garantir l'anonymat de ces tiers.
 28. Un tiers concerné ne s'est pas opposé à l'accès. Un autre tiers concerné en revanche a refusé que l'accès soit octroyé à l'ordonnance comme telle. En l'occurrence, il ne peut pas s'y opposer, il peut seulement exiger le caviardage nécessaire. Compte tenu du contenu de l'ordonnance et des circonstances, il paraît suffisant et proportionnel de caviarder toutes les informations concernant les tiers et toutes les informations qui permettraient éventuellement de les identifier.

² Arrêt 1C_520/2022 du 22 août 2023 c. 2.

³ Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, p. 1139.

c) Accès au dossier pénal – protection des données

29. Le Ministère public a refusé de transmettre le dossier pénal.
30. Le CPP ne se prononce pas expressément sur l'accès aux dossiers pénaux. Le Tribunal fédéral a récemment jugé qu'il fallait effectuer une pesée des intérêts entre les intérêts privés en jeu avant d'octroyer l'accès à un dossier pénal⁴.
31. Dans le cas précis, tout bien considéré et au vu des données sensibles contenues dans le dossier pénal, les intérêts privés des tiers prennent le pas sur les intérêts d'une journaliste à avoir accès à un dossier aussi sensible.
32. Selon la LInf, un intérêt privé prépondérant pour restreindre, différer ou refuser l'accès est reconnu selon la LInf lorsque l'accès peut porter atteinte à la protection des données personnelles (art. 27 al. 1 LInf), à moins qu'une disposition légale ne prévoit la diffusion des données concernées auprès du public (let. a), la personne concernée n'ait consenti à la communication de ses données au public ou les circonstances ne permettent de présumer son consentement (let. b) ou que l'intérêt du public à l'information ne l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret de la personne concernée (let. c). 29.
33. Dans le cas précis, aucune disposition légale ne prévoit la diffusion des données concernées auprès du public, le tiers n'a pas consenti à leur diffusion et l'accès à l'ordonnance caviardée étant prévue, au vu du contenu sensible du dossier, l'intérêt du public à l'information ne l'emporte pas sur l'intérêt au maintien du secret de la personne concernée.
34. Du reste, dans l'hypothèse où le dossier pénal contiendrait des procès-verbaux d'auditions, il s'agirait de procès-verbaux de séances non publiques. Ces documents constituent des cas particuliers, pour lesquels l'accès est exclu (art. 29 al. 1 let. b LInf).
35. Compte tenu de ce qui précède, la préposée est d'avis que l'accès au dossier pénal ne doit pas être octroyé.

C. Procédure et notification à l'étranger

36. Dans son Message du 26 août 2008⁵, le Conseil d'État a indiqué qu'en ce qui concerne les articles 30 à 35 LInf sur la procédure d'accès, ces dispositions sont en grande partie inspirées de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans ; RS 152.3).
37. Le tiers concerné se trouvant à l'étranger, la question de la notification des différents actes pendant la procédure de médiation se pose.
38. L'article 299 du code pénal (CP ; RS 311.0) est le pendant de l'article 271 CP, lequel punit pénalement les actes exécutés sans droit pour un état étranger. Pour être punissable au sens de l'article 299 ch. 1 CP, deux éléments constitutifs objectifs doivent être remplis : l'existence d'un acte officiel et l'atteinte à la souveraineté territoriale. Par acte officiel, on entend tout acte qui, considéré pour lui-même, est caractéristique, dans son sens et ses buts, d'une activité officielle. L'acte officiel doit être accompli dans le cadre, en vue ou au bénéfice d'une

⁴ Arrêt 1C_520/2022 du 22 août 2023 c. 4 et ss.

⁵ 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. 8

procédure menée en Suisse. Un acte peut être considéré comme officiel en particulier lorsqu'il est assorti de l'usage de la menace et de la contrainte⁶.

39. L'Office fédéral de la justice (l'OFJ) a émis un avis de droit sur la notification des actes de procédure de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans : RS 152.3). Il y figure notamment que « *l'acte de procédure de demande d'accès qui vise à consulter le tiers concerné selon l'art. 11 al. 1 LTrans n'est pas un acte officiel au sens de l'article 299 CP. Il en va de même de l'invitation du préposé à la procédure de médiation selon l'art. 12b OTrans ainsi que l'éventuelle information que l'affaire est classée. Ces actes sont des simples communications qui n'entraînent aucune conséquence juridique, y compris procédurale pour les personnes concernées. Ces communications peuvent être effectuées de manière informelle, par exemple par courriel ou par courrier simple* ». En revanche, la recommandation du préposé fédéral à la protection des données et à la transparence est un acte officiel. La recommandation doit être notifiée pour permettre à la partie de demander une décision dans les 10 jours qui suivent la réception de la recommandation, en vertu de l'article 15 al. 1 LTrans.
40. La procédure de médiation selon la LInf est une procédure informelle, durant laquelle il n'y a pas d'actes officiels qui sont émis⁷. Les actes émis dans ce cadre ne tombent donc pas sous le coup de l'article 299 CP. Mais la recommandation déclenche un délai pour l'autorité concernée, qui doit d'office rendre une décision (art. 33 al. 3 LInf).
41. Il convient dès lors d'envoyer la recommandation par la voie diplomatique, malgré le fait que le tiers s'est déjà prononcé dans le cadre de cette procédure.

⁶ Office fédéral de la justice OFJ, Notification des actes de procédure de la LTrans lorsque le demandeur et/ou le tiers concerné sont domiciliés à l'étranger, 23 novembre 2018, p. 2-3.

⁷ WALDMANN Bernhard, Verfahren für den Zugang zu amtlichen Dokumenten, in: WALDMANN Bernhard, BERGAMIN Florian (Ed.), 10 ans LInf Fribourg/10 Jahre InfoG Freiburg, Stämpfli Editions, 2021, n 42, 47 et n 63

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

42. Le Ministère public accorde l'accès à l'ordonnance pénale rendue le 23 septembre 2013, tout en veillant au caviardage nécessaire pour préserver l'anonymat des personnes concernées ainsi que les autres éléments qui permettraient éventuellement de les identifier.
43. Le Ministère public maintient son refus d'octroyer l'accès au dossier pénal.
44. Le Ministère public est invité à rendre une décision selon l'article 33 alinéa 3 LInf et d'en informer la préposée. Cette décision peut faire l'objet d'un recours conformément aux règles ordinaires de la juridiction administrative (art. 34 al. 1 LInf).
45. La présente recommandation sera publiée (art. 41 al. 2 let. e LInf). Afin de protéger les droits de la personnalité, les données de la requérante et des tiers sont anonymisées.
46. La recommandation est envoyée

par les voies de l'entraide administrative/judiciaire :

- > au tiers concerné, _____
(avec caviardage des données sur la requérante) ;

par courrier recommandé :

- > à la requérante, _____
(avec caviardage des données sur le tiers concerné) ;
- > Au Ministère public, Place Notre-Dame 4, CP, 1701 Fribourg.

Martine Stoffel
Préposée cantonale à la transparence et à la protection des données