



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données
Rue des Chanoines 2, 1700 Fribourg

**Autorité cantonale de la transparence et
de la protection des données ATPrD**
**Kantonale Behörde für Öffentlichkeit und
Datenschutz ÖDSB**

La préposée cantonale à la transparence

Rue des Chanoines 2, 1700 Fribourg

T +41 26 322 50 08
www.fr.ch/atprd

—

Réf: MS 2020-Trans-20
T direct: +41 26 305 59 73
Courriel: martine.stoffel@fr.ch

Recommandation

**selon l'article 33 de la loi du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents
(LInf)**

concernant la demande de médiation entre

et

la Caisse de prévoyance du personnel de l'Etat de Fribourg

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), l'association _____ (la requérante) a déposé les 5 et 16 décembre 2019 une demande d'accès à des documents auprès de la Caisse de prévoyance du personnel de l'Etat de Fribourg (la Caisse).
2. Le 24 janvier 2020, la Caisse s'est déterminée de manière négative par rapport aux demandes d'accès.
3. Le 30 janvier 2020, la requérante a déposé une demande en médiation (art. 33 al. 1 LInf) auprès de la préposée cantonale à la transparence (la préposée).

4. Le 4 février 2020, la préposée a invité la requérante et la Caisse à une séance de médiation. Elle a demandé à la Caisse de compléter, cas échéant, sa détermination et de lui faire parvenir les documents demandés par la requérante (art. 41 al. 3 LInf). La Caisse lui a livré des documents concernant la préposée en tant qu'employée de l'Etat.
5. Le 18 février 2020, la séance de médiation a eu lieu en présence de la requérante (représentée par _____, _____, et _____) et de la Caisse (représentée par _____, _____, et _____). La séance de médiation n'a pas abouti à un accord et a donc, comme conséquence, la présente recommandation.

II. La préposée considère ce qui suit :

A. Considérants formels

1. 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 de l'ordonnance cantonale du 14 décembre 2010 sur l'accès aux documents (OAD) ; RSF 17.54). La requête en médiation a été faite dans les délais et est dès lors recevable.
2. La préposée conduit librement la procédure de médiation et s'efforce d'amener les parties à un accord (art. 14 al. 2 OAD).
3. Si la médiation aboutit, l'accord est consigné par écrit et devient immédiatement exécutoire (art.14 al. 3 OAD).
4. 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).
5. 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 la Caisse à la LInf

1. 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). La Caisse « *est un établissement de droit public doté de la personnalité morale. Son siège est à Fribourg* » (art. 1 al. 1 de la loi cantonale du 12 mai 2011 sur la Caisse de prévoyance du personnel de l'Etat (LCP) ; RSF 122.73.1). « *Elle est inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle auprès de l'autorité de surveillance compétente* » (art. 1 al. 2 LCP).

2. La loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP ; RS 831.40) en particulier l'article 65a LPP, et l'ordonnance fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2 ; RS 831.441.1), notamment les articles 48b à 48e OPP 2 ont des dispositions qui concernent la transparence. Ces dispositions contiennent des standards de transparence minimaux que les institutions de prévoyance enregistrées au sens de l'article 48 LPP doivent respecter dans tous les cas (art. 5 al. 2 LPP). Cela ne devrait pas empêcher les cantons de soumettre les institutions de prévoyance du droit cantonal à la législation cantonale sur la transparence ainsi qu'à une procédure d'accès aux documents officiels particulière, et de prévoir des obligations de transparence qui vont plus loin.
3. La préposée est d'avis que la Caisse est soumise à la LInf. Les articles 20 et suivants de la LInf consacrés au droit d'accès aux documents officiels sont applicables aux documents détenus par la Caisse. La préposée est compétente pour traiter une demande en médiation selon l'article 33 al. 1 LInf.

b) Documents sollicités

4. Les demandes d'accès de la requérante portent premièrement sur le taux de rendement et le taux de couverture de la Caisse pour 2019 et, secondement, sur toutes les informations nécessaires (bases techniques, chiffres relatifs à la Caisse etc.) afin de pouvoir analyser de manière approfondie le projet soumis au Grand Conseil.
5. Durant la séance de médiation, les parties ont accepté la proposition de la préposée de rendre tout d'abord et jusqu'à la fin février 2020 une recommandation concernant la première partie de la demande d'accès, à savoir au taux de rendement et au taux de couverture. Elle rendra ensuite, jusqu'au 10 mars 2020, une deuxième recommandation sur la seconde partie de la demande d'accès.
6. Dès lors, dans cette première recommandation, la préposée se prononce sur la demande d'accès au **taux de rendement et au taux de couverture** de la Caisse uniquement.

c) Taux définitif et notion de document officiel

7. L'article 22 LInf traite de la notion de document officiel :
« Art. 22 Notion de « document officiel » et d'« information sur l'environnement »
1. Constituent des documents officiels au sens de la présente loi les informations enregistrées sur un support quelconque et qui concernent l'accomplissement d'une tâche publique.
2. Sont également des documents officiels les documents qui peuvent être établis par un traitement informatique en extrayant les informations concernées d'une base de données. [...] »
8. Il en ressort que le taux de rendement et le taux de couverture sont des documents officiels au sens de la LInf (art. 22 LInf). La requérante peut y demander accès, dans la mesure



prévue par la LInf (art. 20 ss LInf). La préposée recommande d'y octroyer l'accès, dès que possible mais au plus tard le 9 mars 2020.

d) Chiffres approximatifs, instruments de pilotage et document officiel

9. Dans son courrier du 24 janvier 2020, la Caisse écrit que « *la détermination des deux taux dépend largement du bouclage annuel des comptes de la Caisse. Dans la mesure où elle ne fait pas de clôture intermédiaire en cours d'année et que le bouclage 2019 en cours sera terminé courant mars 2020, elle n'est pas en mesure de communiquer d'autres chiffres que des approximations. A ce stade, quand bien même le comité dispose d'outils de pilotage pour gérer la Caisse, il ne connaît pas encore précisément ces taux, partant, il ne veut pas communiquer d'information qui pourrait être erronée ou inexacte* ».
10. La requérante fait valoir que d'autres Caisses de prévoyance du personnel des cantons de Vaud et Genève par exemple disposent d'indicateurs trimestriels. Elle a indiqué dans sa demande d'accès du 16 décembre 2019 qu'il lui semble invraisemblable que la Caisse ne dispose pas de tels indicateurs.
11. La Caisse indique dans sa détermination du 24 janvier 2020 qu'elle dispose d'instruments de pilotage pour gérer la Caisse. La préposée est d'avis que ces documents doivent contenir des informations par rapport aux deux taux. En 2009, le Tribunal administratif fédéral s'est penché sur la notion de document officiel en lien avec des instruments qui servent au **pilotage** et à la prise de décisions: « *Sie sollen Entscheide über Sollzustände und deren Erreichung sowie die Selbststeuerung jeder Stufe erlauben* ». ¹ Le Tribunal administratif fédéral ne remet pas en question le fait que ces documents sont des documents officiels. ² Le préposé fédéral à la protection des données et à la transparence a décrété dans sa recommandation que ces documents sont des documents officiels soumis au droit d'accès. Il a ajouté qu'il en va ainsi même si les documents sont utilisés à l'interne, il ne s'agit pas là de documents destinés à l'usage personnel : « *Der Beauftragte kommt zum Schluss, dass die Berichte mit der Bezeichnung 'Cockpits' und 'Amtsreporting' nicht als zum persönlichen Gebrauch des Direktors der ESTV bestimmte Dokumente zu qualifizieren sind. Es handelt sich dabei amtliche Dokumente, welche in den Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fallen* ». ³
12. La notion de document inachevé et destiné à l'usage personnel est repris par l'article 22 al. 3 LInf qui traite de la notion de document officiel. Le législateur a considéré que les trois éléments principaux de la notion de document officiel de l'article 22 LInf « *sont explicités sur neuf pages dans le message du Conseil fédéral à l'appui du projet LTrans, auquel il est possible de se référer globalement* ». ⁴
13. La préposée est d'avis que, selon les informations dont elle dispose, ces instruments de pilotage sont des documents officiels au sens de la LInf (art. 22 LInf), et que le requérant peut y avoir accès conformément à la procédure prévue par la LInf (art. 20 LInf ss). La

¹ Arrêt du TAF A-3631/2009 du 15 septembre 2009 c. 2.7.

² Arrêt du TAF A-3631/2009 du 15 septembre 2009 c. 2.7.

³ Recommandation du préposé fédéral à la protection des données et à la transparence du 3 avril 2009 c. 7, p. 7.

⁴ Message n° 90 du Conseil d'Etat au Grand Conseil accompagnant le projet de loi sur l'information et l'accès aux documents (LInf) ; p. 16. Le passage en question se trouve ici : FF 2003 p. 1807 ss, 1833–1842.

préposée soutient que les instruments de pilotage de la Caisse ont dû lui servir pour prendre des décisions, rédiger des documents et élaborer le projet soumis au Grand Conseil et dont le législateur va débattre au mois de mars. Au vu du débat politique devant le législateur, la préposée est d'avis que l'intérêt public à disposer de ces informations avant le début du débat est très élevé. Dans l'hypothèse où les deux taux définitifs n'existent pas encore et que l'accès à ces derniers ne peut pas être octroyé, la préposée recommande à la Caisse de donner accès aux instruments de pilotage, ou à d'autres documents contenant des informations par rapport à ces deux taux, dès que possible mais au plus tard le 9 mars 2020.

14. Dans un arrêt de 2016, le Tribunal fédéral a indiqué que même si le document officiel, en l'occurrence un agenda outlook, contenait des rendez-vous qui ne se sont finalement pas tenus, il n'y a pas lieu de considérer que l'opinion publique puisse être induite en erreur puisque les changements de rendez-vous constituent la nature même d'un agenda.⁵ Dans l'hypothèse où la Caisse donne accès aux instruments de pilotage qui concernent les taux, de manière analogue au cas dont le Tribunal fédéral a traité, la préposée est d'avis qu'il est dans la nature des choses que les outils de pilotage servent à piloter et puissent être modifiés plus tard, et que cet élément est connu du public.
15. A titre d'intérêts publics prépondérants permettant de refuser l'accès à un document, la doctrine relève notamment qu'il serait contraire à l'esprit de la transparence de soustraire certains éléments d'un projet, dans le but d'éviter des désagréments liés à leur divulgation. Il faut que cette divulgation constitue une entrave notable au processus décisionnel de l'organe public (art. 7 al. 1 a de la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans) ; RS 152.3).⁶ « Cette condition n'est pas remplie si la publication d'un document comporte simplement le risque de provoquer un débat nourri sur la place publique ou de conduire à mettre à l'agenda politique un problème particulièrement sensible. ».⁷ Cet intérêt public prépondérant pour refuser l'accès fait à peu près l'unanimité en Suisse et il se retrouve à l'article 26 al. 1 let. c LInf.⁸
16. La préposée est d'avis que de divulguer les informations sur des taux qui ne sont pas encore définitifs ou des documents qui contiennent des informations sur ces taux en vue du débat politique devant le législateur n'entrave pas notablement le processus décisionnel de la Caisse. D'ailleurs, celle-ci ne fait pas valoir un tel élément dans sa détermination du 24 janvier 2020.

⁵ ATF 1C_14/2016 du 23 juin 2016, c. 2.5.1.

⁶ BERTIL COTTIER/RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, in: Brunner/Mader [Ed.], Stämpfli Handkommentar zum BGÖ, Art. 7, N 15.

⁷ FF 2003 p. 1849.

⁸ Message n° 90 du Conseil d'Etat au Grand Conseil accompagnant le projet de loi sur l'information et l'accès aux documents (LInf) ; p. 18.

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

1. La Caisse donne accès à son taux de rendement et à son taux de couverture dès qu'elle en dispose, mais au plus tard le 9 mars 2020.
2. Si la Caisse ne dispose pas de chiffres définitifs concernant le taux de couverture et le taux de rendement, elle donne accès aux taux provisoires ou aux documents qui contiennent des informations sur ces taux, par exemple les instruments de pilotage, dès que possible mais au plus tard le 9 mars 2020.
3. La Caisse 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 auprès du Tribunal cantonal (art. 34 al. 1 LInf et 114 al. 1 let. b du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (CPJA) ; RSF 150.1).
4. La présente recommandation peut être publiée sous forme anonymisée (art. 41 al. 2 let. e LInf).
5. La recommandation est envoyée sous pli recommandé à :
 - > _____
 - > Caisse de prévoyance du personnel de l'Etat, rue Saint-Pierre 1, 1701 Fribourg

Fribourg, le 20 février 2020

Martine Stoffel
Préposée cantonale à la transparence