



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 a.i.**

Rue des Chanoines 2, 1700 Fribourg

T +41 26 322 50 08

www.fr.ch/atprdm

—

Réf : MS 2022-Trans-182

T direct : +26 305 59 73

Courriel : martine.stoffel@fr.ch

Recommandation du 2 décembre 2022

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

concernant la requête en médiation entre

et

l'Etablissement cantonal d'assurance des bâtiments (ECAB)

I. La préposée cantonale à la transparence constate :

1. Conformément à la loi cantonale du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents (LInf ; RSF 17.5), _____ (le requérant) a déposé le 27 septembre 2022 une demande d'accès à des documents auprès de l'Etablissement cantonal d'assurance des bâtiments (ECAB).
2. Cette demande d'accès portait sur :
 - > les avant-projets préparés par la Direction de l'ECAB ou la Direction de la sécurité, de la justice et du sport (DSJS),

- > les rapports explicatifs relatifs à ces avant-projets
- > les documents de la consultation (lettres d'accompagnement et prises de position de personnes consultées)
- > les lettres ou courriels qui ont accompagné l'envoi aux membres des projets et rapports explicatifs
- > les lettres ou courriels de convocation à ces séances
- > la mention des personnes présentes (en début de procès-verbal)
- > les décisions sur les amendements proposés et les décisions d'adoption, en fin de procès-verbal (cas échéant, production de l'entier des PV, mais avec les discussions des membres caviardées)
- > pour les 3 règlements pris avant le 20 juin 2018 : les textes de ces règlements adoptés avec leur titre et date figurant en exergue de l'acte.

Il a en outre indiqué se limiter en l'état au règlement du 20 juin 2018 du personnel de l'ECAB, au règlement du 20 juin 2018 de l'ECAB en matière de subventionnement, au règlement du 20 juin 2018 sur la prévention de l'ECAB, et au règlement d'application du 27 juin 2018 du règlement de l'ECAB en matière de subventionnement.

3. Le 20 octobre 2022, l'ECAB s'est déterminé. Il a indiqué qu'« *il ressort de vos explications et de vos diverses demandes que vous souhaitez avant tout obtenir une copie des procès-verbaux des séances du conseil d'administration, lors desquelles la réglementation de l'ECAB a été adoptée. Bien que l'article 29 al. 1 lit. b LInf indique expressément et de façon tout à fait claire que les procès-verbaux des séances non publiques ne sont pas accessibles, l'ECAB accepte, à bien plaisir et sans aucune reconnaissance de droit quelconque, de vous transmettre lesdits procès-verbaux. Ces documents sont partiellement caviardés afin de faire ressortir uniquement la date, les personnes présentes et les décisions prises par rapport aux règlements de l'ECAB* ». L'ECAB a transmis 5 extraits de procès-verbaux caviardés : séance du Conseil d'administration (CA) du 27 juin 2018, du 20 juin 2018, du 26 mars 2018, du 22 février 2018 et du 25 janvier 2018.
4. Le 1^{er} novembre 2022, le requérant a déposé une demande en médiation (art. 33 al. 1 LInf) auprès de la préposée. Il a demandé accès :
 - > aux projets préparés par la Direction de l'ECAB ou de la DSJS (et soumis au CA en vue de leur approbation)
 - > aux rapports explicatifs relatifs à ces -projets
 - > aux documents de la consultation (lettres d'accompagnement et prises de position de personnes consultées)
 - > aux lettres ou courriels qui ont accompagné l'envoi, aux membres, des projets et rapports explicatifs
 - > aux lettres ou courriels de convocation à ces séances
 - > à la mention des amendements proposés et les décisions sur ceux-ci
 - > aux 3 règlements pris avant le 20 juin 2018, au règlement du 20 juin 2018 sur la prévention ainsi que qu'au règlement d'application du 27 juin 2018 en matière de subventionnement, aux textes de ces règlements adoptés par le Conseil d'administration avec leur titre et date figurant en exergue de l'acte et signatures

- > au ou aux lettres ou courriels par lesquels les 3 règlements pris avant le 20 juin 2018 ont été envoyés au Conseil d'Etat pour approbation en application de l'article 4 du règlement du 18 juin 2018 sur l'assurance immobilière, la prévention et les secours en matière de feu et d'éléments naturels (RE CAB ; RSF 732.1.11).

Il a répété se contenter des 4 règlements (consid. 2).

5. Il a en outre formulé des demandes de renseignements, ainsi que requis que la préposée vérifie si le caviardage des procès-verbaux a été fait selon les règles usuelles.
6. Le 7 novembre 2022, la préposée a invité le requérant et l'ECAB à une séance de médiation. Elle a donné la possibilité à l'ECAB de compléter sa détermination et demandé que lui soient envoyés les documents demandés par le requérant (art. 41 al. 3 LInf). L'ECAB s'est déterminé le 16 novembre 2022 et a transmis les documents sollicités à la préposée, qui les a reçus les 17 (clé USB) et 23 novembre 2022.
7. Le 24 novembre 2022, la séance de médiation a eu lieu en présence du requérant et de l'ECAB (représenté par _____). Le requérant a mis en doute la capacité de _____ de représenter l'ECAB. Ce dernier a répondu être habilité à représenter l'ECAB. Il l'a confirmé par courriel le 28 novembre 2022. La préposée est d'avis que, conformément à l'article 14a al. 3 de l'ordonnance cantonale du 14 décembre 2010 sur l'accès aux documents (OAD ; RSF 17.54), l'ECAB était valablement représenté dans la phase de médiation par une personne dotée des pouvoirs de représentation nécessaires.
8. La préposée était d'accord de mener la discussion concernant les procès-verbaux du CA, dans la mesure du possible, durant la séance si et aussi longtemps que les deux parties sont d'accord. Ce consentement des parties n'était plus réalisé à la fin et le requérant a maintenu sa demande d'accès aux procès-verbaux dans leur intégralité. Les échanges faits sous ces conditions ne peuvent pas figurer dans le procès-verbal de la séance de médiation.
9. Pendant la séance de médiation, les parties ont conclu l'accord suivant :

« 1. Les 5 convocations au Conseil d'administration seront transmises au requérant, caviardées, le 1^{er} décembre 2022 au plus tard.

2. Sont encore demandés les documents suivants : les 5 procès-verbaux des séances du CA non caviardés concernant les règlements requis, compilation des remarques de consultations (2 tableaux excel dans le dossier « consultations » de la clé USB), les versions des règlements envoyés au CA pour adoption (du CA, subventionnement, d'application du règlement sur le subventionnement, du personnel, prévention). Sur ces points, la médiation échoue et la préposée va rendre une recommandation. »
10. En date du 28 novembre 2022, l'ECAB a transmis les 5 convocations caviardées (protection des données) au requérant (consid. 9).
11. S'agissant des documents encore demandés (consid. 9), la médiation a échoué et la préposée formule, dès lors, la recommandation qui suit.

II. La préposée considère ce qui suit :

A. Considérants formels

12. 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. En l'absence de requête, la détermination est considérée comme acceptée (art. 14 al. 1 OAD). 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). La requête en médiation a été faite dans les délais et est dès lors recevable.
13. La préposée conduit librement la procédure de médiation et s'efforce d'amener les parties à un accord (art. 14 al. 2 OAD).
14. Si la médiation aboutit, l'accord est consigné par écrit et devient immédiatement exécutoire (art. 14 al. 3 OAD).
15. Lorsque la médiation échoue ou n'aboutit pas dans les vingt jours qui suivent le dépôt de la requête, la préposée établit à l'intention des parties une recommandation écrite qu'elle leur adresse dans les dix jours qui suivent (art. 33 al. 2 LInf et 14 al. 4 OAD).
16. 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).

B. Considérants matériels

a) Soumission de l'ECAB à la LInf

17. La LInf s'applique aux « *organes de l'Etat, des communes et des autres personnes morales de droit public* » (art. 2 al. 1 let. a LInf). L'ECAB « *est un établissement de droit public autonome. Il est doté de la personnalité juridique* » (art. 5 al. 1 de la loi cantonale du 9 septembre 2016 sur l'assurance immobilière, la prévention et les secours en matière de feu et d'éléments naturels, LECAB ; RSF 732.1.1). Il n'exerce pas une activité économique en situation de concurrence (art. 3 al. 1 LInf) puisqu'il jouit d'un monopole dans le domaine de l'assurance obligatoire des bâtiments (art. 24 al. 2 LECAB). L'ECAB est donc soumis à la LInf.

b) Documents officiels

18. Les documents sollicités concernent divers règlements de l'ECAB, adoptés par le CA (art. 8 al. 2 let. b LECAB). Il s'agit de documents officiels, qui concernent l'accomplissement d'une tâche publique (art. 22 al. 1 LInf).
19. L'accès aux documents doit par conséquent être accordé en principe (art. 20 al. 1 LInf).

c) Procès-verbaux de séances non-publiques

20. Le requérant a demandé accès à 5 procès-verbaux des séances du Conseil d'administration.

21. La législation fribourgeoise considère que les procès-verbaux des séances non publiques ne sont pas accessibles (art. 29 al. 1 let. b LInf). Le but est de garantir le secret des délibérations¹. Il s'agit là d'une règle « fixe » qui concerne des documents pour lesquels l'accès ne doit pas être accordé. L'organe public ne doit par conséquent pas examiner si des intérêts publics ou privés prépondérants s'opposent à l'accès, mais peut se contenter d'invoquer l'article 29 al. 1 let. b LInf pour le refuser².
22. L'ECAB n'a pas fait usage de son droit de refuser l'accès, jugeant que le secret des délibérations lui permettait de procéder ainsi. Il a accepté d'octroyer l'accès aux 5 procès-verbaux caviardés, « à bien plaire » (consid. 3).
23. Dès lors, la préposée est d'avis que l'ECAB peut maintenir son refus d'octroyer l'accès aux procès-verbaux des séances.

d) Compilation des remarques de consultation

24. Les parties ont convenu que la demande d'accès du requérant porte sur la compilation des remarques des consultations (2 tableaux excel dans le dossier « consultations » de la clé USB). Il ressort que ces documents ont été émis par l'ECAB et qu'ils contiennent des remarques et observations qui émanent de divers services.
25. Lorsqu'il risque de porter atteinte à un intérêt public ou privé, l'accès est suspendu jusqu'au terme de la procédure ; les tiers concernés sont en principe consultés et, s'ils font valoir un intérêt privé, peuvent s'opposer à l'accès.
26. En l'occurrence, aucun risque d'atteinte à un intérêt public prépondérant ne semble ressortir du contenu des documents. Si l'ECAB est d'avis qu'il existe éventuellement un intérêt public prépondérant, il doit consulter les organes publics mentionnés avant d'octroyer l'accès.
27. La préposée recommande à l'ECAB de transmettre ces deux documents, le cas échéant après consultation des organes publics.

e) Documents définitifs

28. Le requérant sollicite l'accès aux versions des règlements envoyés au CA pour adoption (règlement du 20 juin 2018 du personnel de l'ECAB, règlement du 20 juin 2018 de l'ECAB en matière de subventionnement, règlement du 20 juin 2018 sur la prévention, règlement d'application du 27 juin 2018 du règlement de l'ECAB en matière de subventionnement).
29. La question se pose de savoir s'il s'agit de documents définitifs (art. 2 al. 2 OAD). Un document a atteint son stade définitif d'élaboration lorsque l'organe public dont il émane l'a signé ou approuvé, son auteur-e l'a définitivement remis au ou à la destinataire

¹ VOLLERY LUC, La loi fribourgeoise sur l'information et l'accès aux documents, RFJ 2009, p. 375 ; Message N°90 du Conseil d'Etat au Grand Conseil accompagnant le projet de loi sur l'information et l'accès aux documents (LInf), pp. 28-29.

² Recommandation de la préposée du 21 novembre 2019, consid. 13, p. 5.



notamment à titre d'information ou pour que celui-ci ou celle-ci prenne position ou une décision (art. 2 al. 2 OAD).

30. Le droit fédéral connaît une disposition similaire (art. 1 al. 2 de l'ordonnance du 24 mai 2006 sur le principe de la transparence dans l'administration, OTrans ; RF 152.31). Dans un arrêt du Tribunal fédéral administratif, un document qui a été remis à la cheffe d'un département, puis au Conseil fédéral, est un document qui a atteint son stade définitif d'élaboration, quand bien même il ne porte pas de signature.³ Dans un arrêt un peu plus ancien, le Tribunal fédéral a décidé que « *eine definitive Übergabe eines Dokuments liegt weiter auch erst dann vor, wenn es danach weitestgehend am Empfänger liegt, wie er mit dem Dokument weiter verfahren will (...). Von einer definitiven Übergabe eines Dokuments ist beispielsweise dann auszugehen, wenn das federführende Amt dem Departement den Entwurf zu einem Antrag an den Bundesrat zugestellt hat (...). In dieser Konstellation handelt es sich aus der Sicht des Amtes um seinen definitiven Entwurf* ». ⁴
31. En l'occurrence, il existe des arguments en faveur et en défaveur de l'application de la jurisprudence fédérale au cas d'espèce.
32. D'un côté, puisque l'ECAB a un pouvoir réglementaire qui lui est délégué par la loi, on peut comparer la fonction du CA à celui du Conseil d'Etat. Dans la mesure où l'ECAB agit dans l'exercice de son pouvoir législatif, les réflexions du TF seraient applicables et il faudrait considérer les documents élaborés par la Direction comme des documents finaux.
33. De l'autre côté, l'ECAB, de par sa taille et sa tâche très spécifique, doit plutôt être comparé à une Direction de l'Etat et non pas à l'Etat lui-même. En effet, l'Etat accomplit une multitude de tâches chacune gérée par les directions (départements), toutes dirigées par un des membres du Conseil d'Etat. Au contraire, l'ECAB dispose d'un CA avec plusieurs membres, mais d'une seule Direction compétente pour l'ensemble de sa tâche, bien plus spécifique que les tâches de l'Etat, voire même de chacune des directions de l'administration cantonale.
34. La préposée est d'avis que le deuxième argument l'emporte, que la différence de taille et de tâches est déterminante. Les documents élaborés par la Direction de l'ECAB en vue de leur approbation par le CA ne pourraient être assimilés à des documents d'un organe public spécifique ou d'une Direction de l'Etat. Il en irait peut-être différemment pour un document élaboré par une Direction de l'ECAB qui ressort de sa propre sphère de compétence, même s'il est transmis au CA pour information. Mais cette question peut rester ouverte en l'état.
35. Il faut dès lors considérer que les documents élaborés en vue d'une décision par le CA deviennent finaux à partir du moment où le CA les a approuvés. La préposée est d'avis que l'ECAB peut maintenir son refus d'y octroyer l'accès.

³ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4500/2013 du 27 février 2014, consid. 4.2.4.

⁴ Arrêt du Tribunal fédéral A-1156/2011 du 22 décembre 2011, consid. 8.3.2.



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

1. L'ECAB peut maintenir son refus d'octroyer l'accès aux procès-verbaux des séances non caviardés (art. 29 al. 1 let. b LInf).
2. L'ECAB octroie l'accès à la compilation des remarques de consultations, le cas échéant après consultation des organes publics sur un éventuel intérêt public prépondérant (art. 32 al. 2 LInf).
3. L'ECAB peut maintenir son refus d'octroyer l'accès aux versions des règlements envoyés au CA pour adoption (art. 22 LInf et 2 al. 2 OAD).
4. L'ECAB est dès lors invité 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 auprès du Tribunal cantonal (art. 34 al. 1 LInf et art. 114 al. 1 let. b du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative, CPJA ; RSF 150.1).
5. La présente recommandation peut être publiée sous forme anonymisée (art. 41 al. 2 let. e LInf).
6. La recommandation est envoyée sous pli recommandé à :
 - >
 - >

Etablissement cantonal d'assurance des bâtiments, Maison-de-Montenach 1,
1763 Granges-Paccot

Martine Stoffel
Préposée cantonale à la transparence
Préposée cantonale à la protection des données *a.i.*