



## **Demande d'accès de X. à des procès-verbaux de séances du comité de la Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève (CPEG)**

### **Recommandation du 31 août 2020**

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

1. Par courriel du 11 mai 2020, X. a requis la mise sur pied d'une médiation par le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après le Préposé cantonal) en ces termes : « *J'ai l'avantage de vous écrire dans le contexte suivant. A la faveur d'un communiqué de l'Entente (PDC-PLR), nous avons appris récemment que le comité de la caisse de pension de l'Etat de Genève (CPEG) avait pris une décision, fin 2019, qui a annulé la possibilité pour l'Etat, et donc pour le contribuable genevois, de faire des économies pour près de 2 milliards de francs. Suite à ce communiqué, j'ai posé via son service de presse un certain nombre de questions à la CPEG, respectivement à sa présidence et vice-présidence, afin de comprendre les circonstances qui ont amené le comité à prendre ces décisions. J'ai également demandé à avoir accès au procès-verbal de la séance durant laquelle cette décision a été mise au vote. Si mes questions ont bien reçu des réponses détaillées, en revanche, l'accès au PV m'a été refusé, avec la formulation suivante: "[...] Les séances et les délibérations du comité sont confidentielles et protégées par le secret de fonction". C'est ce refus qui m'amène à vous. L'intérêt public de connaître les tenants et les aboutissants de cette décision me semble manifeste. C'est en effet l'ensemble de la communauté des contribuables genevois qui est directement touchée par ce vote du comité. J'insiste donc par votre biais et réitère ma demande afin que la CPEG fasse preuve de transparence et que mes lecteurs puissent comprendre sur quelles bases ont été prises les deux décisions techniques qui auront des conséquences directes sur les impôts à venir* ».
2. Le 18 mai 2020, la Préposée adjointe a fait parvenir la demande de médiation à la responsable LIPAD de la CPEG.
3. Le 25 mai 2020, elle s'est entretenue téléphoniquement avec Y., Responsable du pôle juridique et compliance de la CPEG.
4. En date du 7 juin 2020, la CPEG, par la plume de Y. et de son Directeur général, a adressé un courrier à la Préposée adjointe. Il était ainsi rédigé: « *Je fais suite à votre courriel du 18 mai ainsi qu'à notre aimable entretien téléphonique au cours duquel nous avons évoqué la demande de médiation de X. en lien avec le refus de la CPEG de lui remettre des procès-verbaux de séance. Comme nous en avons convenu, je vous fais part, par ces quelques lignes, de notre position selon laquelle la LIPAD n'est pas applicable à la CPEG, que nous avons déjà pu exprimer dans le cadre d'un précédent dossier. Si la CPEG est un établissement de droit cantonal soumis à rigueur de texte à la LIPAD (art. 3, al. 1, let. c LIPAD), elle est également une institution de prévoyance enregistrée au sens de l'art. 48 LPP. A ce titre, elle est soumise aux article 85a ss. LPP. Ces dispositions régissent en premier lieu la protection des données. A cet égard, en tant qu'institution de prévoyance, la CPEG est un organe fédéral au sens de l'art. 2, al. 2 LPD (ATAF A-4467/2011 du 10 avril 2012, cons. 4.2). Ces dispositions prévoient également une obligation de confidentialité. L'art. 86 LPP pré-*

voit en effet que "les personnes qui participent à l'application de la présente loi, ainsi qu'au contrôle ou à la surveillance de son exécution, sont tenues de garder le secret à l'égard des tiers". Le Tribunal administratif fédéral considère que cette disposition s'applique à toutes les connaissances acquises par les personnes soumises à l'obligation de secret (ATAF A-4467/2011 du 10 avril 2012, cons. 8.3.1). Le secret ne se limite donc pas aux données personnelles des assurés ou des employeurs mais s'étend aux autres informations (cf. avis de droit annexé de Kurt Pärli, § 49 et 50). Ce secret est par ailleurs opposable à toutes les personnes qui ne participent pas à l'application ou à la surveillance de la LPP (cf. avis de droit annexé de Kurt Pärli, § 53 ss.) Une exception à cette obligation de secret ne peut être prévue que par une base légale (ATAF A-4467/2011 du 10 avril 2012, cons. 8.3.1). L'art. 86a LPP énonce une liste d'exceptions. Ni cette disposition ni aucune autre disposition de la LPP ne réserve une compétence des cantons en matière de transparence demandé par X., comme cela est prévu par l'art. 30, al. 3 LIPAD, dès lors qu'il nous apparaît que le préposé cantonal à la protection des données doit être considéré comme un tiers au regard de l'art. 86 LPP. La seconde interrogation qui en découle nécessairement est celle de savoir si le préposé cantonal peut se saisir de l'examen du respect de ces dispositions du droit fédéral, y compris dans le cadre d'une procédure de médiation au sens de l'art. 30 LIPAD. Nous considérons que la réponse doit être négative car les cantons n'ont pas la compétence de surveiller l'application du droit fédéral de la protection des données. En effet, l'art. 27 LPD confie au préposé fédéral à la protection des données et à la transparence la compétence de surveiller l'application de la LPD et des autres dispositions fédérales relatives à la protection des données. La CPEG est par ailleurs soumise à la surveillance de l'ASFIP, Autorité cantonale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance qui doit s'assurer que la CPEG respecte la loi (art. 62 LPP). Il nous apparaît que le législateur cantonal a pris en considération l'hypothèse de l'assujettissement d'une institution publique cantonale aux dispositions de droit fédéral plutôt qu'au droit cantonal en matière de protection des données. L'art. 3, al. 5 LIPAD — qui définit le champ d'application de la LIPAD — réserve en effet expressément le droit fédéral. Le secret prévu par le droit fédéral apparaît si large et les exceptions si peu nombreuses que nous sommes d'avis qu'il ne subsiste pas de place pour des règles de transparence de droit cantonal ni à une compétence pour le préposé à la protection des données pour en surveiller la mise en œuvre. Au vu de la teneur des art. 85a ss. LPP, nous sommes d'avis que la réserve de l'art. 3, al. 5 LIPAD est applicable. Au vu de ces considérations, notre participation à une éventuelle séance de médiation ne saurait être interprétée comme la reconnaissance de l'assujettissement de la CPEG à la LIPAD. Cette rencontre serait en revanche pour nous l'occasion d'échanger sur ces questions. Nous précisons à toute fin utile, que compte tenu des considérations qui précèdent, nous ne pourrions en particulier pas vous permettre de consulter les procès-verbaux dont l'accès a été demandé par X., comme cela est prévu par l'art. 30, al. 3 LIPAD, dès lors qu'il nous apparaît que le préposé cantonal à la protection des données doit être considéré comme un tiers au regard de l'art. 86 LPP ».

5. Une rencontre de médiation a eu lieu le 13 août 2020 avec la Préposée adjointe, le requérant et Y. Elle n'a pas abouti.
6. Le 17 août 2020, le Préposé cantonal a écrit à la CPEG afin de consulter les documents sollicités.
7. Par courriel du 21 août 2020, la CPEG a répondu de la sorte: « Selon l'art. 86 de loi fédérale sur la prévoyance fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) le document dont vous sollicitez la transmission est couvert par une obligation de secret. L'art. 86a LPP ne prévoit pas d'exception à cette règle en faveur des préposés cantonaux à la protection des données et à la transparence,

*qui ne sont par ailleurs pas appelés à participer à l'application de la LPP, au contrôle ou à la surveillance de son exécution. Il n'existe donc pas non plus de secret partagé. Le droit fédéral primant le droit cantonal, nous considérons que l'obligation de secret de l'art. 86 LPP prévaut sur les règles de la LIPAD que vous citez. Compte tenu de ces éléments, il ne nous est malheureusement pas possible de vous communiquer le document demandé ».*

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

8. L'entrée en vigueur de la LIPAD, le 1<sup>er</sup> mars 2002, a signifié un changement important pour les institutions publiques soumises à la loi puisqu'il s'est agi de passer du principe du secret à celui de la transparence.
9. Avec la LIPAD, en matière de transparence, le législateur s'est donné pour objectif de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique (art. 1 al. 2 litt. a LIPAD).
10. 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".*
11. Le volet relatif à la transparence s'applique aux institutions publiques cantonales et communales genevoises désignées à l'art. 3 al. 1 de la loi, en particulier aux "pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire cantonaux" (litt. a) et aux "établissements et corporations de droit public cantonaux" ainsi qu'aux personnes morales de droit privé subventionnées (art. 3 al. 2 litt. a et b LIPAD).
12. 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).
13. 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.
14. 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).
15. 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).

16. 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).
17. 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).
18. Le principe de transparence n'est toutefois pas absolu. Des exceptions à l'information du public sont possibles si l'une ou plusieurs des conditions d'exceptions prévues par l'article 26 LIPAD sont réalisées.
19. Par ailleurs, selon l'art. 17 al. 1 LIPAD, "*Les séances des instances exécutives et des directions des établissements et des corporations de droit public cantonaux ou communaux ne sont pas publiques*".
20. Pour autant, le caractère non public d'une séance ne restreint pas le devoir d'information et le droit d'accès aux documents, conformément à l'art. 6 al. 2 LIPAD.
21. La Chambre administrative de la Cour de justice de Genève, dans un arrêt du 18 juillet 2017 (ATA/1099/2017), a en ce sens indiqué qu'un accès à des extraits de procès-verbaux d'un conseil administratif devait être autorisé aux motifs que: l'accès ne contreviendrait pas aux restrictions de l'art. 26 LIPAD compte tenu du contenu objectif des documents litigieux; leur transmission n'était pas susceptible d'entraver notablement le processus décisionnel des autorités et services.
22. 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).
23. En ce qui concerne particulièrement la procédure d'accès aux documents, en application de l'art. 30 al. 1 LIPAD, toute personne peut déposer une demande en médiation lorsque sa demande n'est pas honorée ou lorsque l'autorité tarde à répondre.
24. 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 LIPAD).
25. 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).
26. 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.

27. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
28. 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).
29. 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.

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

30. Dans le présent cas, la CPEG ne fait pas valoir d'exceptions à la transparence pour refuser les documents querellés, mais indique ne pas être soumise à la LIPAD. De la sorte, l'analyse portera uniquement sur ce point.
31. La LIPAD s'applique aux institutions, établissements et corporations de droit public cantonaux et communaux, ainsi que leurs administrations et les commissions qui en dépendent (art. 3 al. 1 litt. c).
32. La CPEG est le fruit de la fusion de la CIA (Caisse de prévoyance du personnel enseignant de l'instruction publique et des fonctionnaires de l'administration du canton de Genève) et de la CEH (Caisse de prévoyance du personnel des établissements publics médicaux du canton de Genève). C'est en septembre 2012 que le Grand Conseil a adopté un projet de loi créant la CPEG (<https://www.cpeg.ch/portrait>).
33. Selon l'art. 2 al. 1 de la loi instituant la Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève du 14 septembre 2012 (LCPEG; B 5 22), la Caisse est un établissement de droit public du canton de Genève.
34. Au niveau du champ d'application de la LIPAD, l'exposé des motifs relatif au projet de loi relève : « Afin d'assurer une bonne harmonisation avec la législation sur les archives publiques (PL 8182-A), la LIPAD retient aussi la notion d'institution pour désigner les entités auxquelles elle doit s'appliquer. Les institutions considérées sont tant les corps constitués (tels que le Conseil d'Etat, le Grand Conseil, les tribunaux, les exécutifs communaux et les conseils municipaux) que les administrations et les commissions qui sont à leur service, que les entités considérées relèvent des ordres exécutif, législatif ou judiciaire, du niveau cantonal ou communal, de la fonction publique centralisée ou décentralisée. Entrent par exemple dans la catégorie des établissements les Hôpitaux universitaires de Genève, les Transports publics genevois, les Services industriels de Genève et l'Aéroport international de Genève, alors que la CIA et les autres caisses de retraite publiques représentent des corporations de droit public. Si de bons motifs peuvent justifier une autonomisation de services chargés de tâches publiques par le recours à des formes d'administration décentralisée, il ne se justifie en revanche pas que ces entités échappent de ce fait à l'exigence de transparence. Tant les activités étatiques que para-étatiques doivent en effet échapper au secret, sur le plan du principe, en tant qu'elles servent à l'accomplissement de tâches publiques financées au moyen des deniers publics » (MGC 2000 45/VIII 7677).

35. Les travaux préparatoires ont ainsi explicitement donné l'exemple de la CPEG et des autres caisses de retraite publiques comme établissements de droit public soumis à la LIPAD.
36. La CPEG invoque la soumission au droit fédéral pour échapper au champ d'application de la LIPAD.
37. L'art. 3 al. 5 LIPAD réserve explicitement l'application du droit fédéral, sans toutefois exclure des entités publiques genevoises à la LIPAD. Cet alinéa « *prévient l'application simultanée et partiellement contradictoire de la LIPAD et de la future loi fédérale sur la transparence, en accordant la primauté à cette dernière dans la mesure où elle pourrait s'appliquer à des institutions soumises à la LIPAD, tel que l'Aéroport international de Genève, en tant qu'entités chargées de l'accomplissement de tâches de droit public fédéral* » (MGC 2000 45/VIII 7678).
38. Ainsi, le législateur a pris en compte que certaines entités soumises à la LIPAD pouvaient concurremment accomplir des tâches de droit public fédéral. L'on pourrait citer, à titre exemplatif, outre l'Aéroport international de Genève (AIG), la Banque cantonale de Genève (BCGe) ou encore les Transports publics genevois (TPG).
39. L'AIG constitue un établissement public autonome jouissant de la pleine personnalité juridique et dont le but est d'exploiter l'aéroport de Genève dans les limites de la concession fédérale (art. 1 de la loi du 10 juin 1993 sur l'aéroport international de Genève (LAIG; RS GE H 3 25); il est, de par son statut d'établissement public autonome, soumis à la LIPAD (art. 3 al. 1 lit. c LIPAD). Toutefois dans l'exercice son activité aéroportuaire, l'AIG agit dans le cadre et dans les limites de la concession fédérale octroyée par le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) se fondant sur l'art. 36a de la loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation (LA; RS 748.0). Dans ce cadre, l'AIG a des obligations, notamment de rendre l'aéroport accessible à tous les appareils du trafic intérieur et international et de mettre à disposition des usagers une infrastructure répondant aux impératifs d'une exploitation sûre et rationnelle. Il doit également adopter un règlement d'exploitation devant être approuvé par l'Office fédéral de l'aviation civile (OFAC). Dès lors qu'il agit dans le cadre d'une concession, il est considéré comme un organe fédéral pour les activités tombant dans ce cadre spécifique de la concession (à l'instar notamment des CFF). Par contre, le droit cantonal s'applique s'agissant d'autres activités de l'aéroport.
40. Il est en conséquence possible que des entités cantonales soumises à la LIPAD se trouvent également soumises à des règles fédérales. Cette soumission n'implique pas que l'entité en question échappe aux règles cantonales de transparence.
41. De même, et contrairement à l'argument avancé par la CPEG, dans le cadre d'une demande d'accès aux documents, le Préposé cantonal peut être amené à examiner si la communication des documents requis contrevient à une règle relevant du droit fédéral, y compris en matière de protection de la sphère privée ou des données personnelles (application de la LPD). Tel est en effet notamment l'objet de la réserve de l'art. 26 al. 4 LIPAD. Ecarter *de facto* de la compétence du Préposé cantonal toute demande d'accès portant sur un document en lien avec une loi fédérale reviendrait à vider de sa substance le principe de transparence voulu par le législateur, en éludant tant la compétence du Préposé cantonal que celle du Préposé fédéral.
42. Par ailleurs, la CPEG n'argue pas être soumise à la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans; RS 152.3); à cet égard, il sied de relever que le législateur fédéral, à l'art. 2 al. 1 litt. b LTrans, a

prévu que cette législation s'applique aux organismes et personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale, dans la mesure où ils édictent des actes ou rendent en première instance des décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021). L'exposé des motifs (FF 2003 1830) précise que sont notamment visés par cette disposition les fonds de garantie au sens des art. 54 et 56 ss de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP; RS 831.40). Or, la CPEG ne rend pas de décision sur la base de la PA et n'est pas un fonds de garantie au sens de ces dispositions.

43. Ainsi, le Préposé cantonal relève que la CPEG, établissement de droit cantonal soumis à la LIPAD, est également une institution de prévoyance enregistrée au sens de l'art. 48 LPP, ce qui la soumet aux art. 85a ss LPP. En effet, quant à sa relation avec ce texte, l'art. 5 al. 1 LCPEG prévoit que la Caisse participe à l'assurance obligatoire prévue par la LPP.
44. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal ne voit pas en quoi la situation de la CPEG serait différente des entités précitées et permettrait de l'exclure du champ d'application de la LIPAD.
45. Il faut ajouter que la présente requête a trait à l'accès à des documents et non à des données personnelles. Dans ce cas de figure, l'art. 86a al. 5 litt. a LPP prévoit que des données peuvent être communiquées à des tiers lorsqu'un intérêt prépondérant le justifie.
46. Par ailleurs, la CPEG a déclaré douze fichiers au catalogue des fichiers tenu par le Préposé cantonal et a indiqué une responsable LIPAD en la personne de Mme Céline Tranchant (<http://outil.ge.ch/chacatfich/#/catalog/institution/227/234>). Elle a accepté de participer à la médiation mise sur pied par le Préposé cantonal dans la présente situation afin de rechercher une solution consensuelle, tout comme elle avait accepté de le faire suite à une demande qui avait fait l'objet d'une recommandation du Préposé cantonal du 30 août 2019 (<https://www.ge.ch/ppdt/doc/documentation/Recommandation-30-aout-2019.pdf>).
47. De la sorte, il faut considérer que la CPEG fait partie des entités publiques soumises à la LIPAD.
48. Cela étant, la CPEG n'ayant pas permis au Préposé cantonal d'accéder aux documents litigieux malgré l'énoncé clair des art. 30 al. 3 LIPAD et 10 al. 4 RIPAD, la rédaction d'une recommandation n'est pas envisageable.
49. Il est dès lors impossible de se prononcer sur le caractère public ou non des documents querellés.

## RECOMMANDATION

50. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal n'est pas en mesure de rendre une recommandation.
51. Le présent acte est notifié par pli recommandé à :
  - a. X., [REDACTED]
  - b. CPEG, Bd de Saint-Georges 38, CP 176, 1211 Genève 8

Stéphane Werly  
Préposé cantonal

Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence remercie par avance l'institution publique de bien vouloir le tenir informé de la suite donnée à la présente recommandation en lui faisant parvenir une copie de sa décision.