



Les rendez-vous de la protection des données et de la transparence : LIPAD et secrets

Secret de fonction

Mardi 9 mai 2023

Nicolas Capt
Avocat

Quinze
Cours
des
Bastions

Plan

- I. Introduction
- II. Sous l'angle de l'art. 320 CP
- III. Sous l'angle de la LIPAD
- IV. Cas choisis
- V. Conclusion

A decorative border with a repeating floral pattern in a reddish-brown color, framing the central content area.A solid orange rectangle positioned at the top center of the dark grey area.

I. Introduction

Transparence vs secret de fonction

- Il existe entre la transparence et le secret un état de tension permanent.
- Le phénomène touche aussi bien les collectivités publiques que les entreprises privées ou les particuliers.
- Les autorités veulent faire connaître leur politique et expliquer leurs décisions, mais elles n'accepteraient pas que les moindres études ou discussions soient immédiatement livrées en pâture à leurs adversaires.
- Les entreprises, par leur publicité, veulent faire connaître leurs produits, mais elles tiennent par ailleurs à sauvegarder les secrets commerciaux ou de fabrication.
- Les particuliers affirment volontiers que les gens honnêtes n'ont rien à cacher, mais ils veulent être protégés contre les banques de données et se montrent réticents à toute idée de levée du secret bancaire ou de surveillance téléphonique par l'autorité.
- Le front se déplace sans cesse et il n'est guère possible de dire si c'est l'idée de la transparence ou celle du secret qui progresse.
- Le secret a une face d'ombre suggérant qu'il y a quelque chose de trouble à cacher, mais il a aussi une face ensoleillée dans la mesure où il protège contre la curiosité malsaine et la malveillance.
- Si l'on songe qu'il y a toujours plus de professions qui revendiquent un secret professionnel ancré dans la loi et que le souci de protéger la sphère privée a conduit à ne publier la jurisprudence que sous une forme anonyme, on ne saurait dire que la notion de secret est en perte de vitesse.

CORBOZ Bernard, Les infractions en droit suisse, Volume II, 3^e éd., 2010, art. 320 N1.

A decorative border with a repeating floral pattern in a reddish-brown color, framing the central content. The pattern consists of stylized leaves and branches.

II. Sous l'angle de l'art. 320 CP

Art. 320 CP ⁽¹⁾

- **Violation du secret de fonction (art. 320 CP)**

1. Quiconque révèle un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il a eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi ou en tant qu'auxiliaire d'une autorité ou d'un fonctionnaire, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

La révélation demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi ou l'activité auxiliaire a pris fin.

2. La révélation n'est pas punissable si elle est faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure.

Art. 320 CP (2)

- L'art. 320 CP protège deux biens juridiques :
 1. le bon fonctionnement des institutions ; et
 2. la protection de la sphère privée des particuliers.

Art. 320 CP (3)

- Le bon fonctionnement des institutions
 - Si les données et informations plus ou moins sensibles pouvaient se voir dispersées à tout vent, les administrés seraient bien plus réticents à fournir les renseignements dont les services étatiques ont besoin pour assurer les tâches que le droit public leur confie.
 - En outre, si le pluralisme doit régner au sein d'un Etat de droit, le processus de prise de décision par les autorités administratives et politiques ne doit pas se voir paralyser ou menacer.

Art. 320 CP (4)

- La protection de la sphère privée des particuliers
 - L'Etat au sens large est appelé à manier nombre de données personnelles parfois sensibles concernant le revenu des particuliers, leur santé, leur statut en matière d'assurances sociales, leurs difficultés financières (poursuites et faillites), leurs démêlés pénaux, etc.
 - Même les personnes n'ayant « rien à cacher » n'ont à l'évidence pas envie que ce genre de renseignements puissent être divulgués à tout un chacun.

Art. 320 CP ⁽⁵⁾

- Attention ! L'art. 320 CP n'entend pas instaurer de protection particulière du fonctionnaire ou du membre de l'autorité soumis au secret, dès lors qu'il lui impose des obligations mais ne lui confère aucun droit particulier.
- On se trouve dans un mécanisme similaire à celui de la protection des droits fondamentaux : l'Etat limite son propre pouvoir – et donc aussi celui de ses agents – pour protéger les droits des particuliers (mais aussi, en l'occurrence, son propre fonctionnement).

Éléments constitutifs objectifs (1)

1. Un membre d'une autorité ou un fonctionnaire

- L'art. 320 CP est un délit propre pur, qui ne peut être commis que par un fonctionnaire ou par le membre d'une autorité.
 - La notion de fonctionnaire est celle de l'art. 110 al. 3 CP, et la notion de membre d'une autorité est la même que celle des art. 312 et 314 CP.

Art. 110 al. 3 CP : «Par fonctionnaires, on entend les fonctionnaires et les employés d'une administration publique et de la justice ainsi que les personnes qui occupent une fonction publique à titre provisoire, ou qui sont employés à titre provisoire par une administration publique ou la justice ou encore qui exercent une fonction publique temporaire».
- L'art. 320 ch. 1 al. 2 CP prévoit que la révélation demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin, cela sans limite de temps et donc même jusqu'à la mort de la personne concernée. Peuvent donc aussi être auteurs tous les anciens fonctionnaires et membres d'autorités.
- Il ne peut toutefois s'agir que de personnes œuvrant ou ayant œuvré dans des institutions publiques suisses. Les agents publics étrangers ne sont pas visés.

Éléments constitutifs objectifs (2)

2. Un secret

- Il s'agit de l'élément le plus délicat à délimiter, puisqu'à géométrie variable en fonction notamment du droit public.
- Le mot « secret » désigne le devoir de se taire, tandis que le secret en tant qu'élément constitutif de l'infraction désigne l'information ne devant pas être diffusée.
- Selon le TF (ATF 142 IV 62, consid. 5.1), un **secret** est un fait qui ne soit connu ou accessible qu'à un cercle restreint de personnes, et que son détenteur veuille garder ce fait secret, et y ait un intérêt légitime.
- L'information confidentielle doit donc tout d'abord porter sur **un fait**.

Éléments constitutifs objectifs (3)

2. Un secret

- La **notion de fait** est néanmoins large.
- Pour prendre un exemple « *M. X. a présenté une demande à tel service* » est un fait, le type de demande en est aussi un, de même que les informations par hypothèse contenues dans celle-ci, comme le nombre de ses enfants, son numéro de téléphone, son revenu annuel, etc.
- Savoir que telle ou telle personne a exprimé telle opinion (p. ex., le service juridique a répondu au directeur que l'action qu'il projetait d'effectuer est interdite par la loi) est aussi un fait, de même que le point de savoir si un individu est fiché dans un registre non public ou si une procédure est – ou non – pendante à son encontre.
- En revanche, si un fonctionnaire mis en cause dans une procédure indique qu'il n'a jamais traité l'affaire mise en avant par l'administré qui le prend à partie, il ne dévoile pas un fait.
- Selon la jurisprudence (ATF 116 IV 56, consid. II.2a), que le fait soit inexact ou ne constitue que des suppositions ne lui enlève pas sa qualité de fait secret : il s'agissait en l'occurrence du contenu d' un rapport.

Éléments constitutifs objectifs (4)

2. Un secret

- Il faut ensuite que le fait soit **secret**.
- Pour le déterminer, il convient de tenir compte de plusieurs paramètres :
 1. **La liberté d'expression et d'opinion**
 - Il est possible de restreindre l'exercice de la liberté d'expression à certaines conditions : une telle restriction doit être « nécessaire », répondre à un « besoin social impérieux » et reposer sur des motifs « pertinents et suffisants » (TF, 1B_480/2012 du 6 mars 2013, c. 3.1).
 2. **Le caractère éventuellement notoire ou largement connu du fait en cause**
 - Le fait ne doit être connu de/ou accessible qu'à un petit nombre de personnes.
 - Il suffit que cette information soit largement accessible pour que le comportement soit impunissable.
 - Des coordonnées personnelles qui se trouvent dans un annuaire téléphonique ou professionnel, des données d'entreprises qui résultent du registre du commerce, des données figurant dans les différents systèmes d'information du territoire, ou que l'on peut trouver librement sur Internet, ou encore des informations qui sont parues dans la presse (de tout genre) ou dans un ouvrage, ne sont pas secrètes.

Éléments constitutifs objectifs (5)

2. Un secret

- Il faut ensuite que le fait soit **secret**.
- Pour le déterminer, il convient de tenir compte de plusieurs paramètres :

3. Le statut de l'information

- Désormais, tant la Confédération (Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la transparence (LTrans [RS 152.3])) que la plupart des cantons suisses, et en particulier tous les cantons francophones, possèdent une législation sur la transparence qui pose le droit à l'information et à l'accès aux documents comme principe et le secret comme exception.
 - Genève : Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD ; RS/GE A 2 08)
- Ces législations ménagent évidemment des exceptions, par le biais d'une part de la définition du document, et d'autre part d'une liste d'intérêts publics ou privés prépondérants ou d'autres motifs de refus.
- Ne constitue dès lors pas une information secrète l'information qui résulte d'une publication officielle, qui a déjà été communiquée officiellement au public par l'autorité compétente, ou qui serait susceptible d'être communiquée sur requête en vertu de la législation applicable sur l'accès aux documents.

Éléments constitutifs objectifs (6)

2. Un secret

- Il faut ensuite que le fait soit **secret**.
- Pour le déterminer, il convient de tenir compte de plusieurs paramètres :
 - 4. La volonté de garder le fait secret**
 - Si un particulier a donné une interview à un organe de presse, ou a permis la publication de ses données personnelles dans un annuaire, ou si la collectivité publique a diffusé une information publique dans le cadre de sa politique de communication, le fait est déjà connu d'un cercle élargi de personnes, de sorte qu'il ne constitue pas un secret.
 - Pour les collectivités publiques, la volonté de garder le fait confidentiel peut évidemment procéder directement de la législation topique : il existe en effet de nombreuses lois prévoyant une obligation de confidentialité dans le traitement des données personnelles (cf. not. art. 37 al. 2 LIPAD).
 - 5. L'intérêt légitime au maintien du secret**
 - Savoir si une information serait susceptible d'être communiquée sur requête en vertu de la législation applicable sur l'accès aux documents requiert une pesée d'intérêts et donc l'existence d'un intérêt légitime au maintien du secret.
 - Dans ce cadre-là, une obligation spéciale de discrétion prévue par la législation spécifique a également un poids certain.

Éléments constitutifs objectifs (7)

3. Un secret appris dans l'exercice de la charge officielle

- L'auteur doit avoir eu connaissance du fait secret au titre des fonctions qu'il exerce officiellement, et non à titre personnel – c'est-à-dire ès qualités.
- Il ne s'agit pas seulement d'avoir recueilli l'information pendant les heures ou sur le lieu de travail, mais il doit exister un lien direct entre la prise de connaissance et l'exercice de la fonction.
- Selon la jurisprudence (ATF 115 IV 233, c. 2c/bb), JdT 1991 IV 91), celui qui, par hasard, comme tout autre citoyen et en dehors de son service, avant ou après celui-ci, acquiert des informations touchant son activité officielle, ou qui pouvait les acquérir sans autre, ou qui aurait même eu simplement le droit de les acquérir ne se rend pas coupable de violation du secret de fonction s'il les divulgue.
- C'est en fonction des circonstances concrètes du cas qu'il convient de décider si des informations ont été acquises dans le cadre d'une fonction.

Éléments constitutifs objectifs (8)

4. Une révélation

- Il s'agit là du comportement typique réprimé par la disposition, à savoir porter à la connaissance ou rendre accessible l'information secrète à un tiers non autorisé.
- La forme de la transmission importe peu : courriel, télécopie, téléphone, entretien de vive voix, remise ou mise à disposition d'une photocopie ou de renseignements manuscrits, etc.
- Si le tiers à qui l'information est communiquée la connaissait déjà, l'auteur n'est punissable que si son apport a valeur de confirmation, c'est-à-dire que le tiers avait auparavant des doutes sur l'existence ou la véracité des faits en cause.
- La communication est punissable même si le tiers est lui-même soumis à un secret, y compris au secret de fonction. Ainsi, un assistant social travaillant pour une collectivité publique ne peut pas s'épancher sur ses différents dossiers auprès d'un ami au prétexte que celui-ci serait instituteur ou policier.
- On peut retenir deux critères fonctionnels à cet égard, à savoir la compétence matérielle du demandeur (ou du récipiendaire en cas de demande d'appui) de l'information, ainsi que la nécessité de l'information dans sa mission légale (ou la nécessité de l'appui demandé).
 - Dans l'examen du premier critère, il s'agit de se demander si l'information demandée est bien en rapport avec la fonction du demandeur et son exercice.
 - Dans l'examen du second critère, il s'agit de se demander si l'information demandée est nécessaire ou du moins utile à l'accomplissement de la mission du demandeur.

Éléments constitutifs objectifs (9)

4. Une révélation

- On aboutit ainsi à une application différenciée qui permet le partage des informations dans quatre situations typiques :
 - a) entre collègues de la même entité administrative, dans les limites exposées ci-dessus, qui permettent d'exclure les échanges gratuits ou de pure curiosité ;
 - b) entre un fonctionnaire et ses supérieurs hiérarchiques, le Tribunal fédéral ayant même indiqué dans l'arrêt *Kopp* (ATF 116 IV 56, c. II.1a), JdT 1991 IV 5), que le secret de fonction ne valait pas vis-à-vis de supérieurs hiérarchiques, « *même si la voie hiérarchique n'était pas respectée* » ;
 - c) entre unités administratives dans le cadre de l'entraide administrative, généralement prévue par la loi d'organisation ou de procédure administrative applicable ; il faut toutefois dans ce cas tenir compte d'éventuels secrets qualifiés (comme le secret fiscal, prévu par l'art. 110 al. 2 LFD ainsi éventuellement que par le droit cantonal), pour le respect desquels il peut y avoir des règles spéciales d'entraide administrative ;
 - d) dans le cadre d'enquêtes administratives ou de l'instruction de certaines procédures quasi-judiciaires ; diverses lois excluent du reste l'invocation du secret de fonction devant certaines instances.
- Enfin, l'art. 320 CP étant un délit de résultat (délict matériel), il faut non seulement que l'information parvienne au tiers non autorisé, mais que celui en **prenne connaissance**, sans quoi il n'y aura que tentative.

Elément subjectif

5. L'intention

- L'infraction est **intentionnelle** (ATF 116 IV 66 consid. 2), mais le dol éventuel suffit (ATF 116 IV 67 consid. 2b); la violation du secret de fonction par négligence n'est pas punissable (ATF 116 IV 67 consid. 2b).
- L'auteur doit avoir conscience de son devoir de garder le secret (ATF 114 IV 46 consid. 2), ce qui suppose qu'il connaisse le caractère secret de l'information et sache qu'il l'a apprise en raison de sa charge ou de sa fonction officielles.
- L'auteur doit adopter volontairement un comportement qui rend le secret accessible à un tiers non autorisé ; à tout le moins, il accepte cette éventualité (ATF 114 IV 47 consid. a).

Motif justificatif spécial (1)

6. Motif justificatif spécial : le consentement de l'autorité supérieure

- L'art. 320 ch. 2 CP prévoit l'impunissabilité lorsque la révélation est faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure.
- C'est le droit public fédéral, cantonal ou communal applicable qui prévoit l'autorité compétente et la procédure à suivre.
- Ainsi, en droit genevois, on compte plus de vingt bases légales différentes selon les catégories d'agents publics, sans compter quelques cas non prévus par la loi, notamment celui des députés au Grand Conseil.
- Le cas le plus courant est celui du fonctionnaire appelé à témoigner devant une instance judiciaire. Ce sera alors généralement le futur témoin qui, à réception de la convocation, saisira son autorité supérieure. Le magistrat en charge de la cause peut néanmoins s'adresser directement à l'autorité supérieure du fonctionnaire. Il arrive que, pour certaines catégories d'agents publics souvent appelées à intervenir devant les tribunaux (policiers, assistants sociaux, etc.), une autorisation générique soit accordée. Il n'y a en tout cas pas besoin d'autorisation lorsque la communication est prévue par la loi de façon obligatoire.

Motif justificatif spécial (2)

6. Motif justificatif spécial : le consentement de l'autorité supérieure

• En procédure pénale

- Le secret de fonction, et donc le refus éventuel de lever celui-ci, s'oppose au témoignage requis (art. 170 al. 1 CPP), un refus de levée du secret n'étant justifié que si l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret (art. 170 al. 3 CPP).
- Le refus de témoigner nonobstant une éventuelle levée ne peut par ailleurs se fonder que sur l'un des autres motifs prévus par le CPP (art. 168, 169, 171, 173 CPP) ; à défaut de motif légitime, le refus de témoigner expose le témoin à des sanctions pénales (art. 176 CPP).

• En procédure civile

- Les tribunaux peuvent toujours requérir des services officiels des renseignements écrits (art. 190 al. 1 CPC). En pareil cas, comme en cas de convocation pour une audition, les parties et les tiers ont un devoir de principe de collaborer, mais leur secret de fonction ou d'autres secrets protégés par la loi sont réservés ; ils peuvent justifier leur refus de collaborer si le secret pertinent n'est pas levé (art. 163 al. 2 et 166 al. 1 let. c et 2 CPC). Un refus de collaborer n'est légitime que dans le cadre des exceptions prévues par la loi (art. 163, 165 et 166 CPC) ; un refus injustifié est pénalement punissable (art. 167 CPC).
- Lorsque l'autorité supérieure lève le secret de fonction, l'agent public est ainsi tenu de témoigner, ce qui distingue l'art. 320 CP de l'art. 321 CP, dans le cadre duquel le professionnel dont le secret est levé a encore le choix de ne pas s'exprimer.

Motif justificatif spécial (3)

6. Motif justificatif spécial : le consentement de l'autorité supérieure

- L'autorité supérieure compétente au moment de la connaissance du fait secret par l'agent public reste compétente pour délier ce dernier du secret après la cessation des rapports de service (au sens large).
- Ainsi, le député devenu conseiller d'Etat doit demander la levée de son secret de fonction, pour des faits appris en tant que député, à l'autorité compétente pour lever le secret des membres du Grand Conseil.

A decorative border with a repeating floral pattern in a reddish-brown color, framing the central content. The pattern consists of stylized leaves and branches.

III. Sous l'angle de la LIPAD

Accès aux documents (1)

- **Art. 24 LIPAD – Droit d'accès**

¹ Toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la présente loi.

² L'accès comprend la consultation sur place des documents et l'obtention de copies des documents.

³ Les membres des instances ou du personnel des institutions qui sont appelés à répondre à des demandes d'accès à des documents ou à des demandes de renseignements ne doivent pas fournir d'informations orales qui, d'après les dispositions prévues ou réservées par la présente loi, ne devraient pas être communiquées si elles étaient consignées dans un document.

- **Art. 25 LIPAD – Définitions**

¹ Au sens de la présente loi, les **documents** sont tous les supports d'informations détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique.

² **Sont notamment des documents** les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions.

³ 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.

⁴ 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 présente loi.

Accès aux documents (2)

- **Art. 26 LIPAD – Exceptions**

¹ Les documents à la communication desquels un **intérêt public ou privé prépondérant** s'oppose sont soustraits au droit d'accès institué par la présente loi.

² Tel est le cas, notamment, lorsque l'accès aux documents est propre à :

- a) mettre en péril la sécurité de l'Etat, la sécurité publique, les relations internationales de la Suisse ou les relations confédérales ;
- b) mettre en péril les intérêts patrimoniaux légitimes ou les droits immatériels d'une institution ;
- c) entraver notablement le processus décisionnel ou la position de négociation d'une institution ;
- d) compromettre l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par la loi ;
- e) rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives ;
- f) rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers ;
- g) porter atteinte à la sphère privée ou familiale ;
- h) révéler des informations sur l'état de santé d'une personne ;
- i) révéler des informations couvertes par des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, le secret fiscal, le secret bancaire ou le secret statistique ;
- j) révéler d'autres faits dont la communication donnerait à des tiers un avantage indu, notamment en mettant un concurrent en possession d'informations auxquelles il n'aurait pas accès dans le cours ordinaire des choses ;
- k) révéler l'objet ou le résultat de recherches scientifiques en cours ou en voie de publication ;
- l) révéler des délibérations et votes intervenus à huis clos ou compromettre les intérêts ayant justifié le huis clos d'une séance.

Accès aux documents (3)

- **Art. 26 LIPAD – Exceptions**

³ Les notes échangées entre les membres d'une autorité collégiale ou entre ces derniers et leurs collaborateurs sont exclues du droit d'accès institué par la présente loi.

⁴ Sont également exclus du droit d'accès les documents à la communication desquels le droit fédéral ou une loi cantonale fait obstacle.

⁵ L'institution peut refuser de donner suite à une demande d'accès à un document dont la satisfaction entraînerait un travail manifestement disproportionné.

- **Art. 27 LIPAD – Accès partiel ou différé**

¹ Pour autant que cela ne requiert 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 communication en vertu de l'article 26.

² 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.

³ Lorsque l'obstacle à la communication d'un document a un caractère temporaire, l'accès au document doit être différé jusqu'au terme susceptible d'être précisé plutôt que simplement refusé.

⁴ La décision de donner un accès total, partiel ou différé à un document peut être assortie de charges lorsque cela permet de sauvegarder suffisamment les intérêts que l'article 26 commande de protéger.

Accès aux documents (4)

- **Art. 28 LIPAD – Procédure d'accès aux documents**

¹ La demande d'accès n'est en principe soumise à aucune exigence de forme. Elle n'a pas à être motivée, mais elle doit contenir des indications suffisantes pour permettre l'identification du document recherché. En cas de besoin, l'institution peut demander qu'elle soit formulée par écrit.

² L'institution traite rapidement les demandes d'accès.

³ En cas de doute sur la réalisation d'une des exceptions prévues à l'article 26, la personne qui est saisie de la demande d'accès doit en référer au responsable désigné conformément aux mesures d'organisation et de procédure prévues à l'article 50.

⁴ Les institutions et les tiers dont l'article 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.

⁵ 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'article 30, alinéa 2, et en informe le préposé cantonal.

⁶ Lorsqu'une institution entend rejeter une demande d'accès, elle en informe le requérant en lui indiquant qu'il peut saisir le préposé cantonal. Elle lui confirme son intention par écrit en indiquant le délai figurant à l'article 30, alinéa 2.

⁷ La consultation sur place d'un document est gratuite. La remise d'une copie intervient contre paiement d'un émolument. Dans les limites fixées par le Conseil d'Etat, la remise d'une copie d'un document se prêtant à une commercialisation peut intervenir au prix du marché.

Accès aux documents (5)

- **Art. 29 LIPAD – Documents archivés**

¹ La conservation et l'archivage des documents sont régis par la loi sur les archives publiques, du 1^{er} décembre 2000.

² L'accès aux documents versés aux Archives d'Etat de Genève ou que des institutions sont chargées d'archiver elles-mêmes en lieu et place des Archives d'Etat de Genève est régi par la loi sur les archives publiques, du 1^{er} décembre 2000.

³ L'alinéa 2 s'applique également aux documents archivés avant l'entrée en vigueur de la présente loi.

A decorative border with a repeating floral pattern in a reddish-brown color, framing the central content area.A solid orange rectangular shape positioned at the top center of the dark grey area.

IV. Cas choisis

Transparence des procès-verbaux de la CPEG ou secret de fonction (ATF 148 II 16) ? (1)

En fait :

- Le 1^{er} mai 2020, les partis politiques genevois de l'Entente (PLR et PDC) publient un communiqué de presse dénonçant une décision du comité de la Caisse de prévoyance de l'État de Genève (CPEG). Ce dernier aurait modifié les bases de calcul actuariel et abaissé le taux technique à 1.75 %, sans l'annoncer lors de la votation de mai 2019. Or, une telle décision impliquerait un coût supplémentaire de 2 milliards de francs pour l'État de Genève.
- Quelques jours plus tard, le rédacteur en chef adjoint du quotidien Le Temps demande à la CPEG notamment d'avoir accès au procès-verbal de la séance du comité lors de laquelle les décisions critiquées par l'Entente ont été prises.
- A la suite du refus de cette requête par la CPEG, le journaliste saisit, sans succès, le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence du canton de Genève, puis la Cour de justice. Cette dernière considère que l'art. 86 LPP (obligation de garder le secret) fait obstacle au principe de transparence prévu dans la LIPAD.
- Le rédacteur en chef adjoint dépose un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral. Ce dernier doit examiner, sous l'angle de l'arbitraire, si l'art. 86 LPP fait obstacle au principe de transparence.

Transparence des procès-verbaux de la CPEG ou secret de fonction (ATF 148 II 16) ? (2)

En droit :

- Le Tribunal fédéral commence par se pencher sur la LIPAD.
- Selon le Mémorial des séances du Grand Conseil, l'instauration d'un « *droit individuel d'accès aux documents (...) représente l'innovation majeure [de la LIPAD] propre à conférer sa pleine dimension au changement de culture qu'implique l'abandon du principe du secret* ». Cela étant, ce droit d'accès n'est pas inconditionnel. En particulier, l'art. 26 al. 4 LIPAD prévoit que « *[s]ont également exclus du droit d'accès les documents à la communication desquels le droit fédéral ou une loi cantonale fait obstacle* ».
- L'art. 86 LPP prévoit que les personnes qui participent à l'application de la LPP, ainsi qu'au contrôle ou à la surveillance de son exécution, sont tenues de garder le secret à l'égard des tiers.
- Le Tribunal fédéral doit alors examiner si l'art. 86 LPP fait partie de ce droit fédéral, mentionné à l'art. 26 al. 4 LIPAD, qui ferait obstacle au droit d'accès.
- Pour ce faire, le Tribunal fédéral s'aide de l'interprétation de la loi fédérale sur la transparence (LTrans) qui contient également une réserve au principe de la transparence si des « *dispositions spéciales d'autres lois fédérales (...) déclarent certaines informations secrètes* » (art. 4 let. a LTrans).

Transparence des procès-verbaux de la CPEG ou secret de fonction (ATF 148 II 16) ? (3)

En droit :

- Le Tribunal fédéral note que, selon le Message relatif à la LTrans, le secret de fonction des employés de la Confédération, garanti à l'art. 22 LPers et antérieur à l'entrée en vigueur de la LTrans, ne saurait être considéré comme une disposition spéciale garantissant le secret, car il est l'émanation du principe du secret prévalant avant l'entrée en vigueur de la LTrans (FF 2003 1833).
- Or, l'art. 86 LPP ne fait qu'exprimer, sous une forme modifiée, le secret de fonction général. Comme pour le secret de fonction prévu par l'art. 22 LPers, le secret de l'art. 86 LPP ne constitue pas une disposition spéciale au sens de l'art. 4 let. a LTrans qui limiterait le principe de transparence.
- Dès lors que l'art. 86 LPP ne constitue pas du droit fédéral qui limite le droit d'accès selon l'art. 4 let. a LTrans, il ne peut pas non plus constituer une exception de droit fédéral au sens l'art. 26 al. 4 LIPAD. Il en découle que la Cour de justice a appliqué de manière arbitraire l'art. 26 al. 4 LIPAD en retenant que l'art. 86 LPP s'opposait au droit d'accès.
- Partant, le Tribunal fédéral admet le recours du journaliste et renvoie la cause à la Cour de justice afin qu'elle examine si une autre exception au sens de l'art. 26 LIPAD serait susceptible de s'appliquer à la demande d'accès au procès-verbal litigieux.

ATA/1145/2022 (1)

En fait :

- Le 30 avril 2021, une association demande à la commune de Chêne-Bougeries, sur la base de l'art. 28 al. 1 LIPAD, l'accès à divers documents, soit notamment plusieurs procès-verbaux des séances de la commission du territoire ou encore les ordres du jour relatifs à ces séances.
- Le 5 mai 2021, la commune refuse de donner suite à la requête précitée, sur la base des art. 10 al. 6 de la loi sur l'administration des communes du 13 avril 1984 (LAC - B 6 05) et 85 du règlement du conseil municipal de la commune du 11 mai 2017 (LC 12 111).
- Par courrier du 17 mai 2021, l'association s'adresse au préposé cantonal à la protection des données et à la transparence en requérant que soit entreprise une médiation et en discutant les motifs de refus invoqués par la commune.
- Le 8 juin 2021, une rencontre de médiation se tient dans les locaux du préposé.
- À l'issue de cette médiation, les parties aboutissent à un accord.

ATA/1145/2022 (2)

En fait :

- A teneur de l'accord, la commune est tenue de transmettre certains documents à l'association.
- Le 30 juin 2021, la commune envoie les procès-verbaux de commission en cause, mais caviardés, les noms des différents intervenants étant cachés ; ainsi que les ordres du jour non caviardés, à l'exception de deux points de la séance de commission du 11 juin 2020.
- Le 13 juillet 2021, l'association écrit à la commune. La première série de documents, reçue le 2 juillet 2021, est caviardée, contrairement à l'engagement de la commune. Quant à la deuxième série, elle doit lui parvenir dans un délai d'un mois, soit au plus tard le 8 juillet 2021. Elle n'a toutefois rien reçu jusqu'alors.
- Malgré de nombreux efforts, le 21 septembre 2021, l'association décide de former par-devant la CACJ une « action en exécution formée par le droit public », concluant, entre autres, à la communication par la commune de la totalité des documents visés dans l'accord de médiation.

ATA/1145/2022 (3)

En droit :

- La CACJ retient que l'accord de médiation a été formalisé par écrit de manière claire.
- D'après la Chambre, le fait que l'accord de médiation ait été signé par le secrétaire général de la commune ne pose aucunement problème. Si la LAC prévoit que le CA est compétent pour défendre les intérêts de la commune dans les procédures judiciaires, l'art. 9 al. 3 LPA prévoit qu'une entité publique peut être représentée par un membre de son personnel, et l'art. 10 al. 7 RIPAD qu'il incombe au responsable LIPAD de représenter l'institution dans le cadre de la procédure de médiation. Or le CA était au courant de la séance de médiation et y a délégué son secrétaire général, soit le plus haut fonctionnaire de l'administration municipale, par ailleurs responsable LIPAD de la commune. Il appartenait au CA, si l'affaire lui semblait de la plus haute importance, de donner un mandat de négociation à son secrétaire général, voire de se rendre aussi à la séance. Il aurait agi de la sorte, dans l'optique «d'éviter d'avoir des problèmes avec elles». Quant à son ami, il aurait accepté de lui fournir ces informations afin de le «rassurer sur une éventuelle relation future» et que le but «n'était pas de nuire à ces femmes».
- Par ailleurs, la Chambre souligne que les motifs qui guident une demande d'accès aux documents ou la qualité du requérant ne revêtant pas de pertinence (art. 28 al. 1 LIPAD ; ATA/427/2020 du 30 avril 2020 consid. 2b ; ATA/1003/2016 du 29 novembre 2016 consid. 6d), un élément y relatif ne peut pas non plus conduire à retenir un défaut de formation de la volonté a posteriori.

ATA/1145/2022 (4)

En droit :

- Quant aux différents motifs de refus évoqués par la commune, ils ne sauraient permettre de remettre en cause un accord librement donné. À cet égard, rien dans le dossier ne permet de retenir que l'accord de la commune ne revêtirait pas cette qualité, ni que le contrat conclu n'était pas parfait.
- Il résulte de ce qui précède que l'accord de médiation, exécutoire, doit être respecté par l'intimée, conformément au principe général *pacta sunt servanda*. L'intimée a ainsi adopté un comportement contradictoire et contrevenu aux règles de la bonne foi en ne donnant que partiellement suite à cet accord.
- La CACJ a donc fait droit à la conclusion principale de la requérante, en ordonnant que l'intimée lui donne accès aux documents tels que figurant dans l'accord de médiation du 8 juin 2021.
- L'Arrêt, qui se fonde sur l'accord conclu en médiation, ne se détermine pas sur le secret de commission soulevé par la commune.



V. Conclusion

LIPAD et secret de fonction, des rapports compliqués

- Situation complexe, empreinte d'incertitude.
- Deux certitudes, toutefois:
 - Le secret de fonction peut justifier un refus d'accès
 - Le secret de fonction ne justifie pas systématiquement un refus d'accès
- Examen de cas en cas tant de ce qui est demandé (matérialité de la demande d'accès) que de la norme invoquée sous l'angle de l'art. 26 al. 4 LIPAD et/ou de la liste exemplative des exceptions de l'art 26 al. 1 LIPAD.
- Maître mot: « pesée d'intérêts »

A decorative border with a repeating floral pattern in a reddish-brown color, framing the central content area.

Merci de votre attention !

Quinze
Cours
des
Bastions