ATF 148 II 16 | TF, 03.03.2022, 1C_336/2021*

Le secret de fonction prévu à l'art. 86 LPP ne fait pas obstacle à une demande de transparence.

Faits

Le 1er 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.

Suite au 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 Loi genevoise sur l'information du public et l'accès aux documents (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.

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).

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.

Note

La CPEG avait singulièrement refusé de montrer au Préposé cantonal le procès-verbal litigieux. Le Préposé n'avait donc pas pu se déterminer sur la demande d'accès du journaliste.

Ce refus de coopérer nous paraît particulièrement problématique. L'autorité a en principe besoin de pouvoir prendre connaissance du document visé par une demande d'accès afin de trancher le litige.

Le Tribunal fédéral en profite ainsi pour rappeler à la Cour de justice qu'elle a une obligation légale de voir le procès-verbal litigieux. En effet, l'art. 63 LIPAD dispose ce qui suit :

> « La juridiction compétente a accès aux documents concernés par le recours, y compris les données personnelles constituant l'enjeu du recours, à charge pour elle de veiller à leur absolue confidentialité et de prendre, à l'égard tant des parties à la procédure que des tiers et du public, toutes mesures nécessaires au maintien de cette confidentialité aussi longtemps que l'accès à ces documents n'a pas été accordé par un jugement définitif et exécutoire ».

Pour revenir sur l'art. 4 let. a LTrans et les secrets limitant le principe de transparence, notons que le Tribunal administratif fédéral a récemment eu l'occasion de se pencher sur cette disposition en lien avec une demande d'accès visant les quatre plus grands importateurs d'or suisse. Il est arrivé à la conclusion que le secret fiscal (art. 74 LTVA) s'opposait à une demande de transparence, précisément en application de l'art. 4 let. a LTrans (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-741/2019 du 16 mars 2022, commenté *in* cdbf.ch/1232/).

La Cour de justice genevoise a également retenu récemment que le secret fiscal s'opposait à

la transparence, après avoir procédé à un examen de la question sous l’angle de l’art. 10 CEDH (ATA/1358/2021 du 14 décembre 2021).

Pour un autre commentaire de cet arrêt, cf. Kastriot Lubishtani, Transparence des procès-verbaux de la Caisse de pension de l’État de Genève ou secret de fonction ?, 31 mars 2022 *in* www.swissprivacy.law/134.

Proposition de citation : Célian Hirsch, Le secret de fonction s’oppose-t-il à la transparence ?, in: https://lawinside.ch/1169/