



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
La préposée 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-139

T direct : +26 305 59 73

Courriel : martine.stoffel@fr.ch

Recommandation du 3 novembre 2023

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 de Montagny

I. La préposée cantonale à la transparence constate :

1. Le 11 septembre 2023, _____, _____, _____,
_____, _____, _____, _____,
_____, (les requérant-e-s), représentés par _____ (le représentant
des requérant-e-s), ont demandé accès au dossier du projet de construction de 25
appartements à Grandsivaz, auprès de la Commune de Montagny (la Commune),
conformément à la loi cantonale du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux
documents (LInf ; RSF 17.5).

2. Le 22 septembre 2023, la Commune s'est déterminée de manière négative par rapport à la demande d'accès. Elle n'a pas indiqué au représentant des requérant-e-s la possibilité de saisir la préposée cantonale à la transparence (la préposée) d'une requête en médiation, contrairement à ce que prévoit l'article 12 al. 2 de l'ordonnance cantonale du 14 décembre 2010 sur l'accès aux documents (OAD ; RSF 17.54).
3. Le 23 septembre 2023, le représentant des requérant-e-s a saisi la préposée d'une requête en médiation au sens de l'article 33 alinéa 1 LInf contre le refus de la Commune d'accéder à leur demande, à savoir l'accès au dossier du projet de construction de 25 appartements à Grandsivaz.
4. Le 25 septembre 2023, la préposée a invité les parties à une séance de médiation le 13 octobre 2023 et demandé à la Commune de lui fournir les documents sollicités par les requérant-e-s (art. 41 al. 3 LInf).
5. Le 26 septembre 2023, le représentant des requérant-e-s a indiqué pouvoir participer à une séance de médiation dès le 20 octobre 2023, de sorte que la préposée a déplacé la séance au 30 octobre 2023.
6. Sans réponse de la Commune, la préposée a sollicité un retour au plus tard le 4 octobre 2023. Le représentant des requérant-e-s a confirmé sa disponibilité par courriel du 3 octobre 2023.
7. Le 4 octobre 2023, la Commune a refusé de participer à la séance de médiation et indiqué qu'il « *est préférable de faire une séance de médiation avec la Préfecture d'Estavayer-le-Lac. Si la Préfecture nous informe ensuite que nous pouvons légalement mettre à disposition les documents demandés, alors nous le ferons avec plaisir* ». La préposée s'est, le même jour, entretenue par téléphone avec la Commune pour donner des informations sur la procédure d'accès et la médiation prévue par la LInf.

Procédure

8. Le 6 octobre 2023, la préposée a informé les parties que la demande d'accès a été soumise dans les formes (art. 20ss LInf) et la requête en médiation également (art. 33 al. 1 LInf). La requête en médiation est recevable. La préposée doit dès lors entrer en matière et suivre la procédure de la loi, à savoir réaliser la médiation (art. 14 OAD). L'autorité concernée est tenue de prendre part à la médiation (art. 14a al. 2 let. c OAD).
9. La préposée a indiqué qu'en ce qui concerne la question de la médiation avec la Préfecture de la Broye (la Préfecture), l'autorité à qui la demande d'accès a été adressée vérifie au préalable si elle détient le document demandé et si elle est compétente pour répondre à la demande, sans préjudice de son devoir d'assistance (art. 9 al. 2 et 18 al. 1 OAD). Si elle détient le document, elle traite la demande, ou, après en avoir informé son auteur-e, la transfère directement à l'organe cantonal ou communal compétent (art. 18 al. 2 OAD). Si l'autorité est d'avis qu'une autre autorité est compétente pour traiter la demande d'accès, elle doit, après en avoir informé l'auteur-e, automatiquement lui transférer la demande. La préposée a finalement confirmé la date de la séance de médiation et indiqué attendre les documents (art. 41 al. 3 LInf).
10. Le 7 octobre 2023, la Commune a transféré la requête en médiation à la Préfecture et indiqué que « *suivant les prescriptions légales confirmées par la Préfecture, il n'est pas utile de faire une médiation avec la commune* ».



11. Le 11 octobre 2023, la Préfecture s'est déterminée elle-même une première fois à l'attention de la Commune, avec copie à la préposée. La loi cantonale du 2 décembre 2008 sur l'aménagement du territoire (LATeC ; RSF 710.1) prévoit une procédure de mise à l'enquête, pendant laquelle les personnes « *justifiant d'un intérêt* » auront accès au dossier pendant le délai d'enquête et pourront faire valoir leurs droits à ce moment-là. Elle est d'avis qu'en l'état, il n'y a pas d'accès au dossier selon la LATeC, ce d'autant plus que ce projet sera peut-être encore modifié suivant l'évolution de la situation.
12. La Préfecture a en outre informé qu'une requête de suspension de procédure fondée sur l'article 92 de la loi cantonale du 2 décembre 2008 sur l'aménagement du territoire (LATeC ; RSF 710.1) est en cours d'instruction. Ce n'est que quand l'instruction de cette procédure aura été menée à terme que la Préfecture rendra une décision quant à la requête de suspension. Par conséquent, les requérant-e-s doivent patienter jusqu'à l'éventuelle reprise de procédure ordinaire de demande de permis de construire, en particulier la mise à l'enquête publique, pour pouvoir consulter les pièces et faire valoir leurs droits. La Préfecture a conclu en indiquant qu'au vu de ce qui précède, elle ne participera « *en aucun cas* » à une médiation quant à l'accès aux documents portant sur une affaire contentieuse en cours d'instruction. La préposée reviendra sur ces éléments (cf. consid. 36 ss).
13. Le 13 octobre 2023, la préposée a proposé à la Préfecture de participer à la séance de médiation, tout en indiquant avoir bien compris qu'elle a annoncé d'ores et déjà ne pas y participer en l'état, et l'a priée de l'informer si elle maintient sa position. Elle a indiqué ne pas être certaine que la Préfecture ait mis le représentant des requérant-e-s en copie de son courrier du 11 octobre 2023. Elle a demandé à la Préfecture si elle va le faire, ou si elle préfère que la préposée s'en charge.
14. Le 13 octobre 2023, la Préfecture a confirmé sa position. Elle a en outre indiqué que son courrier du 11 octobre 2023 et son courriel de ce jour ont été adressés uniquement à la préposée et à la Commune, et laissé le soin à la préposée de choisir le canal de communication qu'elle estime opportun.
15. Le 13 octobre 2023, la préposée a transféré le courrier du 13 octobre 2023 et le courrier du 11 octobre 2023 de la Préfecture au représentant des requérant-e-s, conformément à son droit d'être entendu. Elle a en outre confirmé la tenue de la séance de médiation le 30 octobre 2023.
16. Le 13 octobre 2023, le représentant des requérant-e-s a confirmé par téléphone qu'il maintient sa requête en médiation.
17. Le 16 octobre 2023, la Préfecture a informé ne pas participer à la séance du 30 octobre 2023. Elle s'est déterminée une deuxième fois et a indiqué qu'elle estime se trouver dans un cas d'exception énuméré à l'article 21 LInf.
18. Le 27 octobre 2023, la préposée a donné des informations pratiques concernant la séance de médiation du 30 octobre 2023.
19. Le 30 octobre 2023, le représentant des requérant-e-s s'est présenté à la séance de médiation. La Commune n'y est pas venue et la Préfecture non plus. Le même jour, la préposée a déclaré l'échec de la médiation, par courrier adressé aux parties et avec copie à la Préfecture.
20. Cet échec de la médiation a comme conséquence, la présente recommandation.

II. La préposée considère ce qui suit :

A. Considérants formels

21. En vertu de l'article 33 al. 1 LInf, 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 OAD). En l'absence de requête, la détermination est considérée comme acceptée (art. 14 al. 1 OAD).
22. La préposée conduit librement la procédure de médiation et s'efforce d'amener les parties à un accord (art. 14 al. 2 OAD).
23. Lorsque la médiation aboutit, l'accord est consigné par écrit et devient immédiatement exécutoire (art. 14 al. 3 OAD).
24. Lorsque la médiation échoue ou n'aboutit pas, la préposée établit à l'intention des parties une recommandation écrite (art. 33 al. 2 LInf).
25. 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) *Obligation de collaborer à la médiation*

26. Afin de déterminer si l'accès aux documents doit être différé, restreint ou refusé dans la mesure où un intérêt public ou privé prépondérant l'exige (art. 25 al. 1 LInf) et pour rendre sa recommandation, la préposée doit avoir accès aux documents demandés par les requérant-e-s.
27. L'article 41 al. 3 LInf a pour but de permettre à la préposée d'accomplir ses tâches de médiation et de rédiger ses recommandations : *«^oLe ou la préposé-e recueille les renseignements nécessaires à l'accomplissement de ses tâches. Le secret de fonction ne peut pas lui être opposé ; en particulier, il ou elle peut, dans l'exercice de ses fonctions de médiation, accéder sans restriction à tous les documents officiels^o»*.
28. Le droit cantonal fribourgeois prévoit une obligation de collaborer à la médiation pour les parties. L'organe public doit notamment transmettre les documents requis à la préposée (art. 41 al. 3 LInf et 14a al. 1 let. b OAD), même si l'organe public nie l'application de la LInf. La question du domaine d'application fait souvent partie des points litigieux entre les parties, qui doit faire l'objet d'une médiation puis en cas d'échec une recommandation, et ensuite une décision formelle sujette à recours. En décider autrement viderait la procédure d'accès de son sens.
29. Les parties sont en effet tenues de faire en sorte que le délai dans lequel doit se dérouler la médiation soit respecté, de transmettre les documents demandés par la préposée et de collaborer à la recherche d'un accord, ainsi que de prendre part à la médiation (art. 14a al. 2

OAD). Cette obligation de collaborer à la médiation et de transmettre les documents à la préposée (art. 41 al. 3 LInf et 14a al. 2 OAD) a fait l'objet d'une jurisprudence du Tribunal fédéral en 2020 et du Tribunal cantonal fribourgeois en 2019 : Les parties doivent « *satisfaire à l'obligation de collaboration qui est au centre de la procédure de médiation* »¹. « *De manière générale, il y a également lieu de souligner que les parties se doivent de suivre les injonctions de la Préposée, à qui revient la mainmise de la procédure de médiation* »².

30. L'obligation de transmettre des documents et de collaborer à la médiation est également contenue dans le droit fédéral (art. 20 al. 1 de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans ; RS 152.3) et art. 12b de l'ordonnance fédérale du 24 mai 2006 sur le principe de la transparence dans l'administration (OTrans ; RS 152.31)). Ces articles sont régulièrement appliqués dans la pratique du préposé fédéral à la protection des données et à la transparence et dans la jurisprudence fédérale³.
31. En l'occurrence, la préposée n'a pas eu accès aux documents sollicités (art. 41 al. 3 LInf) et la Commune a refusé de participer à la séance de médiation (art. 14a al. 2 OAD). La préposée doit dès lors rendre sa recommandation sur la base des informations dont elle dispose.

b) *Présomption de publicité pour les documents officiels*

32. La doctrine cantonale et fédérale ainsi que la jurisprudence fédérale soulignent la présomption de publicité des documents depuis l'introduction du principe de transparence. « *L'introduction du droit d'accès aux documents officiels passe par un changement radical de perspective, un « renversement de paradigme » (...). Il y a en effet un avant et un après : avant cette introduction, les documents officiels étaient a priori considérés comme secrets ; après cette introduction, ils sont a priori considérés comme publics.* »⁴ Le principe fondamental est devenu celui de la publicité : tout document officiel jouit donc d'une présomption de publicité⁵.
33. Dès lors et comme la jurisprudence l'a souligné à maintes reprises, « *si l'autorité décide de limiter ou refuser l'accès à des documents officiels, elle supporte le fardeau de la preuve destiné à renverser la présomption du libre accès aux documents officiels, instituée par la LTrans. En d'autres termes, elle doit exposer pour quel motif et dans quelle mesure une ou plusieurs des exceptions légales figurant aux art. 7 et 8 LTrans est ou sont réalisées (...).* »⁶.

¹ ATF 1C_353/2019 du 18 mars 2020, consid. 4.2.

² Arrêt TC 601 2019 19 du 21 mai 2019, p. 8.

³ Recommandation du 14 décembre 2015 du préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, c. 15 ; Recommandation du 20 mai 2014 du préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, c. 27-30 ; Arrêt du TAF A-4049/2009 du 3 mai 2010, c. 7.2 ; Message du 12 février 2003 relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration, p. 1872.

⁴ LUC VOLLERY, La loi fribourgeoise sur l'information et l'accès aux documents, RFJ 2009 p. 353 ss., pp. 357 (cité : VOLLERY).

⁵ VOLLERY, p. 384; BERTIL COTTIER, Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 20. Mai 2014 (ESTV/Dokumente zu angeblichem Steuerruling), Medialex 2014, p.150-151 ; Arrêt du TAF A-2352/2017 du 11 décembre 2019, c. 4.2.

⁶ Arrêt du TAF A-2352/2017 du 11 décembre 2011, c. 4.3.

34. Faute d'avoir pu analyser les documents demandés par les requérant-e-s, la préposée doit formuler sa recommandation sur la base du dossier de la demande de médiation en question. Elle n'est pas en mesure de déterminer si l'accès aux documents doit être différé, restreint ou refusé dans la mesure où un intérêt public ou privé prépondérant l'exige (art. 25 al. 1 LInf) y compris la question de savoir s'il s'agit de documents officiels qui ont atteint leur stade définitif (art. 22 al. 3 LInf). La préposée ne peut pas évaluer si les documents sollicités tombent sous le coup d'une règle à caractère négatif prévue dans la LInf⁷. La présomption de publicité s'applique dès lors et l'accès doit être accordé, conformément à la procédure prévue par la LInf.
35. Ceci dit, on peut déduire des correspondances mentionnées ci-dessus trois arguments, que la Commune, respectivement la Préfecture font valoir : une application prioritaire des règles de la LATeC, une procédure de juridiction en cours, et le fait que les requérant-e-s sont des tiers et non pas des parties.
- c) *Application prioritaire de la LATeC*
36. La LATeC et le Règlement cantonal du 1^{er} décembre 2009 d'exécution de la loi sur l'aménagement du territoire et les constructions (ReLATeC ; RSF 710.11) prévoient une mise à l'enquête avec la mise à disposition du public de documents (art. 92 ReLATeC).
37. Il convient de distinguer entre l'obligation d'information active et passive imposée à l'administration. La communication active est ancrée dans certaines lois ; l'administration doit rendre publics des documents de l'administration (communication active au sens des art. 8 ss LInf). Elle n'a pas pour conséquence que les documents concernés ne peuvent pas être sollicités dans le cadre d'une demande d'accès (communication passive au sens des art. 20 ss LInf). Le Tribunal fédéral a récemment décidé qu'une disposition qui règle l'information active ne peut pas être considérée comme une disposition spéciale qui limiterait l'accès aux documents officiels⁸.
38. Il n'est dès lors pas possible de déduire de l'obligation de mettre un projet de construction à l'enquête (art. 140 LATeC et 92 ReLATeC) qu'il ne serait pas admissible d'adresser une demande d'accès au dossier en-dehors du cadre de l'information active. La Préfecture ajoute d'ailleurs que la reprise de la procédure n'est qu'éventuelle. Or, il serait particulièrement insatisfaisant si l'accès aux documents ne pouvait jamais avoir lieu puisqu'une reprise de la procédure n'intervient pas.
39. La préposée est d'avis que les dispositions qui règlent la mise à l'enquête des projets de construction ne font pas obstruction à une demande d'accès.

⁷ VOLLERY, p. 435.

⁸ ATF 1C_299/2019 du 7 avril 2020, consid. 5.1 et 5.5.

d) Une procédure de juridiction en cours

40. La loi prévoit que la législation spéciale régit la consultation des documents relatifs à des procédures civiles, pénales, de juridiction administrative et d'arbitrage pendantes (art. 21 al. 1 let. a LInf). La disposition distingue expressément la procédure administrative (simple) des procédures de juridiction administrative.
41. La juridiction administrative désigne l'activité exercée par les autorités administratives ou judiciaires qui ont pour tâche de vérifier la bonne application du droit par les autorités administratives de première instance en connaissant des recours dirigés contre les décisions rendues par ces dernières⁹. En l'occurrence, la procédure applicable ici est la procédure administrative.
42. A défaut de réponse fournie par la Commune, on peut imaginer deux hypothèses. Dans la première, le maître d'ouvrage a demandé à la Commune l'ouverture d'une procédure de d'autorisation de construction, qui jusqu'à maintenant n'a pas abouti à la mise à l'enquête ou à une autre démarche. La deuxième hypothèse est qu'aucune demande d'autorisation a été formulée, il ne s'agirait que d'échanges de courriers informels.
43. Dans les deux cas, on a affaire à une procédure de demande d'autorisation de construction et donc à une procédure administrative et non pas à une procédure de juridiction administrative. La LInf s'applique dès lors et cela indépendamment de la question de savoir si les requérant-e-s sont des parties ou non.
44. La Préfecture fait en outre valoir qu'une demande de suspension est en cours (art. 92 LATeC). La question de savoir si une telle procédure de suspension est en cours n'a pas d'incidence. Une telle demande est faite dans le cadre de la procédure administrative en cours, à savoir la demande d'autorisation de construction. Elle est accessoire à celle-ci et concerne uniquement les conditions d'une éventuelle suspension, en première et éventuellement en deuxième instance. Elle ne modifie pas la nature de la procédure de base, indépendamment de savoir si les conditions de suppression sont examinées en première ou en deuxième instance, comme le laisse éventuellement supposer la Préfecture.
45. La préposée conclut que la LInf s'applique.

e) Les requérant-e-s comme tiers

46. La question de savoir si les requérant-e-s sont des parties ou des tiers n'infirmes pas ce constat. Les règles de la LInf s'appliquent, et la LInf ne fait pas la distinction entre parties et tiers dans son domaine d'application (consid. 40 ss).
47. D'ailleurs, la procédure de mise à l'enquête selon la LATeC elle aussi ne se limite pas non plus aux seules parties, mais elle est ouverte au public.
48. En conclusion, la préposée est d'avis que l'accès aux documents est à octroyer, sous réserve d'éventuels intérêts publics ou privés prépondérants, y compris la question de savoir s'il s'agit de documents officiels qui ont atteint leur stade définitif (art. 22 al. 3 LInf), et conformément à la procédure prévue par la LInf (art. 20 ss LInf).

⁹ DUBEY JACQUES / ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014, p. 675, N 1911.

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

49. La Commune octroie l'accès aux documents, conformément à la procédure prévue par la LInf (art. 20 ss LInf) (consid. 48).
50. La Commune de Montagny est dès lors invitée à rendre une décision selon l'article 33 al. 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).
51. La présente recommandation peut être publiée (art. 41 al. 2 let. e LInf). Afin de protéger les droits de la personnalité, les données des requérant-e-s sont anonymisées.
52. La recommandation est notifiée par courrier recommandé :
- > aux requérant-e-s :
 - _____
 - _____
 - _____
 - _____
 - _____
 - _____
 - _____
 - _____
 - _____
 - > à la Commune de Montagny, Route des Buissons 41, 1774 Cousset
 - > la Préfecture de la Broye, Ch. du Donjon 1, Case postale 821, 1470 Estavayer-le-Lac (version anonymisée de la recommandation)

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