



## **Demande d'accès à un procès-verbal du comité extraordinaire de la Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève (CEPG)**

### **Recommandation du 1<sup>er</sup> juillet 2022**

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

1. Par courriel du 11 mai 2020, A. 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 (CEPG) 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 CEPG, 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. Me B., président du comité de la CEPG/C., vice-président du comité de la CEPG". 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 CEPG 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 CEPG.
3. Le 25 mai 2020, elle s'est entretenue téléphoniquement avec D., Responsable du pôle juridique et compliance de la CEPG.
4. En date du 7 juin 2020, la CEPG, par la plume de D. 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 A. en lien avec le refus de la CEPG 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 CEPG, que nous avons déjà pu exprimer dans le cadre d'un précédent dossier. Si la CEPG 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 articles 85a ss. LPP. Ces dispositions régissent en premier lieu la protection des données. A cet égard, en tant qu'institution de prévoyance, la CEPG 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 A., comme cela est prévu par l'art. 30, al. 3 LIPAD, dès lors qu'il nous apparaît que le préposé cantonal a 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 A., comme cela est prévu par l'art. 30, al. 3 LIPAD, dès lors qu'il nous apparaît que le préposé cantonal a 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 D. Elle n'a pas abouti.
6. Le 17 août 2020, le Préposé cantonal a écrit à la CPEG afin de consulter le document sollicité.
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 ».*

8. Dans sa recommandation du 31 août 2020 (<https://www.ge.ch/document/26170/telecharger>), le Préposé cantonal a rappelé qu'au niveau du champ d'application de la LIPAD, l'exposé des motifs relatif au projet de loi avait explicitement donné l'exemple de la CPEG et des autres caisses de retraite publiques comme établissements de droit public soumis au texte légal. Il a ensuite relevé que des entités cantonales entrant dans le champ d'application de la LIPAD peuvent également se trouver soumises à des règles fédérales, comme l'Aéroport international de Genève (AIG), la Banque cantonale de Genève (BCGe) ou encore les Transports publics genevois (TPG). Cette soumission n'implique pas que l'entité en question échappe aux règles cantonales de transparence. 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. Dès lors, le Préposé cantonal a considéré ne pas voir en quoi la situation de la CPEG serait différente des entités précitées et permettrait de l'exclure du champ d'application de la LIPAD. Il fallait au contraire considérer que la CPEG fait partie des entités publiques soumises à la LIPAD. 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 LIPAD, la rédaction d'une recommandation n'était pas envisageable. Il était dès lors impossible de se prononcer sur le caractère public ou non des documents querellés.
9. Saisie d'un recours pour déni de justice, la Chambre administrative de la Cour de justice, dans son arrêt du 20 avril 2021 (ATA/424/2021), a tout d'abord considéré que la CPEG entrait dans le champ d'application de la LIPAD. Les juges ont néanmoins rejeté le recours, sur la base de l'art. 26 al. 4 LIPAD. En effet, pour eux, les art. 86 LPP (obligation de confidentialité des membres du comité de la CPEG) et 55 LPCEG (secret de fonction auquel sont soumises lesdites personnes) faisaient obstacle à la communication du procès-verbal querellé. Par ailleurs, l'exception à l'interdiction de la communication de données personnelles telle qu'envisagée par l'art. 86a al. 5 litt. a LPP n'était présentement pas remplie, le recourant ne possédant pas un intérêt prépondérant à cet égard. Etaient mentionnée une opinion séparée, selon laquelle les art. 86 et 86a al. 5 litt. a LPP ne pouvaient in casu constituer des exceptions au droit d'accès. Pour ce juge, s'agissant de la première disposition, « ... si la définition du secret de fonction renvoie au droit d'accès aux documents, le droit d'accès aux documents ne peut renvoyer à la définition du secret de fonction sous peine d'engendrer un effet Larsen juridique, soit un cercle vicieux logique. Affirmer qu'une information soumise au secret de fonction est de ce seul fait exclue du droit d'accès revient à rien de moins qu'à annuler purement et simplement la législation sur la transparence, qu'elle soit fédérale ou cantonale. Il est donc évident que ce n'est pas parce qu'un fonctionnaire ou le membre d'une autorité est soumis au secret de fonction que le document qu'il produit est soustrait au droit d'accès ». Concernant la seconde norme, l'avis minoritaire exprimé était le suivant: « Mais même à considérer que l'art. 86a al. 5 litt. a constituerait bien une norme de droit fédéral à même

*d'exclure l'accès aux procès-verbaux du comité de la CPEG, il faudrait encore examiner si un intérêt prépondérant justifierait sa communication. A l'évidence, dans le contexte très discuté et public de la recapitalisation de la CPEG – votation cantonale à la clef –, la mise à disposition de la presse des documents sollicités revêt un intérêt non négligeable. Savoir s'il est prépondérant n'est toutefois en l'état pas possible, dès lors que la CPEG n'a pas transmis lesdits documents à la Chambre administrative, comme le prévoit pourtant l'art. 63 LIPAD. Il est par conséquent impossible de dire si le résultat auquel parvient l'arrêt est – éventuellement et pour autant que l'art. 86a al. 5 let. a LPP soit pertinent, ce qui n'est, on l'a vu, pas évident – correct ou non ».*

10. Dans un arrêt du 3 mars 2022 (1C\_336/2021), le Tribunal fédéral a tout d'abord relevé qu'il n'était plus contesté que la LIPAD s'applique à la CPEG, en tant qu'établissement de droit public cantonal. Il a ensuite examiné la portée de l'art. 86 LPP au regard des législations sur la transparence et a relevé que *« l'art. 86 LPP ne constitue pas une disposition spéciale au sens de l'art. 4 let. a LTrans. Il ne protège plus que les informations couvertes par le secret en application des exceptions prévues aux art. 7 et 8 LTrans. Le procès-verbal litigieux relatif aux décisions d'abaissement du taux technique et de changement de table de mortalité ne contient a priori pas de données personnelles en lien avec des assurés et n'est ainsi pas couvert par l'obligation de garder le secret. Il découle de ce qui précède que le droit fédéral ne fait pas obstacle au droit d'accès aux documents au sens de l'art. 26 al. 4 LIPAD. L'art. 86 LPP ne peut dès lors constituer une exception de droit fédéral à l'accès au document demandé. L'arrêt attaqué apparaît en contradiction avec le principe de transparence tel qu'il découle de la LIPAD et de la Constitution genevoise »*. La cause a été renvoyée à la Cour de justice afin qu'elle examine, après avoir consulté le procès-verbal litigieux, si une exception s'opposait à l'accès requis.
11. Par courrier daté du 9 juin 2022, la Chambre administrative de la Cour de justice a sollicité du Préposé cantonal la rédaction d'une nouvelle recommandation. Etaient joint le document querellé, soit le procès-verbal du comité extraordinaire de la CPEG du 28 octobre 2019, caviardé des données personnelles. Figurait également la détermination de la CPEG datée du 25 avril 2022, selon laquelle était principalement avancée la non-application de la LIPAD au procès-verbal litigieux, en tant qu'il ne contiendrait pas de renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique au sens de l'art. 25 al. 1 LIPAD. Au surplus, la transmission du document se heurterait à l'art. 26 al. 2 litt. c, l et al. 4 LIPAD.

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

12. 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.
13. 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).
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. 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).
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), à savoir une activité étatique ou para-étatique (MGC 2000 45/VIII 7695). La jurisprudence a précisé cette notion, considérant que toutes les activités de l'Etat ne relèvent pas d'une tâche publique. Les documents relatifs au patrimoine financier de l'Etat qui n'est pas affecté à une fin d'intérêt public ne sont pas soumis au droit d'accès prévu par la LIPAD, la condition de « *l'accomplissement d'une tâche publique* » faisant défaut. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, en gérant un immeuble qui ne contient pas de logements sociaux, mais uniquement des appartements en loyer libre, l'Etat agit comme un particulier et n'accomplit pas une tâche publique (arrêt 1C\_379/2014 du 29 janvier 2015). Par contre, s'agissant des directives émises par le Ministère public, le Tribunal fédéral a relevé que la poursuite et la répression des infractions pénales étant une tâche publique de même que l'unification de la pratique en la matière, lesdites directives étaient des documents au sens de l'art. 25 al. 1 LIPAD (arrêts 1C\_604/2015 et 1C\_606/2015 du 13 juin 2016). Les juges de Mon-Repos ont également confirmé que le grand livre d'une commune était un document relatif à l'accomplissement d'une tâche publique (arrêt 1C\_25/2017 du 28 août 2017). En outre, la Cour de justice a conclu que des documents contenant des informations sur les conséquences financières du licenciement contraire au droit d'un fonctionnaire se rapportent à l'accomplissement d'une tâche étatique (ATA/758/2015 du 28 juillet 2015). Finalement, constitue également l'exercice d'une activité étatique « *la façon dont la ville a défini sa politique d'admission du contenu des affiches qu'elle accepte de voir apposées sur ses espaces d'affichage, la façon dont elle s'est organisée pour la mettre en œuvre, et la façon dont elle l'a jusque-là mise en pratique* » (ATA/576/2017 du 23 mai 2017, consid. 7).
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 toutefois pas absolu. Des exceptions à l'information du public sont possibles si l'une ou plusieurs des conditions d'exceptions prévues par l'art. 26 LIPAD sont réalisées.
23. Tel est notamment le cas si l'accès au document est susceptible d'entraver notablement le processus décisionnel ou la position de négociation d'une institution (art. 26 al. 2 litt. c LIPAD). Le but du législateur avec cette disposition est, d'une part, de préserver la faculté des institutions de réfléchir, de consulter, de rédiger plusieurs projets avant d'arrêter leur choix et de limiter de la sorte le refus d'accès aux documents relatifs à une décision en préparation au cas où une telle communication serait de nature à entraver notablement le processus décisionnel. D'autre part, il sied que la communication de documents « *ne compromette pas des négociations en cours, que ce soit sur un plan purement politique (par exemple dans le cadre de discussions avec les représentants de la fonction publique), sur le plan de relations avec d'autres institutions ou collectivités publiques, sur le plan de relations de droit public (par exemple en matière d'octroi de concessions) ou encore sur le plan de relations contractuelles soumises au droit privé* » (MGC 2000 45/VIII 7696).
24. Cette exception à la transparence a été invoquée à diverses reprises par des institutions publiques genevoises, de sorte que la jurisprudence a pu en préciser les contours. Ainsi, en lien avec une demande d'accès à des directives du Ministère public tendant à assurer une certaine uniformité dans l'application de la loi pénale, le Tribunal fédéral a tranché que cette exception ne pouvait être invoquée. En effet, le législateur ne visait pas des négociations avec des parties à une procédure pénale; de même, l'obligation de motiver plus en détail une décision s'écartant de la pratique généralement suivie ne saurait constituer une entrave au processus décisionnel au sens de l'art. 26 al. 2 litt. c LIPAD. Notre Haute Cour a relevé l'intérêt public au droit d'accès: « *dans la mesure où la directive tend à unifier la pratique dans le domaine de la poursuite pénale et des peines applicables à certaines infractions, il existe un intérêt à ce que celle-ci soit rendue accessible. Telle est d'ailleurs la pratique dans d'autres cantons* » (arrêts 1C\_604/2015 et 1C\_606/2015 du 13 juin 2016).
25. Le Tribunal administratif a retenu que le fait que l'émetteur du rapport n'ait plus la maîtrise du processus décisionnel, entièrement concentré dans les mains du destinataire et que le rapport date de plus de deux ans sans qu'une décision n'ait été prise à son sujet, sont des éléments plaidant en faveur de la publicité dudit rapport, car on ne voit pas quel processus décisionnel pourrait être entravé par sa remise. Il a ajouté que « *l'idée du législateur est d'éviter que l'administration soit mise sous une pression publique trop forte qui l'empêcherait ainsi de se forger une opinion en toute objectivité et sérénité* », ce qui n'était pas le cas en l'espèce (ATA/647/2007 du 18 décembre 2007). En outre, dans un arrêt portant sur deux extraits du procès-verbal du Conseil administratif relatifs au contenu des dispositions prises par le Conseil administratif dans le domaine du contrôle du contenu des affiches apposées sur le domaine public de la Ville de Genève, la Cour n'a pas retenu l'exception de l'entrave au processus décisionnel. En effet, ces extraits ne donnaient aucune indication sur la façon dont les magistrats de la ville ont été amenés à arrêter les critères, ni d'indication sur la position adoptée par l'un ou l'autre des membres de l'autorité collégiale et ne faisaient que donner le résultat du processus décisionnel, de manière objective (ATA/1099/2017 du 18 juillet 2017).

26. Dans certaines affaires toutefois, la Chambre administrative de la Cour de justice a retenu le bien-fondé de l'exception soulevée par les institutions publiques. Par exemple, après avoir examiné un contrat et ses annexes entre les SIG et une société, elle a considéré que les citoyens avaient le droit de prendre connaissance des contrats qui n'avaient plus qu'une valeur historique, mais que certaines annexes contenant des indications sur le potentiel énergétique des sites concernés étaient susceptibles de divulguer des données couvertes par le secret d'affaires, d'avantager des concurrents, d'affaiblir la position des SIG dans ses négociations avec des partenaires potentiels, et partant, tombaient sous le coup de l'exception prévue par l'art. 26 al. 2 litt. c LIPAD. Les SIG étaient ainsi en droit de refuser la transmission de ces deux documents pour cette raison (ATA/560/2015 du 2 juin 2015). De même, suite à une demande d'accès aux comptes 2003 des centres de thérapies brèves et hôpitaux de jour des HUG, la Cour a retenu que *« des négociations serrées ont eu lieu ces dernières années entre les prestataires de soins et les assureurs sociaux, l'élaboration d'un nouveau tarif médical ayant nécessité beaucoup de temps. En sa qualité de fournisseur de soins médicaux, l'établissement intimé doit non seulement trouver des accords avec les assureurs sociaux, mais, comme il le rappelle, avec d'autres assureurs tels que ceux des organisations internationales ou encore des assureurs privés. Dans ces circonstances, il y a lieu d'admettre un intérêt public prépondérant à ce que le détail de la comptabilité de l'un des secteurs d'activité des HUG ne soit pas communiqué au public »* (ATA/621/2005 du 20 septembre 2005).
27. Autre exception à la transparence: si l'accès est propre à révéler des délibérations et votes intervenus à huis clos ou compromettre les intérêts ayant justifié le huis clos d'une séance (art. 26 al. 2 litt. l LIPAD).
28. A cet égard, l'art. 7 RIPAD précise que lorsque les séances d'une institution ont lieu à huis clos, les délibérations et votes doivent rester secrets, sauf disposition légale contraire (al. 1). Une institution peut décider de cas en cas d'admettre la présence de tierces personnes à des séances à huis clos lorsqu'une loi le lui permet et qu'un intérêt prépondérant le justifie. Elle assortit cette décision des charges nécessaires à la sauvegarde des intérêts justifiant le huis clos (al. 2). Dans la mesure où un intérêt public ou privé prépondérant le justifie, les décisions prises à huis clos font l'objet d'une information adéquate respectueuse des intérêts justifiant le huis clos (al. 3).
29. En outre, selon l'art. 26 al. 4 LIPAD, sont exclus du droit d'accès les documents à la communication desquels le droit fédéral ou une loi cantonale fait obstacle. Avec cette disposition, le législateur n'a pas voulu une clause de délégation législative en faveur du Conseil d'Etat ou des autres institutions soumises à la LIPAD qui leur permette de prévoir par règlements ou directives des exceptions non couvertes par l'art. 26 LIPAD. Ainsi, seul le droit fédéral ou une loi au sens formel peuvent s'opposer au droit d'accès, en plus des exceptions prévues aux alinéas 1 à 3 de l'art. 26 LIPAD (MGC 2000 45/VIII 7698-7699).
30. 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 »*.
31. 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.
32. 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 objec-

tif des documents litigieux; leur transmission n'était pas susceptible d'entraver notamment le processus décisionnel des autorités et services.

33. 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).
34. 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.
35. 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).
36. 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).
37. 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.
38. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
39. 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).
40. 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:**

41. Dans son courrier du 25 avril 2022 adressé à la Chambre administrative, la CPEG avance la non-application de la LIPAD au procès-verbal litigieux, principalement en tant qu'il ne contiendrait pas de renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique au sens de l'art. 25 al. 1 LIPAD. Au surplus, la transmission du document se heurterait à l'art. 26 al. 2 litt. c, l et al. 4 LIPAD.

42. A titre liminaire, le Préposé cantonal rappelle que, dans son arrêt du 3 mars 2022 (1C\_336/2021), le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'était plus contesté que la LIPAD s'applique à la CPEG, en tant qu'établissement de droit public cantonal, comme cela ressort d'ailleurs explicitement de l'art. 2 al. 1 LCPEG.
43. Le document querellé est le procès-verbal extraordinaire du comité de la CPEG du 28 octobre 2019, relatif aux décisions d'abaissement du taux technique à 1.75 % et de changement de table de mortalité, comme cela ressort d'ailleurs de l'arrêt du 20 avril 2021 de la Chambre administrative (ATA/424/2021) et de l'arrêt du Tribunal fédéral du 3 mars 2022 (1C\_336/2021).
44. En premier lieu, le Préposé cantonal constate que la CPEG a pour but d'assurer le personnel de l'Etat de Genève ainsi que des autres employeurs affiliés contre les conséquences économiques de la retraite, de l'invalidité et du décès (art. 4 al. 1 LCPEG). Cette institution publique doit donc accomplir une tâche relative à la gestion de conséquences économiques concernant les employés de l'Etat, tâche qu'il convient dès lors de qualifier de publique. Or le document querellé contient précisément des informations sur les conséquences financières de la recapitalisation de la CPEG, notamment sur la part à supporter financièrement par l'Etat, soit par des deniers publics. Il faut considérer que l'ensemble de la communauté des contribuables genevois a directement été touchée par les décisions du comité prises le 28 octobre 2019.
45. Le Préposé cantonal rappelle de surcroît que les citoyens genevois ont été appelés à voter sur la recapitalisation de la CPEG le 19 mai 2019. Ces derniers devaient choisir entre le projet du Conseil d'Etat (recapitalisation de la CPEG à hauteur de 75% en injectant 4,6 milliards de francs, sous forme d'un prêt simultané) et celui de la gauche et du MCG, finalement choisi, demandant à l'Etat de lui céder des terrains dans le secteur du PAV, tout en maintenant le système de primauté de prestation et les cotisations employeur-employés à leur niveau actuel.
46. Les discussions portant sur la recapitalisation de la CPEG relèvent en conséquence d'un intérêt public évident. Il convient de souligner à ce propos l'opinion séparée exprimée dans l'arrêt du 20 avril 2021 de la Chambre administrative (ATA/424/2021): « *A l'évidence, dans le contexte très discuté et public de la recapitalisation de la CPEG – votation cantonale à la clef –, la mise à disposition de la presse des documents sollicités revêt un intérêt non négligeable* ».
47. Relevons au passage que le site de la CPEG fait état de la votation précitée et de l'abaissement du taux technique résultant du document querellé: « *La votation du 19 mai 2019 a donné à la Caisse une assise financière nécessaire et bienvenue, qui, par une capitalisation complémentaire, permet au comité d'envisager les années à venir avec plus de sérénité. A fin 2019, lors de la revue du taux technique et des autres bases techniques, le comité a décidé, par prudence et conformément aux objectifs qu'il s'était fixés, de baisser le taux technique d'évaluation des engagements à 1.75% et de changer de tables de mortalité pour mieux prendre en compte le risque de longévité* » (<https://www.cpeg.ch/la-cpeg/?section=0&sub=0>).
48. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal estime que le procès-verbal extraordinaire du comité de la CPEG du 28 octobre 2019, relatif aux nouvelles tables de mortalité et à la décision d'abaissement du taux technique à 1.75 %, contient des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique au sens de l'art. 25 al. 1 LIPAD.

49. La CPEG estime ensuite que la remise du document querellé serait susceptible d'entraver notablement le processus décisionnel ou la position de négociation d'une institution (art. 26 al. 2 litt. c LIPAD).
50. Le Préposé cantonal constate que le document querellé remonte à près de trois ans (28 octobre 2019) et que le comité de la CPEG n'a plus la maîtrise du processus décisionnel. Ces deux éléments plaident en faveur de la publicité dudit procès-verbal, car on ne voit pas quel processus décisionnel pourrait être entravé par sa remise. En effet, les membres du comité ont pu arrêter leur choix: les votes ont été entérinés. Il ne s'agit pas de décisions en préparation, ni de négociations en cours. Au surplus, le procès-verbal ne donne aucune indication sur la position adoptée par l'un ou l'autre des membres du comité et ne fait que donner le résultat du processus décisionnel, de manière objective. Dès lors, l'exception tirée de l'art. 26 al. 2 litt. c ne trouve pas application.
51. En outre, pour la CPGE, l'accès au document serait propre à révéler des délibérations et votes intervenus à huis clos ou compromettre les intérêts ayant justifié le huis clos d'une séance (art. 26 al. 2 litt. I LIPAD et art. 7 RIPAD).
52. Comme déjà relevé, le procès-verbal en question se contente de discussions et de décisions concernant l'abaissement du taux technique à 1.75 % et le changement de table de mortalité. Les interventions des membres du comité ne sont pas rapportées nominativement (le document a été caviardé des données personnelles), de sorte que les délibérations et votes restent secrets. Les membres du comité ont pu exprimer librement leurs opinions et propositions. En conséquence, l'accès au document n'est pas susceptible de révéler des délibérations et votes intervenus à huis clos ou compromettre les intérêts ayant justifié le huis clos d'une séance.
53. S'agissant enfin de l'argument tiré de l'art. 26 al. 4 LIPAD pour s'opposer à la communication du procès-verbal, il sied de se référer à l'arrêt de notre Cour suprême du 3 mars 2022 (1C\_336/2021): « *l'art. 86 LPP ne constitue pas une disposition spéciale au sens de l'art. 4 let. a LTrans. Il ne protège plus que les informations couvertes par le secret en application des exceptions prévues aux art. 7 et 8 LTrans. Le procès-verbal litigieux relatif aux décisions d'abaissement du taux technique et de changement de table de mortalité ne contient a priori pas de données personnelles en lien avec des assurés et n'est ainsi pas couvert par l'obligation de garder le secret. Il découle de ce qui précède que le droit fédéral ne fait pas obstacle au droit d'accès aux documents au sens de l'art. 26 al. 4 LIPAD. L'art. 86 LPP ne peut dès lors constituer une exception de droit fédéral à l'accès au document demandé. L'arrêt attaqué apparaît en contradiction avec le principe de transparence tel qu'il découle de la LIPAD et de la Constitution genevoise* ».

## RECOMMANDATION

54. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande à la CPEG d'accorder l'accès au procès-verbal extraordinaire du comité du 28 octobre 2019, caviardé des données personnelles.
55. Le présent acte est notifié en 3 exemplaires à:

Chambre administrative, E., rue de Saint-Léger 10, CP 1956, 1211 Genève 1

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.