

Le secret de fonction s'oppose-t-il à la transparence ?

Auteur : Célian Hirsch

Date : 20 avril 2022

[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 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 (CEPG)**. 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 CEPG 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 CEPG, 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).

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).