



Opposition de la CPEG à une communication, par l'OCLPF à X., de trois documents susceptibles de compromettre ses intérêts

Recommandation du 30 août 2019

I. Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence constate:

1. Par courrier du 26 mars 2019 adressé à l'Office cantonal du logement et de la planification foncière (OCLPF), X., agissant pour le compte de sociétaires domiciliés à la rue [REDACTED], a requis une "copie de l'arrêté initial du Conseil d'Etat, le dernier état locatif approuvé et le compte de réserves pour travaux". X. a expliqué agir en baisse de loyer, consécutivement à la sortie de l'immeuble du contrôle de l'Etat.
2. Le 9 avril 2019, l'OCLPF s'est adressé la Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève (CPEG) exposant que X., mandatée par des locataires de l'immeuble rue [REDACTED], avait sollicité la communication des trois documents suivants:
 - L'arrêté départemental du 28 septembre 2012 approuvant le plan financier et fixant, en application de l'article 5, alinéa 2 de la loi générale sur les zones de développement, les loyers que la Caisse de prévoyance du personnel enseignant de l'instruction publique et des fonctionnaires de l'instruction publique et des fonctionnaires de l'administration du canton de Genève est autorisée à percevoir pour ses immeubles sis rue [REDACTED] (ci-après l'arrêté départemental du 28 septembre 2012);
 - La vérification du calcul des réserves pour entretien au 31 décembre 2011;
 - Le dernier état locatif au 26 juillet 2012.

L'OCLPF précisait entendre donner droit à la requête (sous réserve du caviardage des données personnelles), sauf objection motivée de la part de la CPEG au 23 avril 2019.

3. Le 16 avril 2019 Me Y., avocat de la CPEG, a écrit à l'OCLPF afin de solliciter une prolongation du délai au 15 mai 2019.
4. Dans un courrier daté du 10 mai 2019, l'OCLPF a fait droit à cette requête. Il était encore précisé: "*Compte tenu de leur qualité de partie au sens de l'article 60, lettres a et b de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985, les locataires doivent se voir garantir la consultation des pièces relatives à la fixation et à la modification des loyers autorisés, comme le rappelle l'article 42, alinéa 8 LGL. Or les documents requis par X. n'excèdent nullement un tel cadre, sous réserve du caviardage des données personnelles des locataires, à savoir leur nom et leur loyer effectif individuel*".
5. Le 20 mai 2019, Me Y. a requis de l'OCLPF la notification d'une décision formelle ouvrant la voie à un recours.
6. Dans sa réponse datée du 3 juillet 2019, l'OCLPF a confirmé sa volonté de transmettre à X. les documents sollicités, malgré l'opposition de la CPEG. Invitation

était faite de saisir le Préposé cantonal dans un délai de 10 jours, faute de quoi il serait fait droit à la demande de X.

7. Par courrier recommandé du 11 juillet 2019 adressé au Préposé cantonal, Me Y. a saisi ce dernier d'une demande de médiation.
8. La médiation a eu lieu le 20 août 2019, en présence de Me Y., M. Z. (juriste à la CPEG), Mme C. (Secrétaire générale adjointe et responsable LIPAD du Département du territoire), M. B. (juriste à l'OPLPF) et de la Préposée adjointe. Elle n'a pas abouti.
9. Le Préposé cantonal a reçu copie des trois documents querellés le même jour.
10. Le 22 août 2019, il a écrit au conseil de la CPEG pour que ce dernier lui expose en quoi la communication des documents querellés serait susceptible de compromettre les intérêts de sa cliente.
11. En date du 27 août 2019, la réponse de Me Y. a été la suivante: "*En résumé, la position de ma mandante est la suivante:*

1) La LIPAD n'est pas applicable dans la mesure où:

- a. Les requérants, soit pour eux un avocat de X., n'invoquent pas, dans leur requête, cette loi.*
- b. La requête vise expressément à obtenir des documents en vue d'agir « en baisse de loyer, consécutivement à la sortie de [l'] immeuble du contrôle de l'Etat »; en d'autres termes, la requête n'a pour seul enjeu et objectif des éléments qui concernent un litige (en réalité une quarantaine de litiges) relevant du droit fédéral privé (Code des obligations (CO) et Code de procédure civil (CPC)).*
- c. La requête vise certes des informations détenues par l'État, mais pas « relative[s] aux activités des institutions » au sens de l'art. 1 al. 1 LIPAD.*
- d. La requête ne vise ainsi pas à « favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique » (art. 1 al. 2 let. a LIPAD).*
- e. La requête ne vise non plus pas à contrôler le travail de l'État, en particulier sous l'angle de l'application de la LGZD (dont se prévaut à tort la réponse du Département du 10 mai 2019).*

En conséquence, i) X. ne saurait tirer aucun avantage de la LIPAD; ii) le litige ne relève pas de la compétence de votre autorité.

2) Si la LIPAD devait être applicable, les données requises relèvent du secret des affaires (art. 26 al. 2 let i LIPAD) et le secret de la Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) qui régit l'activité de la CPEG.

- a. Les documents requis contiennent exclusivement des données financières relatives à la gestion du patrimoine de la CPEG (coût d'acquisition de parcelles, coûts de construction, coûts de fonctionnement d'immeubles, etc.).*
- b. Ces données sont de surcroît couvertes par le secret de l'art. 86 LPP qui ne se limite pas aux données personnelles au sens de la LPD (Kurt Pärli, Schweigepflicht in der paritätischen Verwaltung von Vorsorgeeinrichtungen, septembre 2017 § 49).*
- c. Aucune des hypothèses de l'art. 86a LPP (qui pourrait permettre d'envisager une transmission) n'est réalisée.*

En conséquence, tant la LIPAD que la LPP (loi fédérale qui prime la LIPAD) s'opposent à la transmission.

3) En réalité, X. cherche par un biais détourné à obtenir ce qu'elle ne pourrait pas par le biais de la procédure instituée par le droit fédéral.

- a. X. explique qu'elle cherche à obtenir les documents litigieux dans la perspective d'une contestation de loyer, après la sortie du contrôle de l'Etat, soit une procédure régie exclusivement par le CO et le CPC;*
- b. A ce jour, X. a déposé près de 40 requêtes auprès de la juridiction spéciale des baux et loyers, concluant notamment à titre préjudicielle à ce que la production des documents litigieux – par la CPEG directement et non par le tiers que représente l'Etat – soit ordonnée par le Tribunal (cf. requête type caviardée ci-jointe).*
- c. Le Tribunal ordonnera la transmission par la CPEG s'il estime que le loyer libre doit être fixé par le biais d'un « calcul de rendement » (la méthode dite « absolue » de fixation d'un loyer) par opposition à la méthode relative (qui ne nécessite pas les informations litigieuses; comparaison avec les loyers du quartier par exemple).*
- d. La jurisprudence récente du Tribunal fédéral indique que lorsque les baux ne contiennent ni clause d'indexation ni clause d'échelonnement (ce qui est le cas en l'espèce), la méthode relative s'applique d'ordinaire pour fixer un éventuel nouveau loyer (cf. ATF 137 III 580 consid. 2).*
- e. X. essaye ainsi d'obtenir des documents que le droit fédéral (qui prime la LIPAD) ne lui permet pas d'obtenir.*
- f. Par ailleurs, on ne saurait ignorer l'aspect « politique » de la démarche de X. Comme l'indique le trac annexé distribué dans tous les immeubles concernés, l'association mène une lutte politique pour tenter de faire baisser les loyers après un contrôle de l'Etat. L'obtention des documents litigieux alimenterait cet objectif.*

En conséquence, la requête de X. est contraire à l'art. 26 al. 2 let. d, e et j LIPAD, mais également à l'interdiction de l'abus de droit (cas typique d'une utilisation d'une institution juridique contrairement à son but; art. 2 al. 2 CC)".

II. Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence observe en droit:

- 12. En édictant la LIPAD, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2002, le législateur a érigé la transparence au rang de principe aux fins de renforcer tant la démocratie que le contrôle de l'administration, valoriser l'activité étatique et favoriser la mise en œuvre des politiques publiques (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII 7671 ss).*
- 13. S'agissant de son volet relatif à l'accès aux documents en mains des institutions publiques, la LIPAD a ainsi pour "but de favoriser la libre information de l'opinion et la participation à la vie publique" (art. 1 al. 2 litt. a LIPAD).*
- 14. A ce propos, l'exposé des motifs relatif à l'avant-projet (PL 8356) relève: "La transparence des activités étatiques et para-étatiques visée par la LIPAD a pour finalité de favoriser la libre formation de l'opinion publique et la participation des citoyens à la vie publique. En raison de l'importance que les collectivités publiques*

ont prises dans la vie moderne, une transparence accrue dans leur fonctionnement est de nature à permettre une meilleure formation de l'opinion publique. Elle est propre également à renforcer l'intérêt des citoyens pour le fonctionnement des institutions et à les inciter à mieux s'investir dans la prise des décisions démocratiques. Dans une démocratie semi-directe, qui appelle fréquemment les citoyens aux urnes sur les sujets les plus variés, la recherche d'une participation accrue grâce à une opinion publique librement formée présente un intérêt majeur".

15. En 2008, la loi a fait l'objet d'une révision importante. Au volet relatif à la transparence, le domaine de la protection des données personnelles a été ajouté. A ce titre, la loi a pour but de "*protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant*" (art. 1 al. 2 litt. b LIPAD). Dans cette autre matière, la loi "*tend d'abord à favoriser le confinement des informations susceptibles de porter atteinte à la personnalité*" (Rapport de la Commission judiciaire et de la police chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat sur la protection des données personnelles (LPDP) (A 2 12) PL 9870-A, p. 5).
16. Toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la loi (art. 24 al. 1 LIPAD). L'accès aux documents comprend la consultation sur place et l'obtention de copies des documents (art. 24 al. 2 LIPAD).
17. Il n'est pas nécessaire de motiver la demande (art. 28 al. 1 LIPAD). Le droit d'accès aux documents est ainsi un droit reconnu à chacun, sans restriction liée notamment à la démonstration d'un intérêt digne de protection.
18. Les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution publique contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique (art. 25 al. 1 LIPAD).
19. Sont notamment des documents les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions (art. 25 al. 2 LIPAD).
20. Pour les informations n'existant que sous forme électronique, seule l'impression qui peut en être obtenue sur un support papier par un traitement informatique simple est un document (art. 25 al. 3 LIPAD).
21. Les notes à usage personnel, les brouillons ou autres textes inachevés ainsi que les procès-verbaux non encore approuvés ne constituent pas des documents au sens de la loi (art. 25 al. 4 LIPAD).
22. Le principe de transparence n'est pas absolu. L'accès aux documents est restreint par différentes exceptions s'il existe un intérêt prépondérant au maintien du secret prévu à l'art. 26 LIPAD.
23. Pour autant que cela ne requière pas un travail disproportionné, un accès partiel doit être préféré à un simple refus d'accès à un document dans la mesure où seules certaines données ou parties du document considéré doivent être soustraites à la communication. Les mentions à soustraire au droit d'accès doivent être caviardées de façon à ce qu'elles ne puissent être reconstituées et que le contenu informationnel du document ne s'en trouve pas déformé au point d'induire en erreur sur le sens ou la portée du document (art. 27 al. 1 et 2 LIPAD).

24. Les institutions et les tiers dont l'art. 26 vise à protéger les intérêts doivent être consultés avant qu'une suite favorable ne soit donnée à une demande d'accès susceptible de compromettre ces intérêts, et un bref délai leur être imparti pour faire part de leur éventuelle opposition à la communication du document (art. 28 al. 4 LIPAD). Le délai doit être fixé en considération de la nature de la requête et du temps prévisible pour y répondre; il ne doit pas excéder en principe une semaine (art. 9 al. 5 RIPAD).
25. Lorsqu'une institution entend donner accès à un document nonobstant l'opposition d'une autre institution ou d'un tiers, elle leur indique qu'ils peuvent saisir le Préposé cantonal préalablement à toute communication. Elle confirme son intention par écrit en indiquant le délai figurant à l'art.30 al. 2 et en informe le Préposé cantonal (art. 28 al. 5 LIPAD).
26. Le Préposé cantonal mène la procédure de médiation de manière informelle, en recueillant la position des institutions et des personnes concernées sur le document demandé et sur son accès, selon un mode de communication adapté à la complexité de la requête et conformément au principe d'économie de procédure. Il entend les parties et peut les réunir. Il s'efforce de les amener à un accord. Il leur soumet, si nécessaire, des propositions (art. 10 al. 8 et 9 RIPAD).
27. Dans ces limites, c'est au Préposé cantonal qu'il incombe de déterminer les modalités de la médiation. Dans leur pratique, le Préposé cantonal et la Préposée adjointe organisent des rencontres de médiation lors desquelles ils font signer aux participants un engagement à la médiation qui souligne la confidentialité du processus. Ce document est également signé par la personne qui représente le Préposé cantonal durant la procédure (soit le Préposé cantonal, soit la Préposée adjointe).
28. S'agissant des parties à la médiation, il y a toujours d'un côté une institution publique cantonale ou communale genevoise, soit l'entité auprès de laquelle l'accès au document est sollicité, et de l'autre le demandeur ou, en l'occurrence, l'institution opposée à la communication des documents requis.
29. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
30. Dans ce cadre, il doit veiller à ne rien divulguer des échanges survenus au cours de la procédure de médiation, ni dévoiler le contenu des documents dont la transmission est contestée. La recommandation doit être rédigée dans le respect des institutions et de la personnalité des personnes et institutions concernées (art. 10 al. 11 RIPAD).
31. Le Préposé cantonal et la Préposée adjointe, dans le souci de garantir un double regard neutre, impartial et indépendant sur la situation portée à leur connaissance, ont fait le choix de traiter séparément le processus de médiation proprement dit de la rédaction de la recommandation en faisant de sorte que lorsque c'est le Préposé cantonal qui veille à la médiation, c'est la Préposée adjointe qui rédige la recommandation et inversement.
32. A teneur de l'art. 42 al. 8 de la loi générale sur le logement et la protection des locataires du 4 décembre 1977 (LGL; RSGe I 4 05), la formule officielle mentionnant notamment les motifs de la modification du loyer, le droit à obtenir une allocation de logement, ainsi que la voie et le délai de réclamation prévus par la loi, avise en outre le locataire qu'il est autorisé à consulter, auprès du service compétent, les pièces du dossier sur la base desquelles le loyer a été fixé.

33. Selon l'art. 60 al. 1 litt. a et b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA; RSGe E 5 10), ont qualité pour recourir a) les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée; b) toute personne qui est touchée directement par une loi constitutionnelle, une loi, un règlement du Conseil d'Etat ou une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce que l'acte soit annulé ou modifié.

III. Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence considère:

34. A teneur de l'art. 6 al. 1 litt. c du règlement sur l'organisation de l'administration cantonale du 1^{er} juin 2018 (ROAC; RSGe B 4 05.10), le Département du territoire comprend notamment l'OCLPF. Le Département du territoire fait partie de l'administration cantonale (art. 1 al. 1 litt. e ROAC). De la sorte, il est soumis à la LIPAD, conformément à son art. 3 al. 1 litt. a.
35. Le Préposé cantonal rappelle tout d'abord que l'un des deux objectifs de la LIPAD consiste à "*favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique*" (art. 1 al. 2 litt. a).
36. Le présent cas concerne l'accès, par X., aux trois documents suivants: l'arrêté départemental du 28 septembre 2012; la vérification du calcul des réserves pour entretien au 31 décembre 2011; le dernier état locatif au 26 juillet 2012.
37. Si l'OCLPF entend donner accès à ces pièces, il a néanmoins consulté la CPEG, laquelle s'y oppose, en raison du fait que la communication serait susceptible de compromettre ses intérêts protégés. Dans son courriel du 27 août 2019, le conseil de la CPEG invoque les exceptions de l'art. 26 al. 2 litt. d, e, i et j. Aucune argumentation n'étaye cependant cette thèse plus avant. Or, si la CPEG se contente de se prévaloir d'exceptions à la transparence mentionnées à l'art. 26 LIPAD sans les développer, il n'appartient pas au Préposé cantonal, autorité chargée notamment de rappeler le principe de transparence, de trouver des arguments pour soustraire des documents à la communication.
38. Comme le suggère son titre, l'arrêté départemental du 28 septembre 2012 approuve le plan financier et fixe les loyers que la CPEG est autorisée à percevoir pour les immeubles en question. Le Préposé cantonal ne voit pas quelle exception s'opposerait à sa communication. De la sorte, il recommande à l'OCLPF de transmettre ce document à la requérante.
39. Reste à examiner l'accès aux deux autres documents querellés (la vérification du calcul des réserves pour entretien au 31 décembre 2011; le dernier état locatif au 26 juillet 2012).
40. Selon le Tribunal fédéral, la LIPAD ne s'applique pas aux procédures (civiles, pénales ou administratives) pendantes: "*Il est vrai que la LIPAD ne s'applique pas aux procédures, civiles, pénales et administratives en cours. Le législateur genevois a certes considéré qu'il n'y avait pas de raison de principe de soustraire le pouvoir judiciaire au principe de la transparence sur ses activités. Toutefois, pour les procédures pendantes, les règles relatives à la consultation du dossier sont fixées par les différentes lois de procédure*" (arrêt 1C_604/2015, du 13 juin 2016, cons. 4.4).
41. Présentement, une procédure en baisse de loyers a été initiée par X., pour le compte des locataires concernés.

42. Le Préposé cantonal constate que ces derniers ont qualité pour solliciter la modification de l'état locatif agréé de l'immeuble considéré, ainsi que celle de contester toute décision y relative (art. 42 ss. LGL). Ils ont la qualité de partie au sens de l'art. 60 litt. a et b LPA, si bien qu'à ce titre, ils peuvent consulter les pièces relatives à la fixation et à la modification des loyers autorisés (art. 42 al. 8 LGL).
43. Dès lors, la LIPAD doit céder le pas à la LPA, de sorte que l'accès aux deux documents susmentionnés doit être examiné sous l'angle de cette dernière loi, dans le cadre du litige évoqué. Le Préposé cantonal précise à cet égard que les données personnelles des locataires, à savoir leur nom et leur loyer effectif individuel, devront, le cas échéant, être caviardées.

RECOMMANDATION

44. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande à l'Office cantonal du logement et de la panification foncière (OCLPF) de transmettre à la requérante l'arrêté départemental du 28 septembre 2012.
45. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, l'OCLPF doit rendre une décision sur la communication du document considéré (art. 30 al. 5 LIPAD).
46. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à :
- Mme C., Responsable LIPAD du DT, case 3937, 1211 Genève 3
 - Me Y., rue [REDACTED]

Stéphane Werly
Préposé cantonal

Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence remercie par avance l'institution publique concernée de l'informer de la suite qui sera donnée à la présente recommandation.