



Avant-projet de loi modifiant la loi sur l'organisation des institutions de droit public (LOIDP)

Avis du 13 septembre 2022

Mots clés : veille législative, transparence, institutions décentralisées cantonales de droit public, organes de direction, publicité des rémunérations

Contexte : Par courriel du 22 août 2022, le Directeur de la Direction des affaires juridiques de la Chancellerie d'Etat a requis l'avis du Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après le Préposé cantonal) au sujet d'un avant-projet de loi modifiant la loi sur l'organisation des institutions de droit public, du 22 septembre 2017 (LOIDP; RSGe A 2 24). Ce dernier aborde la rémunération des organes de direction des institutions décentralisées cantonales de droit public, notamment sa publicité, soit des questions liées à l'information du public.

Bases juridiques : art. 56 al. 2 litt. e LIPAD; art. 23 al. 8 RIPAD

1. Caractéristiques de la demande

En date du 22 août 2022, le Directeur de la Direction des affaires juridiques de la Chancellerie d'Etat a requis l'avis des Préposés au sujet d'un avant-projet de loi modifiant la loi sur l'organisation des institutions de droit public, du 22 septembre 2017 (LOIDP; RSGe A 2 24) que le Conseil d'Etat envisage de déposer. En particulier, les Préposés sont sollicités sur les dispositions ayant trait à la publicité de la rémunération des organes de direction des institutions décentralisées cantonales de droit public.

Le précité précise que le texte a notamment pour but d'offrir une assise légale expresse pour la publicité des rémunérations et d'élargir cette publicité à d'autres institutions (par exemple l'Université et la HES-GE) n'entrant pas dans le champ d'application de la LOIDP, mais auxquelles certaines dispositions de cette dernière sont applicables (art. 3 al. 2 LOIDP).

Les dispositions ayant trait à la transparence active sont les suivantes :

Art. 42C Publicité de la rémunération de la direction générale (nouveau)

¹ Le montant de la rémunération de la directrice générale ou du directeur général et des membres de la direction générale est rendu public par le Conseil d'Etat.

² Le Conseil d'Etat fixe par voie réglementaire les éléments et les modalités de cette publicité. Il peut notamment prévoir de publier un document consolidé pour l'ensemble des institutions visées à l'article 3, alinéa 1.

³ Le Conseil d'Etat peut décider d'appliquer la présente disposition à d'autres institutions, notamment celles visées à l'article 3, alinéa 2.

Art. 50C Publicité de la rémunération de la direction ou du secrétariat (nouveau)

L'article 42C est applicable à la rémunération de la directrice ou du directeur, ainsi que des membres de la direction ou du secrétariat.

A propos de l'art. 42C, l'exposé des motifs indique que « Cette disposition fixe le principe de la publicité des rémunérations (al. 1). L'alinéa 2 donne la compétence au Conseil d'Etat de fixer les modalités de cette publicité, en l'habilitant à publier un rapport consolidé sur les rémunérations. L'alinéa 3 autorise le Conseil d'Etat à appliquer les règles de publicité à d'autres institutions qui ne seraient pas visées par les règles sur les rémunérations. Il s'agirait par exemple des institutions n'appliquant que partiellement la LOIDP ou des entités

figurant dans le périmètre de consolidation de l'Etat. Le Conseil d'Etat estime en effet qu'il existe un intérêt public important à la transparence des rémunérations des institutions importantes au sein de l'Etat, y compris si elles ne sont pas formellement dans le champ d'application de la LOIDP ou lorsque cette dernière ne s'applique que partiellement à elles ».

Il est précisé encore que « *L'article 50C se limite à une référence au dispositif prévu à l'article 42C pour les institutions principales* ».

2. Les dispositions légales pertinentes

En édictant la **loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données**, du 5 octobre 2001 (LIPAD; RSGe A 2 08), 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.

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).

Avant l'accès aux documents (transparence passive), le chapitre II du titre II de la loi a traité à l'information du public (transparence active).

Art. 18 Principes

¹ *Les institutions communiquent spontanément au public les informations qui sont de nature à l'intéresser, à moins qu'un intérêt prépondérant ne s'y oppose.*

² *L'information doit être donnée de manière exacte, complète, claire et rapide.*

³ *Les institutions informent par des moyens appropriés à leurs ressources et à l'importance des informations à diffuser. Dans toute la mesure du possible, elles utilisent les technologies modernes de diffusion de l'information.*

En ce qui concerne les institutions autres que le Grand Conseil, le Conseil d'Etat, le Pouvoir judiciaire, les autorités de police et les communes, la LIPAD prévoit ce qui suit.

Art. 23 Autres institutions

Les autres institutions soumises à la présente loi prennent les mesures nécessaires pour que leurs activités, leurs décisions, leurs résultats et leur situation financière soient portés à la connaissance du public, à moins qu'un intérêt prépondérant ne s'y oppose.

La **loi sur l'organisation des institutions de droit public**, du 22 septembre 2017 (LOIDP; RSGe A 2 24), entrée en vigueur le 1^{er} mai 2018, a notamment pour but « *d'assurer la transparence des rémunérations* » (art. 2 litt. g).

Selon l'art. 3 al. 1, elle s'applique aux établissements de droit public principaux (Transports publics genevois; Aéroport international de Genève; Hospice général; Hôpitaux universitaires de Genève; Services industriels de Genève; Institution de maintien, d'aide et de soins à domicile), aux autres établissements de droit public (Fondation des parkings; Caisse publique de prêts sur gages; Etablissements publics pour l'intégration; Maison de retraite du Petit-Saconnex; Maison de Vessy; Fondation pour l'exploitation de pensions pour personnes âgées « La Vespérale »), aux Fondations immobilières (Fondation pour la promotion du logement bon marché et de l'habitat coopératif; Fondation HBM Camille Martin; Fondation HBM Emma Kammacher; Fondation HBM Jean Dutoit; Fondation HBM Emile Dupont; Fondation René et Kate Block) et aux autres fondations de droit public (Fondation Ecllosion; Fondation d'aide aux entreprises; Fondation pour les terrains industriels de Genève; Fondation pour les zones agricoles spéciales).

L'art. 3 al. 2 ajoute que « *Seuls sont applicables à des institutions non visées par l'alinéa 1 les articles de la présente loi auxquels il est expressément renvoyé dans les lois régissant ces dernières institutions* ».

Enfin, selon les termes de l'art. 22 al. 1, « *Le Conseil d'Etat détermine, par voie réglementaire, le montant et les modalités de la rémunération des membres du conseil, conformément aux principes de rémunération de la fonction publique et en respectant le principe d'égalité de traitement. Le montant de la rémunération de chaque membre du conseil, y compris de toutes éventuelles indemnités [...]* ».

3. Appréciation

En premier lieu, les Préposés relèvent qu'à l'heure actuelle, la LOIDP ne contient pas de normes sur la publicité des rémunérations des entités de droit public, l'art. 22 al. 1 se contentant de laisser le soin au Conseil d'Etat de déterminer par voie réglementaire le montant et les modalités de la rémunération des membres du conseil. Il en va de même du règlement sur l'organisation des institutions de droit public, du 16 mai 2018 (ROIDP; RSGe A 2 24.01), même si ce dernier renferme plusieurs normes (art. 5 à 25) sur la rémunération des établissements de droit public soumis à la LOIDP.

Les Préposés rappellent l'importance de l'information active, selon laquelle les institutions publiques cantonales doivent spontanément communiquer au public les informations qui sont de nature à l'intéresser (art. 18 al. 1 LIPAD).

Or les rémunérations des organes de direction des institutions décentralisées cantonales de droit public, en tant qu'elles concernent les deniers publics, constituent assurément des informations susceptibles de favoriser la libre formation de l'opinion publique des citoyennes et citoyens et leur participation à la vie publique.

En garantissant leur publicité, les art. 42C et 50 LOIDP participent à l'un des buts de la LOIDP (« *assurer la transparence des rémunérations* », art. 2 litt. g), comme de la LIPAD (« *favoriser la libre information de l'opinion et la participation à la vie publique* », art. 1 al. 2 litt. a).

La transparence des rémunérations des organes de direction des institutions décentralisées cantonales de droit public n'est par ailleurs pas contraire à la protection de la sphère privée des personnes concernées qui, en l'espèce, ne saurait être considérée comme un intérêt prépondérant. En effet, il sied de rappeler que les employés de l'Etat ne bénéficient pas de la même protection à leur droit à l'autodétermination informationnelle que les privés et que les personnes occupant des positions hiérarchiquement élevées doivent plus s'accommoder de la publication de leurs données que les employés exerçant des fonctions subalternes (arrêt du Tribunal administratif fédéral du 23 septembre 2015, A-6738/2014; Défago Gaudin Valérie/Dunand Jean-Philippe/Voutat Audrey, La confidentialité du salaire en droit privé du travail et dans la fonction publique, La protection des données dans les relations de travail, Genève/ Zurich/Bâle 2017, p. 141-194). Ainsi, le projet de loi présentement soumis consacre-t-il ce qui précède en instituant une base légale claire à la publication des rémunérations des organes de direction visés.

L'avant-projet fixe tout d'abord le principe de la publicité des rémunérations de la directrice générale/du directeur général et des membres de la direction générale (art. 42C al. 1).

Il donne ensuite la compétence au Conseil d'Etat de fixer les modalités de cette publicité par voie réglementaire, en l'habilitant à publier un rapport consolidé sur les rémunérations (art. 42C al. 2).

Par ailleurs, il ne se contente pas de limiter la publicité aux 23 institutions de droit public entrant dans le champ d'application de la LOIDP (art. 3 al. 1 litt. a à w), puisqu'il prévoit à son art. 42C al. 3 que la publicité pourra être étendue par le Conseil d'Etat à d'autres entités, notamment celles n'entrant pas dans le champ d'application de la LOIDP mais auxquelles certaines dispositions de cette dernière sont applicables (art. 3 al. 2). Il s'agit par exemple de l'Université de Genève, de la Haute école spécialisée de Suisse occidentale – Genève, de l'Office cantonal des assurances sociales et de la Fondation genevoise pour l'animation socioculturelle (FASe). Pour les Préposés, il existe là aussi un intérêt public important à la publicité des rémunérations des institutions importantes au sein de l'Etat, y compris si elles ne sont pas formellement comprises dans le champ d'application de la LOIDP ou lorsque cette dernière ne s'applique que partiellement à elles. D'ailleurs, il convient de relever incidemment que les 23 institutions de droit public entrant dans le champ d'application de la LOIDP, de même que celles mentionnées ci-avant à titre exemplatif, entrent pareillement dans le champ d'application de la LIPAD (art. 3 al. 1).

Les Préposés constatent que, sur le plan fédéral, l'art. 6a de la loi sur le personnel de la Confédération, du 24 mars 2000 (LPers; RS 172.220.1), prévoit que le Conseil fédéral édicte les principes applicables aux conditions contractuelles des cadres du plus haut niveau hiérarchique et des membres des organes dirigeants des entreprises et établissements de la Confédération. Cette norme a été concrétisée par l'ordonnance fédérale sur la rémunération et sur d'autres conditions contractuelles convenues avec les cadres du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des entreprises et des établissements de la Confédération, du 19 décembre 2003 (Ordonnance sur les salaires des cadres; RS 172.220.12), dont l'art. 7 a trait à la fixation du salaire et des autres conditions contractuelles. Ces rémunérations sont publiques, la Confédération publiant chaque année le rapport sur la rémunération des cadres du plus haut niveau hiérarchique dans les entreprises et établissements de la Confédération (voir pour 2021 : <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/72106.pdf>)

En définitive, les Préposés ne peuvent que saluer les modifications envisagées de la LOIDP offrant une assise légale expresse pour la publicité des rémunérations, cette évolution étant de nature à renforcer la démocratie par le biais de l'information du public et ainsi consolider la confiance des citoyens dans les institutions.

* * * * *

Les Préposés remercient la Chancellerie d'Etat de les avoir consultés et se tiennent à disposition pour tout renseignement complémentaire.

Stéphane Werly
Préposé cantonal

Joséphine Boillat
Préposée adjointe