



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

601 2019 19

Arrêt du 21 mai 2019

1^{er} Cour administrative

Composition

Présidente :

Marianne Jungo

Juges :

Anne-Sophie Peyraud, Dominique Gross

Greffier-stagiaire :

Fabien Schafer

Parties

A. _____, recourant,

contre

PRÉPOSÉE À LA TRANSPARENCE, autorité intimée

Objet

Loi sur l'information et l'accès aux documents - Recours contre le classement d'une procédure de médiation - Absence à la séance de médiation - Dénier de justice - Compétence décisionnelle de la Préposée

Recours du 6 février 2019 contre la décision du 23 janvier 2019

attendu

que, le 13 août 2018, A. _____ a demandé à B. _____ (ci-après: l'établissement) l'accès à différents documents et l'obtention de certaines informations;

que, le 26 septembre 2018, l'intéressé a été renvoyé par l'établissement aux réglementations figurant sur son site internet ainsi qu'à ses futurs rapports annuels;

que, le 1^{er} octobre 2018, A. _____ a réitéré précisément ses questions et demandes de documents;

qu'il a été informé par l'établissement, le 3 octobre 2018, que sa requête serait traitée lors de la prochaine séance de son conseil d'administration, ce à quoi l'intéressé s'est opposé, réclamant le 6 octobre 2018 que les informations et documents demandés lui soient fournis jusqu'au 7 novembre 2018 au plus tard;

que, le 19 novembre 2018, devant le silence de l'établissement, il a déposé une requête en médiation auprès de la Préposée à la transparence;

que les parties ont été convoquées par courriel à une séance agendée au 5 décembre 2018;

que A. _____ a fait savoir à la Préposée, par courriel du 23 novembre 2018, que cette séance n'était pas nécessaire, sa requête étant suffisamment claire quant à ses demandes;

que, par courriel du 27 novembre 2018, la Préposée l'a informée de ce que la séance, organisée à sa demande, ne pouvait pas être annulée, sauf en raison du retrait de la requête en médiation ou en cas de report de la séance d'un commun accord entre les parties;

que, le même jour, le requérant a indiqué pour l'essentiel à la Préposée qu'il confirmait sa requête en médiation;

que, le 29 novembre 2018, dans le délai imparti pour se déterminer, l'établissement a transmis certains renseignements demandés par A. _____, lequel a considéré, le 1^{er} décembre 2018, qu'ils étaient incomplets mais qu'il se déclarait prêt à prolonger le délai pour y remédier, au-delà du 10 décembre 2018;

que, par courriel du 3 décembre 2018, la Préposée a rappelé aux parties la séance du 5 décembre 2018;

que d'autres échanges de courriels s'en sont suivis;

que le requérant ne s'est pas présenté à la séance du 5 décembre 2018, le procès-verbal y relatif constatant que la médiation n'avait pas abouti et que la procédure allait suivre son cours;

que l'établissement a fourni des précisions complémentaires par écrit au requérant le 10 décembre 2018, se refusant toutefois à donner certains renseignements, selon lui, inexigibles de sa part, mais estimant avoir néanmoins répondu à ses attentes pour le reste;

qu'une nouvelle séance de médiation a été organisée pour le 8 janvier 2019, suite à l'absence, sans motif valable, du requérant, à la séance du 5 décembre 2018;

que ce dernier a été expressément averti, dans la convocation du 12 décembre 2018, qu'il était tenu de comparaître et qu'en cas de nouvelle absence de sa part, sans excuse valable, sa requête serait considérée comme retirée, en application de l'art. 33 du code cantonal du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1);

que, le 12 décembre 2018, A._____ a écrit à l'établissement pour lui faire savoir qu'il lui manquait encore un seul document et un seul renseignement;

que le requérant a annoncé par ailleurs le 7 janvier 2019 qu'il ne prendrait pas part à la séance du 8 janvier 2019, considérant que, dès lors que l'établissement ne lui avait pas fourni les deux éléments résiduels encore requis, la médiation avait à son sens échoué et qu'une recommandation s'imposait;

que la séance a eu lieu mais que le requérant ne s'y est effectivement pas présenté;

que, le 23 janvier 2019, considérant que ce défaut, sans motif valable, valait retrait de la requête, la Préposée a classé cette dernière, se référant par analogie à l'art. 12b al. 3 de l'ordonnance du 24 mai 2006 sur le principe de la transparence dans l'administration (OTrans; RS 152.31);

que A._____ interjette recours de droit administratif auprès de l'Instance de céans le 6 février 2019 contre ce classement, concluant, sous suite de frais et dépens, principalement, au constat de la nullité de la "décision" rendue par la Préposée, laquelle aurait dû émettre une recommandation, constatant que la médiation n'avait pas abouti, et au renvoi de la cause à la Préposée pour ce faire. Subsidiairement, il conclut à l'annulation de la "décision" pour les mêmes motifs;

qu'il estime que la disposition de droit fédéral à laquelle se réfère la Préposée, selon laquelle le défaut du requérant à la séance de médiation vaut retrait de la requête, n'est pas applicable en procédure fribourgeoise, ne serait-ce que parce qu'il n'y a pas d'obligation de comparaître faite aux parties à la médiation, et que dite séance est précédée d'un échange d'écritures, contrairement à ce qui prévaut pour la conciliation en droit civil. Le recourant estime également que c'est volontairement que le législateur fribourgeois n'a pas repris la règle de droit fédéral;

que, pour lui, la non-participation à une séance de médiation constitue une non-collaboration à la procédure. Or, lorsque le concours des parties est refusé, la Préposée peut constater que la médiation n'a pas abouti et elle doit alors émettre une recommandation;

que le recourant estime en outre que le CPJA ne trouve pas application et que la Préposée ne peut pas rendre de quelconque décision, cette prérogative revenant exclusivement à l'organe public saisi de la demande qui doit statuer par décision formelle sur la base de la recommandation émise;

qu'enfin, il développe différents arguments sur le fond pour démontrer qu'à son tour, l'établissement n'a pas respecté ses différentes obligations résultant de la loi cantonale du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents (LInf; RSF 17.5) et que, pour sa part, il était en droit de penser, à l'heure de la première séance de médiation – dont il maintient qu'elle était inutile, tout comme la seconde –, que les échanges entre parties allaient se poursuivre par écrit;

que, dans ses observations du 13 mars 2019, la Préposée propose le rejet du recours, se référant à la motivation de la décision attaquée. Elle souligne qu'une séance de médiation était nécessaire pour clarifier la demande du recourant et permettre aux parties d'échanger;

que, dans une détermination spontanée du 22 mars 2019, le recourant persiste à dire qu'une séance de médiation n'est nullement obligatoire et qu'une procédure écrite - à laquelle la Préposée a, en l'occurrence, pleinement adhéré selon lui - peut tout autant atteindre le but recherché par la médiation;

que, dans son courrier du 8 avril 2019, la Préposée souligne que la médiation ne pouvait aboutir lors de la première séance, en raison de l'absence du requérant, raison pour laquelle elle a convoqué une nouvelle séance en annonçant les conséquences juridiques en cas de nouvelle défection de la part du recourant;

qu'aucun autre échange d'écritures n'a été ordonné;

que les parties ont été informées de la récusation du Juge initialement délégué à l'instruction le 26 avril 2019;

qu'il sera fait état des arguments, développés par les parties à l'appui de leurs conclusions, dans les considérants de droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige;

considérant

que, en vertu de l'art. 31 al. 1 et 2 LInf, la demande d'accès à un document officiel doit contenir des indications suffisantes pour permettre l'identification du document concerné. Elle n'a pas à être motivée et n'est soumise à aucune exigence formelle, mais l'organe public peut si nécessaire exiger qu'elle soit formulée par écrit;

qu'aux termes de l'art. 32 al. 1 LInf, 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;

que, selon l'art. 33 LInf, la personne qui a demandé l'accès et les tiers qui ont fait opposition peuvent, dans les trente jours qui suivent la détermination de l'organe public, déposer contre celle-ci une requête en médiation auprès du ou de la préposé-e à la transparence (al. 1). Lorsque la médiation n'aboutit pas, le ou la préposé-e à la transparence établit à l'intention des parties une recommandation écrite (al. 2). 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 (al. 3);

que, d'après l'art. 33a LInf, la recommandation du ou de la préposé-e et la décision de l'organe public sont remplacées par une décision de la Commission cantonale de la transparence et de la protection des données (ci-après: la Commission) dans les cas où la demande d'accès a été adressée à une personne ou un organe mentionné à l'article 2 al. 1 let. c, lorsque cette personne ou cet organe est dépourvu de compétences décisionnelles (let. a) et à une personne privée visée par l'article 20 al. 1bis (let. b);

qu'en application de l'art. 34 al. 1 LInf, les décisions prises en application des articles 33 al. 3 et 33a sont sujettes à recours conformément aux règles ordinaires de la juridiction administrative;

que, d'après l'art. 13 de l'ordonnance cantonale du 14 décembre 2010 sur l'accès aux documents (OAD; RSF 17.54), l'organe public traite la demande aussi vite que possible (al. 1 1^{ère} phr.). Il dispose d'un délai maximal de trente jours à compter de la date de réception de la demande pour octroyer l'accès ou se déterminer, sous réserve de deux exceptions permettant de prolonger ce délai, ici manifestement pas réalisées. La personne qui a demandé l'accès est informée de toute prolongation du délai; elle peut, si l'organe public ne répond pas dans les délais prévus, déposer une requête en médiation comme si l'accès avait été refusé (al. 3);

qu'en vertu de l'art. 14 al. 3 et 4 OAD, lorsque la médiation aboutit, l'accord est consigné par écrit et devient immédiatement exécutoire. Lorsque la médiation échoue ou n'aboutit pas dans les vingt jours qui suivent le dépôt de la requête, le ou la préposé-e adresse sa recommandation aux parties dans les dix jours qui suivent ou, dans les cas de l'art. 33a LInf, transmet le dossier à la Commission cantonale de la transparence et de la protection des données; la procédure de médiation peut toutefois être prolongée avec l'accord de la personne qui demande l'accès;

que le rôle de la Préposée est de tenter, grâce à son statut d'organisme neutre, de concilier les points de vue pour débloquer la situation (Message no 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 [ci-après: Message no 90], n. 1.3.4.15, p. 936). Elle conduit librement la médiation et s'efforce d'amener les parties à un accord. Si la conciliation aboutit, l'accord qui en résulte est consigné par écrit et devient immédiatement exécutoire. Lorsque la médiation échoue ou n'aboutit pas, la Préposée rend une recommandation écrite à l'intention des parties. Cette recommandation, bien que n'ayant pas force obligatoire, a pour effet de contraindre l'organe public à rendre une décision motivée sur la demande d'accès, que celui-ci se rallie à la recommandation de la Préposée ou qu'il s'en écarte (cf. art. 33 LInf; Message no 90, n. 2.3.3, p. 950). C'est cette décision qui peut ensuite faire l'objet d'un recours (cf. art. 34 LInf);

qu'il résulte de ce qui précède que la procédure de médiation auprès de la Préposée est informelle (cf. <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/principe-de-la-transparence/demande-en-mediation.html#-2011220089>, consulté la dernière fois le 29 avril 2019) et qu'elle ne débouche pas sur une décision de sa part, mais sur une recommandation, laquelle n'a pas force obligatoire. Elle ne revêt ainsi pas le caractère d'une décision au sens de l'art. 4 CPJA (cf. arrêt TAF A-75/2009 du 16 avril 2009 consid. 4.1). Seul l'organe saisi de la demande d'accès est tenu de rendre une décision lorsque la médiation n'aboutit pas, sur la base de la recommandation émise par la Préposée;

qu'ainsi ni cette dernière ni la Commission d'ailleurs ne disposent de pouvoir décisionnel, sous réserve de la Commission, dotée d'une telle compétence spéciale, en vertu de l'art. 33a LInf, mais limitée aux seules demandes d'accès déposées auprès des tiers privés soumis à la loi n'ayant pas la compétence de rendre eux-mêmes des décisions (cf. Rapport explicatif de mai 2017 de la Chancellerie d'Etat sur l'Avant-projet d'ordonnance modifiant l'ordonnance du 14 décembre 2010 sur l'accès aux documents, n. 3.2.1.; MONTAVON/VOLLERY, Adaptation des législations cantonales sur la transparence à la Convention d'Aarhus – L'exemple de Fribourg, *in*: DEP 2017 p. 470);

qu'en l'occurrence, la Préposée a classé la procédure de médiation, en raison de l'absence du recourant à la séance du 8 janvier 2019, cette absence valant retrait, par application analogique de l'art. 12b al. 3 OTrans;

que le recourant estime pour sa part que cette norme n'est pas applicable et que la Préposée devait bien plus constater que la médiation n'avait pas abouti et émettre une recommandation à l'intention de l'établissement;

que le classement litigieux ne constitue en effet nullement une décision formelle au sens de l'art. 4 CPJA, susceptible de recours, la Préposée ne disposant d'aucune compétence décisionnelle en vertu de la LInf ou de l'OAD;

que, nonobstant ce qui précède, force est d'admettre que le recourant doit pouvoir se plaindre de ce que la Préposée n'a pas mené à bien la procédure en médiation, respectivement n'a pas émis de recommandation;

qu'envisagée sous cet angle, l'intervention du recourant doit être tenue pour un recours pour déni de justice;

que la procédure instaurée par la LInf, à l'instar de celle prévue par la loi du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (loi sur la transparence, LTrans; RS 152.3), consacre une procédure d'accès aux documents officiels qui se divise en deux parties principales: d'une part, les procédures de demande d'accès (auprès de l'autorité de première instance), puis de médiation (auprès de la Préposée), et, d'autre part, les procédures de décision (auprès de l'autorité de première instance) et de recours (auprès de l'Instance de céans);

que ces deux parties forment un tout indissociable (cf. arrêt TAF A-7369/2006 du 24 juillet 2007 consid. 4.3) qui a pour but le prononcé d'une décision sur la question de l'accès à certains documents. Il s'agit, on vient de le voir, de l'autorité qui est en possession des documents dont la consultation est requise, en l'occurrence de l'établissement concerné. Il est essentiel, en application de la LInf, que la Préposée procède à la médiation et, en cas d'échec de celle-ci, établisse sa recommandation, et ce dans le délai légal. Ce n'est qu'après cette étape que l'organe public pourra statuer sur la question de savoir si un accès aux documents litigieux est admissible (cf. arrêts TAF A-6032/2009 du 16 décembre 2009 consid. 2.2; A-75/2009 du 16 avril 2009 consid. 4.3);

que tant que la Préposée n'a pas établi de recommandation, l'organe saisi ne peut pas rendre la décision susmentionnée;

qu'il en va de même, lorsque, comme en l'espèce, la Préposée classe la requête en médiation;

qu'or, aux termes de l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.; RS 101), toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée et jugée dans un délai raisonnable (voir à ce sujet MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4ème édition, p. 836);

qu'en outre, selon l'art. 29a Cst., toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire, sauf cas exceptionnels;

que, partant, il faut considérer que le recours pour déni de justice déposé par le recourant contre le classement de la procédure en médiation est en principe recevable. Admettre le contraire reviendrait à vider la procédure instaurée par les art. 31 ss LInf de son but, lequel est d'aboutir au prononcé d'une décision sur le droit d'accéder à certains documents, et ce dans les délais légaux;

que reste à savoir si l'Instance de céans est compétente pour en connaître;

qu'en vertu de l'art. 114 al. 1 let. b CPJA, le Tribunal cantonal connaît en dernière instance cantonale, à moins que la loi ne place l'affaire dans la compétence d'une autre autorité, des recours contre les décisions prises par les établissements de l'Etat dotés de la personnalité morale ainsi que les autres unités rattachées administrativement à une Direction (let. b);

que, selon l'art. 114 al. 2 let. b CPJA, le Tribunal cantonal connaît en outre des recours dans les cas non visés à l'alinéa 1 si le contrôle juridictionnel exigé par le droit fédéral ou international n'est pas déjà assuré par une autre autorité; le Tribunal cantonal est alors compétent même si la loi déclare que la décision est définitive;

qu'en application de l'art. 111 CPJA, une partie peut recourir en tout temps auprès de l'autorité hiérarchique ou de surveillance lorsqu'une autorité inférieure refuse de statuer ou tarde à se prononcer;

qu'en raison du classement litigieux, l'établissement concerné n'a pas pu rendre de décision, laquelle eût été susceptible de recours auprès du Tribunal cantonal;

que l'Instance de céans est celle ordinairement compétente pour statuer sur les recours déposés contre les décisions de l'établissement mais que c'est également au Tribunal cantonal de se prononcer sur un déni de justice que l'on reproche à un établissement cantonal autonome, à défaut d'autorité de surveillance ou hiérarchique;

que, par ailleurs, l'autorité hiérarchique ou de surveillance de la Préposée qu'est la Commission (cf. art. 39 al. 2, 40 al. 1 let. b et 41 al. 2 let. f LInf) n'est de toute manière pas compétente à cet effet, selon l'art. 111 CPJA précité, au motif que la Préposée n'est aucunement en mesure de rendre une quelconque décision;

qu'au demeurant, on peut se demander si le classement de la requête en médiation peut être considéré comme un acte matériel et s'il faut admettre que le recours est ouvert contre le fait que l'autorité n'a pas émis de recommandation;

que les actes dits matériels (Realakte ou Tathandlungen) de l'autorité sont ceux qui n'ont pas pour objet de régler de façon obligatoire la situation juridique de l'administré. Ces actes forment une catégorie très hétéroclite comprenant notamment les activités matérielles qui servent directement à l'accomplissement des tâches de fait de l'administration (cf. arrêt TAF A-75/2009 du 16 avril 2009 consid. 4.4. et les références à MOOR, Droit administratif, 2002, vol. II, p. 26 ss; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006, n. 737 s.; ATF 130 I 369). Il convient de retenir que le classement auquel a procédé la Préposée entre dans cette définition et constitue donc un acte matériel, au même titre d'ailleurs que la recommandation qui lui incombe en vertu de l'art. 33 al. 2 LInf;

que le Tribunal fédéral a déjà traité la question de savoir si l'on peut recourir lorsqu'aucune décision au sens formel n'a été rendue. Il retient que lorsqu'une protection juridique est nécessaire,

la voie du recours peut éventuellement être ouverte même en absence d'une décision au sens formel; tel peut être le cas, lorsqu'une autorité, de façon injustifiée, s'abstient de rendre une décision ou tarde à le faire ou lorsque l'Etat a violé des droits constitutionnels en accomplissant des actes matériels (ATF 128 I 167 consid. 4.5 et les réf. citées). Dans la doctrine, la possibilité de recourir pour déni de justice contre un acte matériel est également évoquée (KLEY-STRULLER, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, 1995, p. 10 n. 14 et les réf. citées; cf. également PFENNINGER, Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns, 1996, p. 180 ch. 7) (cf. arrêt TAF A-75/2009 du 16 avril 2009 consid. 4.4);

que la question de savoir si un recours pour retard injustifié contre le classement en tant qu'acte matériel est possible en l'occurrence peut toutefois être laissée ouverte, dans la mesure où il convient de toute manière de déclarer le recours recevable, comme on l'a vu précédemment, dès lors que l'Instance de céans est quoi qu'il en soit compétente pour statuer sur un déni de justice qu'aurait commis "indirectement" l'établissement ici concerné dans la phase de médiation devant la Préposée;

que, cela étant, force est d'emblée de rappeler que la procédure de médiation est informelle et que la Préposée est libre de la mener comme elle l'entend;

qu'en l'occurrence, elle a opté dès le départ pour une séance de débats en présence des parties;

que, malgré les demandes et explications du requérant qui estimait qu'une telle séance était inutile, elle a maintenu la première, puis même organisé une seconde séance;

qu'il importe peu, à cet égard, que des échanges écrits se soient déroulés entre parties, sous son égide ou non;

qu'en particulier, le recourant ne peut manifestement pas déduire de son silence à cet égard qu'elle aurait pour autant approuvé le passage à une procédure se déroulant désormais par écrit;

que la Préposée n'a en outre, postérieurement aux derniers échanges écrits, pas révoqué la tenue de la seconde séance;

qu'à l'issue de ces échanges de courriers, demeurerait par ailleurs toujours litigieux l'obtention d'un document et d'un renseignement. Partant, la séance gardait dès lors bel et bien toute son actualité, quoi qu'en dise le recourant;

que, de plus, au contraire de la première séance, la Préposée, dans sa convocation, a averti expressément le requérant des conséquences de son absence à la séance du 8 janvier 2019, à savoir que la requête en médiation serait classée;

que n'ayant pas avisé le requérant sur les conséquences d'un défaut de sa part à la première séance, c'est à juste titre que la Préposée, malgré la teneur du procès-verbal y relatif, a convoqué les parties à une seconde séance;

que, 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 en médiation;

que, dans ces circonstances, il sied d'admettre que le recourant a été dûment averti de ce que sa requête serait considérée comme retirée s'il ne se présentait pas à la séance du 8 janvier 2019;

que, partant, c'est dès lors à juste titre que la Préposée a classé sans autre sa demande en médiation en raison de son absence, sans excuse valable, à la séance précitée;

qu'elle n'avait dès lors manifestement pas à rendre de recommandation;

qu'il ne peut ainsi lui être fait reproche d'avoir refusé de le faire et d'avoir ainsi empêché l'établissement de rendre ensuite une décision au sens de l'art. 4 CPJA, susceptible, elle, de recours;

que, sur le vu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir si l'art. 33 CPJA ou si l'art. 12b al. 3 OTrans sont applicables à la procédure fribourgeoise en médiation, directement ou par analogie;

que, sur le vu de tout ce qui précède, le recours, mal fondé, doit être rejeté;

qu'il sied néanmoins encore de souligner que rien n'empêchait le recourant de saisir la Préposée d'une nouvelle demande en médiation en vue d'obtenir les document et renseignement manquants, à réception de son classement. L'on peut ainsi se demander si l'intéressé peut, dans ces conditions, se prévaloir d'un intérêt à la présente procédure;

que cette question peut toutefois rester ouverte, vu l'issue du litige;

que les frais de justice (cf. art. 24 al. 1 LInf), fixés à CHF 800.-, sont mis, en application de l'art. 131 CPJA, à la charge du recourant qui succombe;

qu'il n'est pas alloué de dépens;

la Cour arrête :

- I. Le recours est rejeté.
- II. Les frais de justice, fixés à CHF 800.-, sont mis à la charge du recourant.
- III. Il n'est pas alloué de dépens.
- IV. Notification.

Cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification.

Fribourg, le 21 mai 2019/ape

La Présidente :

Le Greffier-stagiaire :