

FR_GERICHTE 601 2020 219 vom 7. Dezember 2021

FR Kantonsgericht, 2021-12-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_601_2020_219

FR: FR_GERICHTE 601 2020 219 du 7 décembre 2021

IT: FR_GERICHTE 601 2020 219 del 7 dicembre 2021

Regeste

Arrêt de la Ie Cour administrative du Tribunal cantonal | Gesetz über die Information und den Zugang zu Dokumenten

Erwägungen

E. 20

mai 2020 en présence de B. _____, du rédacteur en chef de A. _____, du Directeur et du Vice-Directeur de C. _____ ainsi que de la Préposée. A cette occasion, il a été prévu que C. _____, avec l'accord de son comité, consulte D. _____ sur la question de l'accès à la convention et lui donne l'occasion de faire valoir d'éventuels intérêts privés prépondérants, ce après quoi la médiation serait reprise. Par courriel du 11 août 2020, C. _____ a transmis la détermination de D. _____ et a avisé les requérants et la Préposée que la plate-forme s'opposait à la transmission de la convention, motifs pris que celle-ci contenait des informations sur les mécanismes techniques innovants qu'il y avait lieu de préserver vis-à-vis de ses concurrents. Par courriel du 9 septembre 2020, C. _____ a informé les intéressés et la Préposée qu'elle n'entendait pas donner l'accès au document. Par courrier du 15 septembre 2020, elle a motivé sa position. En substance, C. _____ a exposé qu'en tant qu'association au sens des art. 60 ss CC, elle ne pouvait pas être considérée comme un organe public. En outre, elle a fait valoir que l'intérêt privé de D. _____ était prépondérant, dès lors que C. _____ s'était engagée à garantir la confidentialité de l'accord, que la convention contenait des aspects techniques de la plate-forme et des secrets d'affaires. En outre, la diffusion du document allait porter atteinte aux relations extérieures du canton et compromettre la position de négociation de C. _____. Considérant dès lors que la médiation n'avait pas abouti, la Préposée a rendu sa recommandation en date du 24 septembre 2020, se déterminant en faveur de l'accès à la convention et à ses annexes. Elle a exposé d'emblée que C. _____ devait être considérée comme une association de droit privé d'utilité publique; en tant qu'elle accomplissait une tâche publique, elle devait être soumise à la loi fribourgeoise du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents (LInf; RSF 17.5). Pour le reste, la Préposée a exposé que le simple fait que les parties se soient engagées à respecter une clause de confidentialité n'était pas suffisant, la qualification du caractère secret/confidentiel d'un document soumis à la LInf relevant uniquement de la loi et échappant à la volonté des parties. Sinon, cela reviendrait à admettre que le paradigme de la transparence voulu par le législateur puisse être renversé par la seule volonté des parties. En outre, elle a ajouté que la convention ne Tribunal cantonal TC Page 3 de 14 concernait pas les relations extérieures du canton, dès lors qu'elle ne provenait ni d'un canton, ni de la Confédération mais d'une entreprise privée. Le fait que D. _____ ait conclu des accords similaires avec d'autres cantons ne modifiait pas cette appréciation. Enfin, de l'avis de la Préposée, C. _____ n'était pas parvenue à

préciser en quoi des passages de la convention ou éventuellement la convention dans son ensemble contenaient des secrets d'affaires, soulignant que le document réglait les modalités de perception de la taxe de séjour, laquelle relevait de l'information publique. B. Par décision du 22 octobre 2020, C. _____ a refusé l'accès à la convention, motifs pris qu'elle s'était engagée, par les art. 20 et 21 de l'accord, à en garantir le secret à l'égard des tiers, et que ni les requérantes, ni la Préposée n'avaient démontré en quoi l'art. 28 let. c LInf était inapplicable, étant rappelé que D. _____ s'était précisément opposée à la transmission du document. En outre, elle a estimé qu'il convenait de privilégier l'intérêt privé de la plate-forme au sens de l'art. 28 let. a LInf, désireuse de préserver ses secrets d'affaires au motif que la convention contient des mécanismes représentant une solution technique dont le caractère novateur doit être protégé. A cet égard, il était logique que D. _____ n'ait pas donné plus de détails sur les secrets d'affaires en question, au risque de dévoiler précisément ce qu'elle entendait protéger. C. _____ a rappelé encore que D. _____ avait accepté, à bien plaisir, de passer un accord. Si la garantie de confidentialité donnée ne devait pas être respectée, C. _____ courrait alors inévitablement le risque d'une résiliation à court terme de la convention, ce qui aurait pour conséquence non seulement la perte de recettes annuelles mais également une situation problématique au regard du principe de l'égalité de traitement entre les hébergeurs. Enfin, si la clause de confidentialité ne devait avoir aucune valeur, cela entraverait l'exécution des décisions prises par C. _____ et compromettrait sa position de négociation, actuelle vis-à-vis de D. _____, et future auprès d'éventuelles autres plates-formes. De l'avis de C. _____, ces deux intérêts publics étaient suffisants et devaient primer sur celui du public à l'information. C. Agissant le 23 novembre 2020, A. _____ et B. _____ recourent auprès du Tribunal cantonal contre cette décision, et concluent, sous suite de frais et dépens, principalement à son annulation et à ce que la décision de C. _____ soit réformée en ce sens que la convention conclue ainsi que ses annexes leur soient immédiatement, gratuitement et en intégralité transmises. Subsidiairement, ils requièrent que la décision du 22 octobre 2020 soit annulée et l'affaire renvoyée à l'autorité intimée pour qu'elle donne aux recourants un plein accès à la convention et à ses annexes, plus subsidiairement un accès restreint, après avoir préalablement sollicité l'accord des tiers concernés et les avoir informés de la possibilité de déposer une requête en médiation auprès de la Préposée. A l'appui de leurs conclusions, les recourants invoquent une violation de la Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004 (Cst./FR; RSF 10.1) et de la LInf. En substance, à l'instar de la Préposée, ils reprochent à l'autorité intimée de ne pas avoir expliqué pour quelle raison la convention en tant que telle et les mécanismes de perception de la taxe de séjour seraient couverts par le secret d'affaires. Même s'il devait être admis que certaines des dispositions contiennent de telles informations, il n'est pas concevable qu'il en aille ainsi de l'intégralité de la convention. De l'avis des recourants, le fait que les parties aient convenu du caractère confidentiel de leur accord ne suffit pas à en justifier le refus de transmission au sens de la LInf. Il appartient au Tribunal cantonal d'examiner si une telle mention se justifie, étant rappelé qu'il est possible de procéder à un caviardage, conformément au principe de la proportionnalité. En outre, dès lors qu'aucune négociation est en cours, C. _____ ne peut pas valablement se prévaloir d'un intérêt public prépondérant en

Tribunal cantonal TC Page 4 de 14 soutenant que la divulgation de la convention est de nature à compromettre sa position. De plus, il n'est pas du tout établi que D. _____ résiliera la convention si celle-ci est rendue accessible au public. Enfin, les recourants

soutiennent qu'il n'y a aucun rapport entre la convention signée - qui traite du principe et des modalités de perception de la taxe de séjour - et les futures prises de décision de C._____. Cette dernière ne peut dès lors pas valablement se plaindre du fait qu'elle est entravée dans son processus décisionnel. D. Invitée à se déterminer, C._____ formule ses observations le 15 mars 2021 et conclut, sous suite de frais et dépens, principalement au rejet du recours et subsidiairement à ce que, en cas d'admission, elle soit chargée d'informer D._____ de sa possibilité de déposer une requête en médiation auprès de la Préposée. En substance, l'autorité intimée relève que les recourants n'ont jamais, avant le stade du recours, exposé les motifs à l'origine de leur demande d'accès. D'après elle, il faut déduire de leur mémoire du 23 novembre 2020 que ceux-ci cherchent en réalité à vérifier si d'autres avantages, sous-entendus financiers, ont été concédés à D._____. Dès lors que C._____ répond d'emblée par la négative à cette question, la procédure pourrait être devenue sans objet. En outre, elle rappelle que son refus d'accès est notamment fondé sur le principe de l'égalité de traitement et sur la nécessité d'encaisser les recettes fiscales supplémentaires (la taxe de séjour). Si l'accès à la convention est donné, la conséquence ne se limite pas au risque de résiliation de la convention par D._____ mais a une portée qui doit être étendue à toutes les entreprises exploitant une plate-forme de réservation en ligne. Ces intérêts publics, prépondérants, ne sont pas expressément cités par l'art. 26 LInf mais peuvent être déduits de sa formulation exemplative (cf. "notamment"). Concernant la question du secret d'affaires, l'autorité intimée rappelle qu'il incombera cas échéant à D._____ de faire valoir, dans une procédure séparée, son droit à la protection de ses intérêts privés, la plate-forme ayant la possibilité de déposer une requête en médiation auprès de la Préposée. A cet égard, C._____ produit une prise de position de la plate-forme du 24 février 2021, donnant plus de détails sur les secrets d'affaires dont la protection est demandée. Dans ce courrier, D._____ expose notamment que la convention elle-même, compte tenu du temps investi pour son élaboration, représente en soi un actif de valeur qui ne saurait être rendu accessible gratuitement à la concurrence. La plate-forme se réfère également aux dispositions relatives aux modalités de perception de la taxe de séjour, lesquelles permettraient de tirer des conclusions sur son modèle d'affaires. Elle souligne encore qu'elle souhaite protéger les informations contenues dans la convention au sujet des fonctionnalités du logiciel ajoutées à sa plate-forme pour lui permettre d'assurer la mise en œuvre de dite convention. S'agissant de la garantie de confidentialité donnée, C._____ soutient que lui dénier toute existence contrevient à l'art. 28 let. c LInf, étant rappelé que les informations ont été fournies librement par la plate-forme, sans qu'aucune base légale ne le lui impose. Enfin, C._____ maintient que la divulgation du document compromettra sa position de négociation. A l'avenir, ni D._____, ni d'autres plates-formes ne voudront plus traiter avec elle, sachant que les informations données librement et à bien plaisir seront accessibles au public, en particulier, auprès des concurrents. Quant à son processus décisionnel, elle considère qu'il est entravé, dès lors qu'il existe bel et bien un lien entre la convention et l'accomplissement des tâches confiées à C._____ en matière de perception des taxes de séjour. E. Dans leurs contre-observations du 8 juin 2021, les recourants maintiennent leurs conclusions, sans modifier substantiellement leur position. Ils relèvent que, comme eux, C._____ conclut,

Tribunal cantonal TC Page 5 de 14 également à titre subsidiaire, à ce qu'en cas d'admission du recours, l'autorité intimée doive informer D._____ de sa possibilité de déposer une requête en médiation auprès de la Préposée. Partant, si le Tribunal cantonal ne devait pas admettre leurs conclusions principales, il devrait à tout le moins donner suite à leurs

conclusions subsidiaires, lesquelles correspondent à celles de l'autorité intimée. Par missive du 23 juin 2021, l'autorité intimée informe le Tribunal cantonal qu'elle renonce à formuler une détermination complémentaire. Aucun autre échange d'écritures a eu lieu entre les parties. Il sera fait état des arguments développés par celles-ci à l'appui de leurs conclusions, dans les considérants en droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la résolution du litige. en droit 1. 1.1. Déposé dans le délai et les formes prescrits (art. 79 ss du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative, CPJA; RSF 150.1) - l'avance des frais de procédure ayant en outre été versée en temps utile -, le recours est recevable en vertu de l'art. 114 al. 1 let. f CPJA en relation avec l'art. 34 al. 1 LInf. Le Tribunal cantonal peut donc entrer en matière sur ses mérites. 1.2. Selon l'art. 77 al. 1 CPJA, le recours devant le Tribunal cantonal peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). En revanche, à défaut d'habilitation légale expresse, le Tribunal cantonal ne peut pas examiner en l'espèce le grief d'inopportunité (art. 78 al. 2 CPJA). 2. En l'occurrence, il convient d'emblée de relever que les recourants ont, par erreur, reçu un exemplaire de la convention dont ils demandent précisément l'accès, laquelle était contenue dans le bordereau de pièces produit par C. _____ à l'appui de ses observations du 15 mars 2021. Le Tribunal cantonal tient à cet égard à saluer l'attitude de A. _____ et de B. _____ qui ont, par courrier du 29 mars 2021, annoncé qu'ils ne feraient pas usage du document précité jusqu'à droit connu sur l'issue de la présente procédure. 3. 3.1. Selon l'art. 19 al. 2 Cst./FR, le droit à l'information est garanti. Toute personne peut consulter les documents officiels dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose. 3.2. Entrée en vigueur le 1er janvier 2011, la LInf introduit dans le canton de Fribourg le droit d'accès aux documents officiels, avec pour objectif principal de renverser le principe du secret de l'activité de l'administration au profit de celui de transparence. Les relations entre le public et l'administration sont gouvernées par la reconnaissance d'un intérêt public à l'information, s'étendant à tous les documents officiels détenus par les organes publics cantonaux et communaux (VOLLERY, La loi fribourgeoise sur l'information et l'accès aux documents, in RFJ 2009 p. 357 ss).

Tribunal cantonal TC Page 6 de 14 Cette reconnaissance se traduit par l'ancrage à l'art. 20 al. 1 LInf d'un droit subjectif privé au bénéfice de toute personne physique ou morale à accéder, dans le cadre posé par la loi et sans devoir faire valoir un intérêt particulier, aux documents officiels détenus par les organes publics. A ce titre, la LInf entend par organe public, les organes de l'Etat, des communes et des autres personnes morales de droit public (art. 2 al. 1 let. a LInf), les personnes privées et les organes d'institutions privées qui accomplissent des tâches de droit public, dans la mesure où ils peuvent édicter des règles de droit ou rendre des décisions au sens du CPJA (art. 2 al. 1 let. b LInf) et les personnes privées et les organes d'institutions privées qui accomplissent des tâches de droit public dans le domaine de l'environnement, même s'ils n'ont pas la compétence d'édicter des règles de droit ou de rendre des décisions (art. 2 al. 1 let. c LInf). Selon l'art. 22 LInf, constituent des documents officiels les informations enregistrées sur un support quelconque et qui concernent l'accomplissement d'une tâche publique (al. 1). 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 (al. 3). Aux termes de l'art. 2 de l'ordonnance du 14 décembre 2010 sur l'accès aux documents (OAD; RSF 17.54), sous réserve des al. 2 et 3, sont des documents officiels tous les documents établis ou reçus par les organes publics et qui concernent l'accomplissement d'une tâche publique, tels que rapports, études, procès-verbaux,

statistiques, registres, directives, instructions, correspondances, prises de position, préavis, décisions ainsi que, de manière générale, les différentes pièces composant un dossier (al. 1). Un document a atteint son stade définitif d'élaboration lorsque l'organe public dont il émane l'a signé ou approuvé (al. 2 let. a) ou lorsque son auteur-e l'a définitivement remis au ou à la destinataire notamment à titre d'information ou pour que celui-ci ou celle-ci prenne position ou une décision (al. 2 let. b). Un document est destiné à l'usage personnel lorsqu'il concerne l'accomplissement d'une tâche publique mais est utilisé exclusivement par son auteur-e comme moyen auxiliaire (notes de travail ou copies annotées) (al. 3). 3.3. L'art. 25 LInf structure les limites du droit d'accès (VOLLERY, p. 390). Conformément à l'art. 25 al. 1 LInf, l'accès à un document officiel peut être différé, restreint ou refusé si et dans la mesure où un intérêt public ou privé prépondérant au sens des art. 26 à 28 LInf s'y oppose. Cela signifie que le refus complet de l'accès ne pourra être prononcé que si les autres formes de restrictions ne sont pas envisageables: accès restreint ou partiel, après suppression ou caviardage des passages qui ne peuvent être divulgués; ou accès différé dans le temps (Message du 26 août 2009 no 90 du Conseil d'Etat au Grand Conseil accompagnant le projet de loi sur l'information et l'accès aux documents [ci-après: Message LInf], BGC 2009, n. 2.3.2 b, p. 945). Les art. 29 et 30 LInf tranchent des cas particuliers, pour lesquels l'accès est d'emblée exclu ou, au contraire, garanti (art. 25 al. 2 LInf). 3.3.1. L'art. 26 al. 1 LInf fournit une liste exemplative des intérêts publics considérés comme prépondérants par le législateur. Il prévoit, notamment, qu'un intérêt public prépondérant est reconnu lorsque l'accès peut mettre en danger la sécurité et l'ordre publics (let. a), porter atteinte aux relations extérieures du canton (let. b), entraver notablement le processus décisionnel de l'organe public (let. c), entraver notablement l'exécution de décisions prises par l'organe public (let. d) ou compromettre la position de négociation de l'organe public (let. e). La liste des exceptions de l'art. 26 al. 1 LInf n'est pas exhaustive (cf. "notamment"; VOLLERY, p. 401). L'organe public à qui la demande d'accès est adressée doit se livrer à un "test du préjudice", c'est-à-dire évaluer si, dans le cas d'espèce et à considérer qu'il soit fait droit à la demande, les intérêts

Tribunal cantonal TC Page 7 de 14 publics listés risquent d'être atteints. Ce test n'implique pas une pesée des intérêts, celle-ci ayant été effectuée en amont par le législateur et ancrée dans la loi, en ce sens que les intérêts listés de manière exemplative sont d'emblée considérés comme prépondérants. En revanche, il requiert d'apprécier l'atteinte potentielle aux intérêts listés, de même que le risque de réalisation de celle-ci. Dans la mesure où l'entrave à l'accès doit s'analyser comme une restriction à un droit fondamental, l'autorité se doit d'être restrictive dans son appréciation. Il faut ainsi que l'atteinte revête une importance minimale, dépassant le cadre du simple désagrément, et que le risque qu'elle se réalise soit sérieux (VOLLERY, p. 391 s. et 394; Message LInf, n. 2.3.2 b, p. 946). Si le risque est confirmé, l'intérêt du public à l'information doit céder le pas à l'intérêt public contraire. Ce mécanisme est similaire à celui prévalant au niveau fédéral et ancré à l'art. 7 de la loi du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans; RS 152.3) (COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in Handkommentar, Öffentlichkeitsgesetz, 2008, art. 7 LTrans n. 4 ss; HÄNER/STEIMEN, in Basler Kommentar, Öffentlichkeitsgesetz, 3e éd. 2014, art. 7 LTrans n. 3 s.). L'art. 26 al. 1 let. c LInf reconnaît l'existence d'un intérêt public prépondérant lorsque l'accès peut entraver notablement le processus décisionnel de l'organe public (cf. également art. 7 al. 1 let. a LTrans, auquel on peut se référer par analogie). A noter que la notion de "décision" n'est pas prise ici au sens technique, mais couvre l'ensemble des mesures adoptées par les organes publics (Message LInf, n. 2.3.2 b p. 946).

Le processus décisionnel est la phase qui précède l'adoption de la décision. L'exception est donc limitée dans le temps et ne peut plus être invoquée après la décision, sauf cas très exceptionnel (VOLLERY, p. 397-398; Message LInf, n. 2.3.2 b, p. 946). En outre, pour que le processus décisionnel soit susceptible d'être entravé, il faut que le document en question ait un lien direct et immédiat avec la décision à prendre dans le cas d'espèce et qu'il revête une importance matérielle significative pour son adoption. Enfin, il faut que la diffusion du document auprès du public soit de nature à porter atteinte à la formation de la volonté de l'organe qui doit prendre la décision. L'entrave potentielle doit être "notable"; il ne suffit pas qu'elle ait une importance minimale, il faut que l'atteinte à la formation de la volonté de l'organe passe un certain seuil, ce qui ne semble possible que pour des dossiers complexes, contestés, épineux, urgents ou revêtant une connotation politique (VOLLERY, p. 397-398). Le fait de compromettre la position de négociation de l'organe public représente aussi un intérêt public prépondérant protégé par le législateur (art. 26 al. 1 let. e LInf). Pour admettre un tel intérêt, deux conditions doivent être remplies: il doit s'agir de négociations en cours ou qui doivent avoir lieu dans un futur suffisamment proche et l'autre partie ne doit pas déjà être en connaissance du document en question. L'idée est que les deux parties aux négociations restent sur un pied d'égalité quant aux informations dont elles peuvent disposer. Encore faut-il, pour refuser l'accès au document demandé, que celui-ci compromette réellement la position de négociation de l'organe public, ce qui ne peut être examiné que dans le cas d'espèce (Message LInf, n. 2.3.2 b, p. 946; VOLLERY, p. 400).

3.3.2. Pour sa part, l'art. 27 al. 1 LInf prescrit 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 du public à l'information ne l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret de la personne concernée (let. c). Parmi les intérêts privés prépondérants, la protection des données occupe logiquement une place centrale dans le droit d'accès, en raison du conflit sous-jacent qui préside aux relations entre ces deux domaines. En

Tribunal cantonal TC Page 8 de 14 schématisant, on peut dire que le droit d'accès commande de rendre les documents officiels publics et que la protection des données personnelles exige que ces dernières soient tenues secrètes. En outre, parmi les cas d'intérêts privés prépondérants ne relevant pas de la protection des données, un intérêt privé prépondérant existe aussi lorsque l'accès, s'il était accordé, révélerait des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication (art. 28 let. a LInf), constituerait une violation du droit d'auteur (art. 28 let. b) ou divulguerait des informations fournies librement par un tiers à un organe public qui en a garanti le secret (art. 28 let. c). La limitation relative aux secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication (art. 28 let. a LInf; cf. également art. 7 al. 1 let. g LTrans, auquel on peut se référer par analogie) a globalement pour but d'éviter que la révélation de certaines données transmises par des entreprises et des particuliers à l'administration, notamment dans le cadre de procédures de concessions, d'autorisations, de délégations de tâches publiques, de subventionnement etc., n'entraînent des distorsions de concurrence ou, au sens large, des dommages économiques (VOLLERY, p. 406). La notion de secret doit être comprise dans un sens large puisqu'il s'agit de toute information qu'une entreprise est légitimée à vouloir conserver secrète (arrêt TAF A-2568/2018 du 5 août 2020 consid. 4.5.6, qui se réfère à l'ATF 142 II 340 consid. 3.2 et à l'arrêt TF 1C_533/2018 du 28 juin 2019 consid. 2.2). Les secrets d'affaires (ou commercial) et de fabrication concernent

surtout les entreprises. De fait, ils pourront principalement être invoqués en présence d'informations commerciales "qui présentent effectivement un caractère confidentiel et que ces entreprises (les entreprises concernées) ont légitimement intérêt à voir garder confidentielles parce que leur divulgation serait la cause de distorsions de concurrence et, plus particulièrement, leur ferait perdre un avantage concurrentiel significatif" (VOLLERY, p. 406). L'existence d'un secret protégé dépend de la réalisation de 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). L'atteinte doit présenter un certain degré de vraisemblance (arrêt TAF A-2568/2018 du 5 août 2020 consid. 4.5.6, qui se réfère à l'ATF 144 II 77 consid. 3 et à l'arrêt TF 1C_562/2017 du 2 juillet 2018 consid. 3.2, ainsi qu'à l'ATF 144 II 91 consid. 3.1). Les informations fournies librement par un tiers à un organe public qui en a garanti le secret sont également visées par l'art. 28 let. c LInf (cf. également art. 7 al. 1 let. h LTrans, auquel on peut se référer par analogie). L'admission d'un tel intérêt est limitée par des conditions strictes: il faut que les informations aient été fournies par une personne privée (et non pas par une autre autorité), ce qui se justifie dans la mesure où les autorités sont, contrairement aux privés, soumises au principe de la transparence. Ensuite, les informations doivent avoir été fournies librement, c'est-à-dire avoir été produites sans contrainte, soit en l'absence d'une obligation légale ou contractuelle (arrêt TF 1C_500/2020 du 11 mars 2021 consid. 3.2). Cela signifie que la personne qui les a transmises n'était pas juridiquement tenue de le faire. A relever que le cas classique selon COTTIER est celui du tiers dénonciateur (COTTIER, p. 157), et que le Tribunal fédéral parle quant à lui d'informateur (arrêt TF 1C_500/2020 du 11 mars 2021 consid. 3.2). Enfin, il faut qu'il y ait eu de la part de l'organe public une garantie du secret. La garantie de confidentialité doit avoir été donnée expressément par l'administration à la demande explicite de l'informateur (arrêt TF 1C_500/2020 du 11 mars 2021 consid. 3.2). Dans un tel cas, le principe de la bonne foi veut que la garantie du secret soit respectée. Cela étant, on n'est pas en présence d'une règle fixe excluant tout accès au document concerné. La situation concrète devra être examinée et le principe de proportionnalité s'appliquera; cela signifie

Tribunal cantonal TC Page 9 de 14 que si un caviardage est suffisant, c'est cette méthode qui devra être utilisée (Message LInf, n. 2.3.2 b, p. 947; COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, art. 7 LTrans n. 47). A cet égard, le Tribunal fédéral a souligné, dans sa jurisprudence récente au sujet de l'art. 7 al. 1 let. h LTrans, qui présente la même teneur que la disposition cantonale précitée, que les autorités fédérales peuvent appliquer cette exception dans leurs tâches publiques mais, afin de respecter la LTrans, il leur appartient d'adopter une pratique très restrictive et au cas par cas, même si elles devraient renoncer pour ce motif à obtenir certaines informations (cf. arrêt TF 1C_500/2020 du 11 mars 2021 consid. 3.2). Si l'administration pouvait systématiquement donner des garanties de secret, elle se soustrairait à ses obligations de rendre des comptes au public. La LTrans serait par conséquent privée de sa substance, ce qui ne peut correspondre à la volonté du législateur (cf. arrêt TF 1C_500/2020 du 11 mars 2021 consid. 3.3.2). 4. 4.1. Si la restriction de l'accès à un document se justifie dans un cas d'espèce, l'organe public demeure tenu au respect du principe de proportionnalité dans la détermination des modalités de l'accès (art. 7 de l'ordonnance fribourgeoise du 14 décembre 2010 sur l'accès aux documents, OAD; RSF 17.54). Il 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, l'organe public peut différer l'accès au document demandé. En tout état de cause, il 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 sollicite (Message LInf, n. 1.3.4.8 s., p. 935; COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, art. 7 LTrans n. 8 ss; HÄNER/STEIMEN, art. 7 LTrans n. 9-12). 4.2. Conformément à l'art. 7 al. 1 OAD, il incombe à l'organe public de déterminer si l'accès doit être différé ou restreint plutôt que refusé en se fondant sur le principe de proportionnalité. L'organe public dispose ainsi d'une marge d'appréciation dans l'interprétation des notions juridiques indéterminées ayant trait aux exceptions à l'accès aux documents officiels prévues aux art. 25 ss LInf, de même que dans l'évaluation du risque d'atteinte et de sa réalisation (cf. Message LInf, n. 2.3.2 b, p. 946). Cela étant, si l'on venait à considérer que seule l'autorité en possession de l'information demandée est à même de déterminer si celle-ci doit être transmise ou non, il faudrait exclure toute possibilité de recourir à une médiation, puis de porter l'affaire devant l'autorité hiérarchique et les tribunaux en application du CPJA. Ceci irait manifestement à l'encontre de la volonté du législateur d'introduire un droit subjectif privé à l'information, lequel doit pouvoir être mis en œuvre pour conserver sa raison d'être. Qui plus est, la possibilité laissée à l'organe public de déterminer les modalités d'accès dans le cadre de l'application du principe de la proportionnalité donne un poids considérable à son expertise dans son domaine de compétence, lui permettant de procéder à une analyse fine de ce qui peut être et de ce qui ne doit pas être transmis. Il est ainsi évident que le système retenu par le législateur, tout en laissant une place importante à l'expertise de l'organe public pour préciser les modalités d'accès, reconnaît une compétence de recommandation à la Préposée sur les aspects relevant du droit à l'information dans tous les domaines, même les plus techniques et les plus sensibles (cf. arrêt TC FR 601 2018 27 du 24 mai 2018 consid. 3.3.2). 5. 5.1. En l'occurrence, à l'aune des dispositions précitées, il y a lieu de constater que C._____ est une association de droit privé d'utilité publique au sens de la loi cantonale du 13 octobre 2005

Tribunal cantonal TC Page 10 de 14 sur le tourisme (LT; RSF 951.1). Elle exerce une tâche publique et dispose d'une compétence décisionnelle (cf. notamment art. 8 al. 1 let. d et e LT). Partant, elle est dès lors soumise à la LInf en vertu de son art. 2 al. 1 let. b, ce que les parties ne contestent du reste plus devant le Tribunal cantonal. En outre, la pièce sollicitée en l'espèce - une convention passée entre l'autorité précitée et la plate-forme D._____ - est un document officiel au sens de l'art. 22 LInf. Comme tel, il tombe dès lors dans le champ d'application de ladite loi et est présumé accessible au public. A ce stade, il sied encore de préciser que, selon les textes clairs des art. 19 al. 2 Cst./FR et 20 LInf, il n'y a pas d'obligation de justifier un intérêt à accéder à des documents officiels détenus par des organes publics. Sous réserve des restrictions prévues par la LInf, l'accès général à de tels documents est en effet protégé. Aussi, le fait que les recourants aient, comme le prétend l'autorité intimée, jamais expliqué (clairement) les motifs à l'origine de leur demande avant le stade du recours ne saurait limiter leur droit de prétendre à un accès total à la convention dans le cadre d'une procédure administrative ou juridictionnelle. De plus, la présente cause n'est pas devenue sans objet, comme le soutient C._____ dans ses observations du 15 mars 2021, du fait que dite autorité croit avoir répondu aux questions que se posent les recourants. Partant, le principe général de la transparence est applicable, dans son principe,

au document sollicité. 5.2. D'emblée, il convient d'écarter l'argumentation de C. _____ selon laquelle si elle devait, en violation de la garantie de confidentialité qu'elle a donnée, dévoiler la convention, elle courrait inévitablement le risque d'une résiliation à court terme de la part de D. _____, avec pour conséquence non seulement la perte de recettes annuelles non négligeables du fait de la non-perception de la taxe, mais encore le retour à une situation problématique au regard du principe de l'égalité de traitement entre les hébergeurs. Si tant est que ces intérêts publics puissent réellement être tirés de la formulation exemplative (cf. "notamment") de l'art. 26 LInf, force est de constater que l'autorité intimée ne parvient pas à démontrer la réalité de ses allégations. Il n'est en effet nullement établi que D. _____, qui s'est soumise à la convention sur une base volontaire, résilie celle-ci si le document venait à être accessible au public. La plate-forme ne le mentionne en tous les cas pas dans sa prise de position à l'attention de C. _____ du 10 août 2020 ni dans sa détermination du

E. 24

février 2021. Il en va de même des autres plates-formes avec lesquelles l'autorité intimée pourraient, à l'avenir, conclure des accords. Ainsi, la prétendue perte des recettes, tout comme la situation d'inégalité de traitement que celle-ci engendrerait, purement hypothétiques, ne peuvent pas constituer des intérêts publics prépondérants. 5.3. Dans la décision attaquée, l'autorité intimée refuse l'accès à la convention, en invoquant également les intérêts publics, prioritaires, visant à ne pas être entravée dans son processus décisionnel (art. 26 al. 1 let. c LInf) et à ne pas compromettre sa position de négociation (art. 26 al. 1 let e LInf), comme aussi les intérêts privés de D. _____ à ne pas voir ses secrets d'affaires révélés (art. 28 al. 1 let. a LInf) et les informations qu'elle a fournies librement divulguées, alors que l'organe public en a garanti le secret (art. 28 al. 1 let. c LInf). 5.3.1. Concernant les intérêts publics invoqués, C. _____ perd de vue que les deux exceptions de l'art. 26 al. 1 let. c et e LInf sont limitées dans le temps, sauf circonstances très exceptionnelles ni invoquées, ni établies en l'espèce (cf. VOLLERY, p 400). Dès lors que la convention est déjà ratifiée et, partant, la décision (au sens large) rendue et les négociations achevées, l'accès au document n'est plus susceptible d'entraver le processus décisionnel de l'organe public ou de compromettre la position de négociation de l'organe public, au sens de cette disposition.

Tribunal cantonal TC Page 11 de 14 5.3.2. S'agissant des intérêts privés qu'elle fait valoir à l'appui de son refus intégral, il y a lieu avant tout de rappeler, comme l'a exposé la Préposée dans sa recommandation du 24 septembre 2020, que la volonté de l'administration ou des administrés ne peuvent influencer sur le caractère secret ou non d'une information. Cette qualification relève de la loi (cf. COTTIER, *Le droit d'accès aux documents officiels*, 2021, p. 139 ss, 156, qui se réfère à l'arrêt TAF A-1432/2016 du 5 avril 2017 consid. 5.5.1 et à la recommandation du 29 septembre 2014 du Préposé du canton de Genève). Les mentions de classification, telles que "interne", "confidentiel" ou "secret" n'empêchent pas - sur le principe - l'accès à un document officiel (cf. arrêts TF 1C_122/2015 du 18 mai 2016 consid. 2.3; TAF A-2564/2018 du 5 août 2020 consid. 7.3.4.4 confirmé par TF 1C_500/2020 du 11 mars 2021). En cas de demande, il sied d'examiner, indépendamment de l'éventuelle mention de classification, s'il y a lieu d'autoriser, de limiter, de différer ou de refuser l'accès (cf. COTTIER, p. 156). 5.3.2.1. Suivant la logique de primauté de la législation sur la transparence, cela signifie qu'un fonctionnaire ne peut pas promettre à un administré que son cas sera traité confidentiellement; inversement, un administré ne peut pas exiger que les

informations qu'il fournit à l'administration soient tenus secrètes. Cette règle connaît toutefois une exception: la promesse de confidentialité accordée en échange d'informations fournies librement par l'administré, soit en dehors de toute obligation légale ou contractuelle, avec une garantie explicite du secret (cf. COTTIER, p. 157; cf. art.

E. 28

al. 1 let. c LInf). En l'occurrence, l'art. 20 de l'accord mentionne que "Die zuständige Behörde steht dafür ein, dass sämtliche Informationen und Daten, die sie infolge oder im Zusammenhang mit dieser Vereinbarung von D._____ oder einem Dritten, einschliesslich sonstiger Stellen, Berater, Abteilungen oder Regierungsorganisationen, erhält oder von denen sie über diese Kenntnis erlangt, streng vertraulich behandelt werden und ohne vorherige schriftliche Genehmigung von D._____ keinem Dritten gegenüber offengelegt oder zur Verwendung zugänglich gemacht werden". Quant à l'art. 21 de la convention, il se présente de la manière suivante: "Die zuständige Behörde und D._____ erklären, dass sie ohne vorherige Zustimmung der anderen Partei Nichts im Zusammenhang mit dem Abschluss und dem Inhalt dieser Vereinbarung einem Dritten gegenüber offenlegen werden." Tandis que la garantie de confidentialité prévues par l'art. 28 al. 1 let. c LInf tend à préserver certaines informations fournies librement par un privé, l'on constate que les art. 20 et 21 de la convention derrière lesquels se retranche C._____ constituent des clauses de confidentialité toutes générales, proscrites précisément par la LInf et le principe de transparence. Ainsi, s'il n'est pas contestable que D._____ doit être considéré comme une personne privée et qu'aucune contrainte légale ou conventionnelle ne lui imposait de se soumettre à la convention dont l'accès est requis, l'on ne peut pas admettre se trouver en présence d'une garantie de confidentialité expressément donnée par C._____ au sens de la disposition précitée. Etant rappelé que celle-ci doit être admise restrictivement (cf. consid. 3.3.2 in fine), il ne paraît surtout pas concevable qu'elle puisse s'étendre à l'ensemble d'un document, et non pas seulement à certaines informations en particulier. L'art. 28 al. 1 let. c LInf n'est dès lors en l'espèce pas applicable. 5.3.2.2. Pour le reste, dans sa recommandation du 24 septembre 2020, La Préposée à la transparence relève que C._____ n'a "(...) pas précisé en quoi des parties du document ou éventuellement le document dans son ensemble constitueraient un secret d'affaires (...) on ne voit effectivement pas comment ce serait le cas, ni pour des passages, ni pour son ensemble. Le document traite des modalités de perception de la taxe de séjour. Il ne reste que le montant de la taxe qui pourrait constituer un secret d'affaires, mais cette information est publique" et accessible

Tribunal cantonal TC Page 12 de 14 sur Internet. "Si l'Autorité, dans sa décision, maintient son refus d'octroyer l'accès, il convient d'expliquer en détail quels passages exactement de la convention consistent en des secrets d'affaires afin d'envisager un accès caviardé, conformément au principe de la proportionnalité". Dans le dispositif de la recommandation, la Préposée informe D._____ "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), [celle-ci] doit déposer dans les 30 jours qui suivent la détermination une requête en médiation auprès de la Préposée." Dans la décision attaquée, C._____ précise que "D._____ s'est (...) prévalu[e] d'un secret d'affaires (...) en alléguant notamment que la convention en tant que telle est un secret digne de protection, en particulier à l'égard de ses concurrents, et qu'elle contient des mécanismes (Abläufe) qui représentent une solution technique dont le caractère novateur doit être protégé (...) L'on peut difficilement reprocher à la plate-forme (...) de ne

pas avoir donné d'explications plus détaillées (...) En dire davantage l'exposerait en effet à devoir précisément dévoiler ce qu'elle souhaite protéger en invoquant le secret des affaires". Le Tribunal cantonal fait sienne l'appréciation de la Préposée en tant qu'elle constate que C._____ n'a pas argumenté de manière suffisante et convaincante en quoi les informations contenues dans la convention relèveraient du secret d'affaires. En particulier, on ne saurait admettre que le choix de régler les modalités de perception de la taxe de séjour par la voie de la convention constitue un secret d'affaires qui ne doit pas être dévoilé. De même, les mécanismes novateurs prétendument contenus dans la convention, à défaut de démonstration convaincante, ne s'apparentent pas à un secret d'affaires, étant rappelé que ladite convention porte sur la perception de la taxe de séjour, dont le montant est publié. La production, par l'autorité intimée devant le Tribunal cantonal, d'une prise de position plus détaillée de la plate-forme datée du 24 février 2021 n'apporte aucun élément complémentaire de nature à remettre en cause cette conclusion. 6. 6.1. Pour l'ensemble des motifs qui précèdent, la décision de l'autorité intimée refusant l'accès intégral à la convention doit être annulée. 6.2. Conformément à l'art. 98 al. 2 CPJA, en cas d'annulation, l'autorité de recours statue elle-même sur l'affaire ou la renvoie à l'autorité inférieure, s'il y a lieu avec des instructions impératives. Dans le cas particulier, et dans le sens des conclusions subsidiaires des parties, il y a lieu de renvoyer l'affaire à C._____ pour qu'elle donne aux recourants un accès à la convention passée entre elle et D._____ ainsi qu'à ses annexes, après avoir préalablement informé la plate-forme de la possibilité qu'elle a de déposer une requête en médiation auprès de la Préposée pour faire valoir ses propres intérêts privés à ce que l'accès du public à la convention soit refusé ou limité (cf. art. 32 al. 2 et 33 al. 1 Linf). Cas échéant, si l'existence de tels intérêts privés devait être admise, il appartiendra à C._____, sous la recommandation de la Préposée, de caviarder la convention dans une mesure qui les garantit et ce, dans le respect du principe de la proportionnalité. 6.3. Le recours est admis dans le sens des conclusions subsidiaires et les recourants obtiennent gain de cause pour l'essentiel. Il n'est ainsi pas perçu de frais de procédure (art. 131 CPJA).

Tribunal cantonal TC Page 13 de 14 Pour les mêmes motifs, les recourants ont droit à une indemnité de partie pour les frais nécessaires qu'ils ont engagés pour la défense de leurs intérêts (art. 137 al. 1 CPJA). L'indemnité de partie est fixée conformément au tarif cantonal du 17 décembre 1991 des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (Tarif/JA; RSF 150.1), lequel prévoit notamment un tarif horaire de CHF 250.- (art. 8 al. 1 Tarif/JA), le remboursement des débours au prix coûtant (art. 9 al. 1 Tarif/JA) et un prix unitaire par photocopie de 40 centimes (art. 9 al. 2 Tarif/JA). Partant, sur la base de la liste de frais produite par Me Sarah Riat le 30 novembre 2021, laquelle est corrigée en vertu de l'art. 9 al. 1 Tarif/JA, il y a lieu de fixer les honoraires à allouer à la recourante à CHF 4'352.50 ([17.41 heures de travail x CHF 250.-]), auxquels s'ajoutent un montant de CHF 100.- pour les débours et CHF 342.85 de TVA à 7.7%. Au total, c'est dès lors une indemnité de CHF 4'695.35 qui doit être mise à la charge de l'Etat de Fribourg. 6.4. Quant à l'autorité intimée, qui constitue une institution qui exerce une tâche publique au sens de l'art. 133 CPJA, elle bénéficie de l'exonération des frais prévue par cette disposition. Pour la même raison, elle n'a pas droit à des dépens, étant rappelé que l'art. 139 CPJA prescrit qu'aucune indemnité de partie n'est allouée aux collectivités publiques visées à l'art. 133, sauf dans les cas où leurs intérêts patrimoniaux sont en cause ou que des circonstances particulières ont rendu nécessaire l'appel à des mandataires extérieurs. De telles conditions ne sont pas satisfaites en l'occurrence. C._____ ne formule d'ailleurs aucune conclusion

dans ce sens. (dispositif en page suivante)

Tribunal cantonal TC Page 14 de 14 la Cour arrête : I. Le recours est admis dans le sens des considérants. Partant, la décision du 22 octobre 2020 est annulée et l'affaire renvoyée à C. _____ pour qu'elle donne aux recourants un accès à la convention passée entre elle et la plate-forme D. _____, ainsi qu'à ses annexes. Il lui incombe au préalable de solliciter l'accord de la plate-forme D. _____, qui sera informée de la possibilité de déposer une requête en médiation auprès de la Préposée cantonale à la transparence et de faire valoir les intérêts privés prépondérants qu'elle entend protéger. II. La convention passée entre C. _____ et D. _____ demeure confidentielle jusqu'à droit définitivement connu sur les modalités de son accès au public. III. Il n'est pas perçu de frais de justice. L'avance de frais versée, soit la somme de CHF 1'000.-, est restituée aux recourants. IV. Il est alloué aux recourants, à payer en main de Me Sarah Riat, une équitable indemnité de partie de CHF 4'695.35 (TVA, par CHF 342.85, incluse) mise à la charge de l'Etat de Fribourg. V. Notification. Cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les

E. 30

jours dès sa notification. La fixation du montant de l'indemnité de partie peut, dans un délai de 30 jours, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA). Fribourg, le 7 décembre 2021/mju/smo La Présidente : La Greffière :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.