



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 par courrier la requérante et la Caisse à une séance de médiation. Elle a demandé à la Caisse de compléter jusqu'au 12 février 2020, cas échéant, sa détermination.
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.
6. Durant la séance de médiation, les parties ont accepté la proposition de la préposée de faire tout d'abord, et jusqu'à fin février 2020, une recommandation concernant la première partie de la demande d'accès 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. Cette recommandation traite donc de la deuxième partie de la demande d'accès.
7. A l'issue de la séance de médiation et suite à la demande du 18 février 2020 de la préposée, la requérante a précisé ce même jour la deuxième partie de sa demande d'accès. Le 19 février 2020, la préposée a demandé par courriel à la Caisse de se déterminer par rapport aux précisions apportées par la requérante jusqu'au 2 mars 2020 au plus tard.
8. Le 20 février 2020, la préposée a rendu une première recommandation qui portait sur la demande d'accès au taux de rendement et au taux de couverture de la Caisse.
9. Le 2 mars 2020, la Caisse a informé la préposée que compte tenu du bref délai au 2 mars 2020 et en raison d'une surcharge de travail, elle ne pourra pas se déterminer avant le 16 mars 2020, soit après la phase de bouclage. Le 3 mars 2020, la préposée a demandé à la requérante de se déterminer par rapport à cette demande de prolongation de délai (conformément à l'article 14 al. 4 de l'ordonnance cantonale du 14 décembre 2010 sur l'accès aux documents (OAD) ; RSF 17.54). Celle-ci a refusé que ce délai soit prolongé et a indiqué souhaiter que la préposée rende une recommandation pour le 10 mars 2020 (voir considérant 6 ci-dessus).
10. A plusieurs reprises (par courrier le 4 février 2020, par courriel le 19 février 2020 et par courrier le 3 mars 2020), la préposée a prié la Caisse de lui faire parvenir les documents demandés par la requérante (art. 41 al. 3 LInf). N'ayant pas reçu de documents après sa première demande du 4 février 2020, la préposée s'est déplacée dans les locaux de la Caisse pour les consulter. La Caisse ne lui a livré que des documents concernant la préposée en tant qu'employée de l'Etat. La médiation et les deux recommandations ont dû être effectuées sans que la préposée n'ait eu accès aux documents.

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 OAD). 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 et dispositions fédérales

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 du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP ; RS 831.40) en particulier l'article 65a LPP, et l'ordonnance fédérale du 18 avril 1984 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 officielle, 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.

4. La LPP contient en outre des dispositions relatives à l'organisation des institutions de prévoyance. D'une part, l'article 51a LPP énumère les tâches intransmissibles et inaliénables de l'organe suprême de l'institution de prévoyance. D'autre part, l'article 62a LPP traite des moyens de surveillance de l'autorité de surveillance. Ces dispositions concernent uniquement l'organisation de la Caisse et n'ont pas d'incidence sur le droit d'accès des tiers.

b) Documents sollicités

5. La demande d'accès de la requérante porte sur toutes les informations nécessaires (bases techniques, chiffres relatifs à la Caisse etc.) afin d'analyser de manière approfondie le projet soumis au Grand Conseil. A l'issue de la séance de médiation et suite à la demande du 18 février de la préposée, la requérante a précisé le 18 février 2020 sa demande d'accès, qui porte sur les documents suivants :
 - les deux dernières expertises techniques ;
 - la ou les études du Comité qui traitent des enjeux de la réforme : les problèmes de sous-financement du plan actuel, la baisse du taux technique, pourquoi le changement de primauté, le plan de bonifications, les modalités de transfert pour l'effectif annuel etc. ;
 - l'étude ALM ;
 - possibilité de pouvoir poser des questions techniques directement à l'expert et/ou la direction de la Caisse.

c) Documents officiels

6. 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 réputés documents officiels les documents qui peuvent être établis par un traitement informatique en extrayant les informations concernées d'une base de données. [...]
7. Il ressort que, selon les informations dont la préposée dispose, les documents demandés sont des documents officiels au sens de la LInf (art. 22 LInf). La LInf permet aux particuliers d'y demander accès selon la procédure prévue aux articles 20 et suivants de la LInf.
8. En revanche, la possibilité de pouvoir poser des questions techniques directement à l'expert/e et/ou la direction de la Caisse ne rentre pas dans la notion de documents officiels. La demande allant dans ce sens n'est pas recevable.

d) Documents auxquels la préposée a eu accès

9. Afin de déterminer si l'accès aux documents doit être différé, restreint ou refusé dans la mesure où un intérêt public ou privé prépondérant l'exige (art. 25 al. 1 LInf) et pour rendre sa recommandation, la préposée doit avoir accès aux documents demandés par la requérante.



10. L'article 41 al. 3 LInf a pour but de permettre à la préposée d'accomplir ses tâches de médiation et de rédiger ses recommandations :
« Le ou la préposé-e recueille les renseignements nécessaires à l'accomplissement de ses tâches. Le secret de fonction ne peut pas lui être opposé ; en particulier, il ou elle peut, dans l'exercice de ses fonctions de médiation, accéder sans restriction à tous les documents officiels. »
11. Le droit cantonal fribourgeois prévoit une obligation de collaborer à la médiation pour les parties. L'organe public doit notamment transmettre les documents requis à la préposée (art. 41 al. 3 LInf et 14a al. 1 let. b OAD), même si l'organe public nie l'application de la LInf. Les parties sont tenues de faire en sorte que le délai dans lequel doit se dérouler la médiation soit respecté, de transmettre les documents demandés par la préposée et de collaborer à la recherche d'un accord, ainsi que de prendre part à la médiation (art. 14a al. 2 OAD). Cette obligation de collaborer à la médiation et de transmettre les documents à la préposée (art. 41 al. 3 LInf et 14a al. 2 OAD) a fait l'objet d'une jurisprudence du Tribunal cantonal fribourgeois en 2019 : *« De manière générale, il y a également lieu de souligner que les parties se doivent de suivre les injonctions de la Préposée, à qui revient la mainmise de la procédure de médiation »*.¹
12. Cette obligation de transmettre des documents et de collaborer à la médiation est également contenue dans le droit fédéral (art. 20 al. 1 de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans ; RS 152.3) et art. 12b de l'ordonnance fédérale du 24 mai 2006 sur le principe de la transparence dans l'administration (OTrans ; RS 152.31)). Ces articles sont régulièrement appliqués dans la pratique du préposé fédéral à la protection des données et à la transparence et dans la jurisprudence fédérale.²
- e) Présomption de publicité pour les documents officiels
13. La doctrine cantonale et fédérale ainsi que la jurisprudence fédérale soulignent la présomption de publicité des documents depuis l'introduction du principe de transparence. *« L'introduction du droit d'accès aux documents officiels passe par un changement radical de perspective, un « renversement de paradigme » (...). Il y a en effet un avant et un après : avant cette introduction, les documents officiels étaient a priori considérés comme secrets ; après cette introduction, ils sont a priori considérés comme publics. »*³ Le principe fondamental est devenu celui de la publicité : tout document officiel jouit donc d'une présomption de publicité.⁴
14. Dès lors et comme la jurisprudence l'a souligné à maintes reprises, *« si l'autorité décide de limiter ou refuser l'accès à des documents officiels, elle supporte le fardeau de la preuve*

¹ Arrêt TC 601 2019 19 du 21 mai 2019, p. 8.

² Recommandation du 14 décembre 2015 du préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, c. 15 ;
Recommandation du 20 mai 2014 du préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, c. 27-30 ;
Arrêt du TAF A-4049/2009 du 3 mai 2010, c. 7.2 ; Message du 12 février 2003 relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration, p. 1872.

³ LUC VOLLERY, La loi fribourgeoise sur l'information et l'accès aux documents, RFJ 2009 p. 353 ss., pp. 357 (cité : VOLLERY).

⁴ VOLLERY, p. 384; BERTIL COTTIER, Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 20. Mai 2014 (ESTV/Dokumente zu angeblichem Steuerruling), Medialex 2014, p.150-151 ; Arrêt du TAF A-2352/2017 du 11 décembre 2019, c. 4.2.



destiné à renverser la présomption du libre accès aux documents officiels, instituée par la LTrans. En d'autres termes, elle doit exposer pour quel motif et dans quelle mesure une ou plusieurs des exceptions légales figurant aux art. 7 et 8 LTrans est ou sont réalisées (...). ».⁵

15. Dans le cas précis, la Caisse a fait valoir en substance, dans son courrier du 24 janvier 2020, l'argument selon lequel elle a déjà mandaté deux experts pour procéder aux calculs nécessaires.
16. Faute d'avoir pu analyser les documents demandés par la requérante, la préposée doit formuler sa recommandation sur la base du dossier de la demande de médiation en question. Elle n'est pas en mesure de déterminer si l'accès aux documents doit être différé, restreint ou refusé dans la mesure où un intérêt public ou privé prépondérant l'exige (art. 25 al. 1 LInf). La préposée ne peut pas évaluer si les documents sollicités tombent sous le coup d'une règle à caractère négatif prévue dans la LInf.⁶ La présomption de publicité s'applique dès lors et l'accès doit être accordé.

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

1. La Caisse donne accès aux documents sollicités, conformément à la procédure prévue par la LInf (art. 20 ss LInf).
2. La demande qui porte sur la possibilité de pouvoir poser des questions techniques directement à l'expert/e et/ou la direction de la Caisse ne rentre pas dans la notion de documents officiels et n'est pas recevable.
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 10 mars 2020

Martine Stoffel
Préposée cantonale à la transparence

⁵ Arrêt du TAF A-2352/2017 du 11 décembre 2011, c. 4.3.

⁶ VOLLERY, p. 435.