

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3062/2016-LIPAD

ATA/1404/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 17 octobre 2017

dans la cause

Monsieur A _____

représenté par Me Nicolas Jeandin, avocat

contre

DÉPARTEMENT DES FINANCES

EN FAIT

- 1) Dans les années 1980, Monsieur A_____, né le _____ 1942, exploitait un bureau d'ingénieur à Genève. Parallèlement, en contractant plusieurs dettes hypothécaires avec les banques de la place, à savoir principalement la Caisse d'épargne de la République et canton de Genève (ci-après : CEG), mais aussi la Banque hypothécaire du canton de Genève (ci-après : BHCG), il a constitué un important parc immobilier.
- 2) Le 1^{er} janvier 1994 est entrée en vigueur la loi sur la Banque cantonale de Genève du 24 juin 1993 (LBCGe - D 2 05), qui a donné naissance à la Banque cantonale de Genève (ci-après : la BCGE ou la banque), fruit de la fusion entre la BHCG et la CEG, constituée sous la forme d'une société anonyme de droit public. L'État de Genève (ci-après : l'État) a participé au capital social du nouvel établissement par CHF 147'000'000.- (MGC 1992 43/V 5797-5798) dont il détenait, avec les communes, l'ensemble des actions nominatives.
- 3) Le 19 mai 2000, le Grand Conseil a adopté la loi 8'194 accordant une autorisation d'emprunt de CHF 246'200'000.- au Conseil d'État pour financer l'acquisition d'actions nominatives et au porteur de la BCGE et ouvrant un crédit extraordinaire d'investissement pour la constitution d'un capital de dotation en faveur de la Fondation de valorisation des actifs de la BCGE (ci-après : la fondation). Cette loi autorisait le Conseil d'État à contracter, au nom de l'État, un emprunt de CHF 246'200'000.- afin d'assurer l'acquisition d'actions nominatives de la BCGE à concurrence de CHF 107'500'000.- et au porteur à concurrence de CHF 138'700'000.- (art. 1 de la loi 8'194). Ces actions étaient inscrites dans le bilan de l'État au patrimoine financier (art. 2 de la loi 8'194).
- 4) Créée par la loi 8'194, la fondation, inscrite au registre du commerce et placée sous la surveillance du Conseil d'État, revêtait la forme d'une fondation de droit public. Elle avait pour but de gérer, valoriser et réaliser les actifs de la BCGE qui lui seraient transférés et, par-là, de contribuer à l'assainissement de celle-ci (art. 5, 6 et 7 de la loi 8'194). Les pertes sur la réalisation des actifs transférés devaient être prises en charge par l'État, sous réserve des contributions de la BCGE, en fonction de sa situation financière (art. 12 de la loi 8'194). Par ailleurs, le Grand Conseil devait nommer en son sein une commission de contrôle de la fondation en vue notamment de veiller au respect des dispositions légales et réglementaires qui lui étaient applicables et de contrôler sa gestion (art. 24 de la loi 8'194).
- 5) Le 23 mai 2000, l'assemblée générale des actionnaires de la BCGE a décidé d'augmenter le capital-actions de la banque, qui est passé de CHF 225'000'000.- à

CHF 360'000'000.-. L'État a participé à cette augmentation à hauteur de CHF 217'000'000.- et a acheté pour CHF 31'000'000.- d'actions au porteur.

- 6) Le 27 juillet 2000, l'État, la BCGE et la fondation ont conclu une convention tripartite, aux termes de laquelle la banque cédait à la fondation les crédits présentant des risques, mais garantis par des biens immobiliers, au prix de CHF 4'961'000'000.-, porté par la suite à CHF 5'067'000'000.-, correspondant aux créances en capital, commissions, frais et intérêts contre ces débiteurs. Cette reprise d'actifs a été financée par un prêt du même montant, à un taux initialement arrêté à 3,75 %, accordé par la BCGE à la fondation et garanti par l'État.
- 7) Dans ses comptes relatifs à l'année 2000, l'État a inscrit une provision de CHF 2'700'000'000.- correspondant à l'estimation de l'intégralité de la perte future liée à la réalisation des actifs transférés à la fondation.
- 8) Dans le cadre de sa mission légale, la fondation s'est vu céder par la BCGE les créances résultant de crédits hypothécaires à l'encontre de M. A_____, de huit sociétés immobilières détenues par lui et d'une société anonyme, pour un montant total de CHF 113'023'427.35.
- 9) Le 6 mai 2002, M. A_____ et la fondation ont signé une convention intitulée « promesse de cession d'actions et de compte-courant ; pré-convention de vente immobilière ; dette hypothécaire résiduelle et moratoire » (ci-après : la convention). Aux termes de celle-ci, M. A_____ s'engageait à céder à la fondation le capital-actions de huit sociétés immobilières dont il était propriétaire ainsi qu'un immeuble détenu par une société anonyme dont il avait la maîtrise, respectivement pour un prix de CHF 36'306'051.- et de CHF 50'789'000.-, ces sommes étant payables par compensation. M. A_____ reconnaissait devoir à la fondation une somme de CHF 113'023'427.35, sous déduction de la valeur des actifs cédés, soit un solde de CHF 25'928'276.36 au titre de créances hypothécaires. Les parties convenaient toutefois que, sous la condition résolutoire de la cession des sociétés immobilières et de la vente de l'immeuble en question, la somme arrondie de CHF 21'000'000.- était due par M. A_____ à la fondation pour solde de tous comptes, y compris au sujet des rapports avec la BCGE. Cette créance, qui ne portait pas intérêt et ne deviendrait exigible qu'à partir du 31 mai 2007, remplaçait toutes les créances ou prétentions, admises ou contestées, issues de faits antérieurs à la date de la signature de la convention. M. A_____ s'engageait toutefois à verser en mains de la fondation une somme de CHF 10'000.- par année au titre de contribution à l'amortissement de sa dette, pendant la durée du moratoire de cinq ans.
- 10) a. Le 6 octobre 2006, plusieurs députés ont déposé un projet de loi (ci-après : PL) 9'926 modifiant la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève du 13 septembre 1985 (LRGC - B 1.01) visant notamment à ce

que tous les cas d'abandons de créances proposés par le conseil de fondation soient soumis au vote du Grand Conseil.

b. Entendu devant la commission en charge de ce PL, le président de la fondation a remis à ses membres un document intitulé « principes applicables en matière d'abandons de créances » daté du 4 novembre 2002 et figurant en annexe au PL 9'926-A, expliquant qu'il s'agissait d'une directive interne approuvée par la commission de la fondation et que chaque dossier faisait l'objet d'un examen approfondi qui tenait compte de toutes les particularités du débiteur.

Aux termes de ce document, pour obtenir un abandon de créances, des conditions minimales étaient posées. Était en particulier exigée la collaboration du débiteur, lequel devait consentir un effort, généralement sous la forme d'un paiement proportionné à sa situation financière. Un abandon de créances devait en outre permettre à la fondation de réaliser un gain financier substantiel par rapport à la solution excluant un tel abandon. Le document contenait encore des exemples de cas particuliers pour lesquels il fallait faire preuve d'une plus grande souplesse, à savoir en cas d'abandon partiel de créances, de détresse profonde ou de créances contestées, ainsi que ses modalités. Il se terminait par la conclusion selon laquelle la fondation apportait un soin tout particulier dans l'examen des conditions pouvant l'amener à l'octroi d'un abandon de créances, qui devait demeurer l'exception.

- 11) Le 29 avril 2008, le Grand Conseil a adopté la loi 10'202 modifiant la loi 8'194 en vue de la dissolution de la fondation le 1^{er} juin 2008 (art. 5 al. 1 de la loi 8'194 modifié par la loi 10'202). À la fin de la liquidation, qui devait se terminer au plus tard le 31 décembre 2009, l'État succéderait à la fondation avec tous ses droits et obligations (art. 6 al. 4 de la loi 8'194 modifié par la loi 10'202).
- 12) Le 16 octobre 2008, la Cour des comptes a rendu un rapport concernant l'audit de gestion relatif aux procédures de poursuites engagées par la fondation à l'encontre des débiteurs. Au vu du montant des actifs encore à réaliser dépassant CHF 1'000'000'000.-, de la prochaine liquidation de la fondation et du transfert de ses activités vers un « centre du contentieux » de l'État, le risque financier apparaissait important, ce qui justifiait notamment un contrôle des procédures de recouvrement conduites par la fondation afin de s'assurer que le maximum de fonds avait pu être récupéré auprès des débiteurs, de manière à minimiser la perte à la charge de l'État et du contribuable.

Selon une directive interne, la commission de contrôle du Grand Conseil (ci-après : la commission de contrôle) donnait son avis sur les accords relatifs à d'éventuels abandons de créances octroyées aux débiteurs. Par ailleurs, le service juridique de la fondation avait rédigé un certain nombre d'instructions à l'attention des gestionnaires, de la commission de contrôle ou des membres du conseil de fondation, précisant les actions à entreprendre dans le cadre de la

gestion des dossiers débiteurs, à savoir « procéder à tous les actes de poursuite sans désemparer, à défaut d'instruction ou d'autorisation expresse écrite contraire et en assurer le suivi », « tenir un échéancier des reconnaissances de dettes échues et non échues », « réactiver sur une base régulière les poursuites en matière d'actes de défaut de biens sur des personnes physiques » et « soumettre pour avis à la commission de contrôle tout abandon de créances relatif à un débiteur, la décision relevant toutefois de la compétence exclusive du conseil de fondation ».

- 13) Le 22 juin 2009, la fondation a écrit à M. A_____, prenant note de ce qu'il envisageait de formuler une proposition transactionnelle globale d'ici la fin de l'année 2009 et a accepté de proroger l'échéance du moratoire mentionné dans la convention du 6 mai 2002 jusqu'au 31 mai 2010, moyennant le versement d'une somme de CHF 10'000.- avant le 31 juillet 2009.
- 14) Jusqu'en 2009, M. A_____ a versé à la fondation un montant total en capital de CHF 70'000.-.
- 15) Au 1^{er} janvier 2010, l'État de Genève, soit pour lui le département des finances (ci-après : le département), a légalement succédé à la fondation.
- 16) Le 26 avril 2010, le département a informé M. A_____ qu'il n'entendait pas proroger le délai du moratoire de poursuite arrivant à échéance le 31 mai 2010, dès lors que l'intéressé n'avait formulé aucune proposition transactionnelle comme il l'avait annoncé en 2009. Il dénonçait ainsi, en tant que de besoin, la créance reconnue le 6 mai 2002 pour le 31 mai 2010.
- 17) En juillet 2010, suite à une longue procédure ayant opposé, par-devant les tribunaux français, M. A_____ à la BCGE en lien avec un certificat d'insuffisance de gage émis en 1992 de CHF 2'514'673.- au profit de la CEG, les parties ont signé une transaction, aux termes de laquelle l'intéressé s'est engagé à verser à la banque une indemnité transactionnelle forfaitaire et définitive d'EUR 200'000.-, la BCGE s'engageant en contrepartie à requérir la radiation de l'hypothèque judiciaire provisoire prise à son profit sur la parcelle en France dont M. A_____ était à l'époque propriétaire.
- 18) Le 11 mai 2011, le Conseil d'État a fait valoir une perte totale, liée à la vente, entre 2000 et 2011, des actifs transférés à la fondation d'environ CHF 1'900'000'000.-.
- 19) Le 30 mars 2012, M. A_____, sous la plume de son ancien conseil, a écrit à la commission des finances du Grand Conseil (ci-après : la commission des finances). Il avait appris du mandataire de l'État qu'elle avait récemment émis une directive qui menait à mal ses négociations avec le département en vue d'une cession, voire d'un abandon de créances. S'il avait bien compris le contenu de cette directive, l'État ne devrait pas transiger à moins de recueillir un dividende,

de l'ordre de 10 à 15 %, par rapport aux créances en cause. Il n'avait toutefois pas les moyens de s'acquitter d'un tel montant au regard de son insolvabilité, qui était démontrée.

- 20) a. Le 2 avril 2012, le département des finances a formé une requête de protection de cas clairs auprès du Tribunal de première instance (ci-après : TPI), concluant à ce que M. A_____ soit condamné à lui payer la somme de CHF 20'930'000.-.
- b. Dans sa réponse du 15 août 2012, M. A_____ a notamment fait valoir la nullité de la convention du 6 mai 2002, laquelle n'avait du reste pas été respectée par la fondation et la BCGE.
- c. Par jugement du 12 octobre 2012 (JTPI/_____/2012), le TPI a déclaré la requête du département irrecevable. Le cas n'était pas clair au regard de l'état de fait litigieux. Il en allait ainsi de la question de savoir si la convention comportait un vice de forme, comme l'alléguait M. A_____, dès lors que, portant sur une promesse de vente immobilière, elle avait été passée en la forme écrite mais non pas authentique.
- 21) Par acte du 7 novembre 2012, le département a assigné M. A_____ par-devant le TPI en paiement pour le même montant, la cause étant encore pendante à ce jour.
- 22) Le 12 août 2015, M. A_____ a écrit au secrétariat général du Pouvoir judiciaire.

Lors de la négociation et de la conclusion de la convention, la fondation lui avait entre autres indiqué que le solde de la dette de CHF 21'000'000.- serait réglé dans un deuxième temps, moyennant le versement d'un dividende de l'ordre de 5 à 10 %, conformément à la pratique qu'elle appliquait jusqu'alors. Lorsque le moratoire était venu à expiration, il avait tenté de trouver une solution avec la fondation, qui avait toutefois laissé le département gérer la situation au regard de l'imminence de transfert du dossier en faveur de l'État. Début 2012, il avait alors été informé que, conformément à une nouvelle directive de la commission des finances, aucune remise de dettes ne serait négociée avant que le département ne reçoive un dividende d'au moins 10 à 15 % des créances en cause, étant précisé que cette autorité l'avait assigné en paiement par-devant le TPI.

Au regard de ces éléments, il demandait à avoir accès aux documents suivants, en mains de la commission des finances et du service du contentieux de l'État : l'intégralité de son dossier, y compris la correspondance, les procès-verbaux, les préavis, les prises de position, les instructions, les consignes et les décisions le concernant émanant de la fondation, de la commission de surveillance de celle-ci, de la commission des finances et/ou du service du

contentieux de l'État de 2000 à 2013 ; toutes les directives, instructions, conditions-cadres ou autres consignes émises, sous quelque forme que ce soit, par la fondation, la commission de contrôle, la commission des finances, le service du contentieux de l'État, la direction générale des finances de l'État et/ou le Conseil d'État de 2001 à 2013 relatives à la pratique et aux conditions applicables aux abandons (totaux ou partiels) de créances, en particulier s'agissant des créances cédées par la BCGE à la fondation ; les copies caviardées de toutes les conventions, accords et transactions conclus entre 2001 et 2013, respectivement par la fondation et par l'État, avec des débiteurs s'agissant des créances transférées par la BCGE à la fondation puis reprises par l'État.

- 23) Le 30 septembre 2015, le secrétariat général du Grand Conseil a informé M. A_____ que son courrier du 12 août 2015 lui avait été transmis pour raison de compétence par le Pouvoir judiciaire et que, s'agissant des documents le concernant en mains du département, sa demande avait été communiquée à ce dernier. Les procès-verbaux des commissions parlementaires étaient exclus du droit d'accès. En revanche, une demande motivée pouvait être adressée au Grand Conseil sur la base de la loi réglementant son fonctionnement, demande qui serait toutefois examinée sous l'angle du secret bancaire.
- 24) Le 2 octobre 2015, le département a écrit à M. A_____, l'informant que son courrier du 12 août 2015 lui avait été transmis par le secrétariat général du Grand Conseil dans la mesure où son dossier était traité par ses services. Les documents dont il demandait la consultation étant soumis au secret bancaire, ils étaient soustraits au droit d'accès.
- 25) Le 15 octobre 2015, M. A_____ a répondu au secrétariat général du Grand Conseil qu'il ne partageait pas son point de vue, la loi dont il se prévalait ne faisant pas obstacle à la consultation des procès-verbaux de la commission des finances. Il lui demandait en outre de se déterminer sur les autres documents dont il requérait la consultation.
- 26) Le même jour, M. A_____ a écrit au département que la portée de son courrier était peu claire, étant donné qu'il ne cernait pas quels étaient les documents exclus du droit d'accès et qu'il ne s'était pas prononcé sur le sort des autres documents dont il demandait la consultation. Le secret bancaire ne lui était en outre pas opposable s'agissant de documents le concernant personnellement.
- 27) Le 15 octobre 2015 également, M. A_____ a déposé une demande de médiation auprès du préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après : le préposé cantonal). Dès lors que les courriers du secrétariat général du Grand Conseil et du département pouvaient être interprétés comme une communication de leur intention de rejeter à tout le moins partiellement sa demande, il sollicitait sa médiation.

- 28) Les 24 novembre 2015 et le 14 janvier 2016, deux séances de médiation ont eu lieu par-devant le préposé cantonal, à l'issue desquelles un accord partiel s'est dégagé.
- 29) Les 12 et 17 février 2016, M. A_____ a fait savoir au préposé cantonal qu'il acceptait de recevoir les instructions de service émises par le département relatives aux abandons de créances ainsi que le tableau récapitulatif caviardé des conventions conclues avec d'autres débiteurs, renonçant à consulter ces conventions. Il persistait toutefois dans sa demande s'agissant de l'accès à son dossier personnel ainsi qu'aux directives, instructions, conditions-cadres ou autres consignes émises en matière d'abandons de créances.
- 30) Le 3 mars 2016, le secrétariat général du Grand Conseil a relevé que l'accord partiel ne porterait pas sur les procès-verbaux des commissions du Grand Conseil, soumis à la loi réglementant le Grand Conseil.
- 31) Le 8 mars 2016, le département a accepté l'accord partiel le concernant.
- 32) Le 28 avril 2016, le préposé cantonal a pris connaissance des documents en mains du département. Selon ses constatations, ils étaient contenus dans quarante-deux cartons d'archives, qui comportaient trois types de documents, soit ceux concernant les immeubles rachetés, ceux en lien avec les débiteurs et ceux relatifs aux dossiers de procédure. Entraient dans les sous-catégories les décisions du conseil de fondation, les dossiers de base, les expertises des immeubles, les décomptes de gérance, la correspondance avec les gérants d'immeubles, les pièces comptables et la correspondance générale. Quant aux documents concernant la fondation, ils représentaient plus de 200 m linéaires au « compactus » et étaient composés de 80 % de dossiers de tiers, 10 % de comptabilité et 10 % d'archives.

S'il existait effectivement de nombreuses directives de la fondation portant sur le courtage, la gérance, les archives ou encore la présentation des fiches, une seule avait trait à l'abandon de créances et avait été reprise par le département, à savoir l'instruction de service SCE-02-02_v4 « principes applicables au service du contentieux de l'État » du 11 décembre 2015, entrée en vigueur dans sa version initiale le 1^{er} juin 2012 (ci-après : l'instruction SCE-02-02_v4), également disponible sur le site intranet du département. Ce document traitait notamment des principes relatifs aux abandons de créances et aux prolongations de moratoire de poursuite, lesquels étaient identiques à ceux établis en son temps par la fondation.

- 33) Le 24 juin 2016, le préposé cantonal a recommandé au département de faire droit à la requête de M. A_____ d'obtenir copie de l'intégralité de son dossier, y compris la correspondance, les procès-verbaux, les préavis, les prises de position, les instructions, les consignes et les décisions le concernant émanant de la fondation, de la commission de surveillance de celle-ci, de la commission des finances et/ou du service du contentieux de l'État. Il a également recommandé au

département de transmettre à M. A_____ les trois documents sur lesquels portait l'accord partiel, à savoir le tableau caviardé des conventions conclues avec les autres débiteurs, les instructions de services émises par l'État relatives aux principes applicables en matière d'abandons de créances lorsqu'il avait succédé à la fondation ainsi que l'instruction SCE-02-02_v4.

L'accès de M. A_____ à son dossier ne rendrait pas inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportaient les lois régissant les procédures judiciaires et administratives. L'on ne voyait pas non plus en quoi la protection de données personnelles sensibles de tiers exigeait impérativement un refus d'accès, dès lors que leur caviardage était possible. Au regard du travail que cela impliquait, il devait s'acquitter d'un émolument préalable.

L'instruction de la cause avait mis en évidence l'existence de nombreuses directives et instructions émises par la fondation. Toutefois, seule l'instruction SCE-02-02_v4 avait trait à la pratique et aux conditions applicables aux abandons de créances, aucun autre document ne traitant de cette question. Par ailleurs, comme l'avait à juste titre relevé le secrétariat du Grand Conseil, la loi portant règlement de ce dernier constituait un obstacle à l'accès aux procès-verbaux des séances de ses commissions.

- 34) Le 28 juin 2016, le département a transmis à M. A_____ :
- le tableau caviardé des conventions conclues avec les autres débiteurs ;
 - l'instruction de service « principes applicables en matière d'abandons de créances » du 5 mai 2010 du département des finances (ci-après : l'instruction du 5 mai 2010), aux termes de laquelle, pour obtenir un abandon de créances, des conditions minimales étaient posées. Était en particulier exigée la collaboration du débiteur, lequel devait consentir un effort, généralement en comparant le montant offert au résultat prévisible d'une saisie sur cinq ans limitée à l'âge légal de la retraite du débiteur. Un abandon de créances devait en outre permettre au département de réaliser un gain financier substantiel par rapport à la solution excluant un tel abandon. Le document contenait encore des exemples de cas particuliers pour lesquels il fallait faire preuve d'une plus grande souplesse, à savoir en cas d'abandon partiel de créances, de détresse profonde ou de créances contestées, ainsi que ses modalités. Il se terminait par la conclusion selon laquelle le département apportait un soin tout particulier dans l'examen des conditions pouvant l'amener à l'octroi d'un abandon de créances, qui devait demeurer l'exception ;
 - l'instruction SCE-02-02_v4, dont l'objectif était de définir les règles et responsabilités en matière de gestion, les droits et les contrôles à effectuer au service du contentieux de l'État et de préciser les modalités

de leur suivi, comportait un chapitre 6 « principes relatifs aux abandons de créances et prolongations de moratoire de poursuite », selon lequel, pour obtenir un abandon de créances, des conditions minimales étaient posées. Était en particulier exigée la collaboration du débiteur, qui devait consentir un effort, généralement en comparant le montant offert au résultat prévisible d'une saisie sur cinq ans limitée à l'âge légal de la retraite du débiteur. Un abandon de créances devait en outre permettre au département de réaliser un gain financier substantiel par rapport à la solution excluant un tel abandon. Dans les cas d'abandons partiels de créances, de détresse profonde ou de créances contestées, le département devait faire preuve d'une certaine souplesse. Le département apportait un soin tout particulier dans l'examen des conditions pouvant l'amener à l'octroi d'un abandon de créances, qui devait demeurer l'exception.

- 35) Par décision du 8 août 2016, le département a refusé de donner à M. A_____ accès aux autres documents sollicités.

Les rapports entre l'État et M. A_____ relevaient exclusivement du droit privé, dès lors que le recouvrement d'une créance ne constituait pas une tâche publique, à l'instar de l'activité de l'État en tant que gestionnaire d'un immeuble appartenant à son patrimoine financier. La demande de M. A_____ était d'autant moins admissible qu'il avait déjà conclu à la production des mêmes pièces dans le cadre de la procédure civile intentée contre lui. En tout état de cause, même si certaines des pièces dont il demandait l'accès étaient des documents, elles étaient néanmoins soustraites à la consultation pour ce motif. Le travail que leur lecture, leur tri et leur caviardage impliquait était disproportionné et leur communication pouvait mettre en péril les intérêts patrimoniaux de l'État, étant précisé que l'intérêt de ce dernier et des contribuables à recouvrer une créance de plus de CHF 20'000'000.- était prépondérant.

- 36) Par acte expédié le 14 septembre 2016, M. A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision, concluant à son annulation et à ce qu'il soit ordonné au département et à la commission des finances de lui donner accès à l'intégralité de son dossier personnel, y compris les procès-verbaux de commissions le concernant ainsi que la correspondance, les préavis, les prises de position, les instructions, les consignes et les décisions le concernant émanant de la fondation, de la commission de surveillance, de la commission des finances et/ou du service du contentieux de l'État de 2000 à 2013, ainsi qu'à toutes les directives, instructions, conditions-cadre ou autres consignes émises, sous quelque forme que ce soit, par la fondation, la commission de contrôle, la commission des finances, le service du contentieux de l'État, la direction générale des finances de l'État et/ou le Conseil d'État de 2001 à 2013 relatives à la pratique et aux

conditions applicables aux abandons (totaux ou partiels) de créances, en particulier s'agissant des créances cédées par la BCGE à la fondation, à laquelle avait succédé l'État, et à l'octroi d'une indemnité de procédure. Subsidiairement, il concluait à l'annulation de la décision entreprise et au renvoi de la cause au département pour nouvelle décision au sens des considérants et à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Sous l'angle du droit à la protection des données, il pouvait consulter les pièces de son dossier, ce d'autant que le préposé cantonal avait constaté qu'il contenait différents types de documents le concernant directement et que le département ne pouvait invoquer aucune restriction au droit d'accès. En tout état de cause, le département avait agi dans le cadre de ses tâches publiques. Il n'existait au demeurant pas de restriction au droit d'accès apportée par la procédure civile en cours, qui n'était d'aucune manière contournée par sa demande, le juge civil étant seul compétent pour trancher la question de la recevabilité de nouvelles pièces. Il ne comprenait pas en quoi les intérêts patrimoniaux de l'État seraient mis en péril par la consultation de son dossier. Il n'existait ainsi aucun intérêt public et privé qui s'opposait à sa requête, étant précisé que les restrictions au droit d'accès invoquées par le département ne s'appliquaient pas aux données personnelles le concernant mais avaient uniquement trait au principe de la transparence, non pertinent dans ce cas. C'était à tort que le préposé cantonal avait refusé sa requête s'agissant des procès-verbaux de la commission de surveillance du Grand Conseil ou de la commission des finances, les dispositions de la loi réglementant cette autorité ne constituant pas un obstacle au droit d'accès. Il ne pouvait à plus forte raison en aller autrement des procès-verbaux qui le concernaient directement.

Il était incontestable que la fondation, déclarée de droit public, financée par l'État et soumise à la surveillance du Grand Conseil, dont les droits et obligations avaient ensuite été repris par l'État, poursuivait une tâche publique, en particulier celle de limiter les pertes, pour l'État et le contribuable, des créances cédées par la BCGE qui avaient été provisionnées sur le budget de l'État. L'affirmation du département, selon laquelle il n'existait pas d'autres documents que ceux transmis à l'appui de l'accord partiel était en contradiction avec les informations reçues par son précédent conseil en 2012, selon lesquelles une nouvelle directive imposait à l'État de ne pas entrer en matière sur les abandons de créances à moins du paiement d'un dividende minimal de l'ordre de 10 à 15 %. Dans ce cadre, même minutieux, le travail effectué par le préposé cantonal devait être relativisé, dès lors qu'il s'était limité à examiner les documents que lui avait remis le département, lequel était à l'origine de la procédure civile dont il faisait l'objet.

37) a. Le 7 novembre 2016, le département a conclu au rejet du recours.

En vertu du principe de la séparation des pouvoirs, sa décision n'engageait pas les services du Grand Conseil, en particulier en lien avec l'accès aux procès-verbaux de la commission de contrôle ou de la commission des finances.

En l'absence de tâche publique, M. A_____ ne pouvait prétendre à accéder aux documents sollicités. Il détenait le dossier de l'intéressé en sa qualité de successeur universel de la fondation, dans le cadre de l'opération de sauvetage de la BCGE et suite à l'acquisition d'actions, nominatives et au porteur, de la banque, qui avaient été inscrites dans le bilan de l'État au patrimoine financier. Les actifs ainsi transférés consistaient en des créances résultant de crédits bancaires et relevaient du droit privé, l'activité de la fondation ayant consisté à recouvrer des créances par-devant les juridictions civiles au même titre que n'importe quel justiciable. L'État agissait dans ce cadre à l'instar de tout actionnaire privé pour la sauvegarde de son patrimoine financier qu'une faillite aurait mis à mal.

En tout état de cause, l'accès aux documents requis ne pouvait être admis au regard du secret de fonction et du devoir de confidentialité auxquels étaient soumis les membres du Grand Conseil et le personnel de la fondation. Par ailleurs, M. A_____ avait déposé devant le TPI une requête portant sur la production des mêmes pièces. Si le juge civil venait à rejeter sa requête, la présente procédure lui permettrait de contourner cette décision et, par là même, compliquer le recouvrement de la créance de l'État et mettre en péril ses intérêts patrimoniaux légitimes. L'accès aux extraits des procès-verbaux des commissions du Grand Conseil devait également être refusé, en application des dispositions de la loi portant règlement de celui-ci, qui dérogeait au principe de la transparence. Il n'existait au demeurant aucune directive cachée, contrairement à ce qu'affirmait M. A_____ sans le démontrer autrement que par un courrier de son ancien avocat.

b. Le département a annexé à ses écritures :

- la requête en production de pièces déposée par M. A_____ par-devant le TPI dans la cause n° C/_____/2012 le 31 juillet 2015, aux termes de laquelle il sollicitait les mêmes pièces que celles requises dans son courrier du 12 août 2015 adressé au secrétariat général du Pouvoir judiciaire ;
- la réponse du département du 28 août 2015, selon laquelle il s'opposait à la requête en production de pièces de M. A_____ au motif qu'elle était tardive, dès lors qu'il n'avait pas formulé ses offres de preuves au moment de la duplique.

- 38) Le 9 novembre 2016, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 13 janvier 2017, prolongé par la suite au 3 février 2017, pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger.
- 39) Dans ses observations du 3 février 2017, M. A_____ a persisté dans les termes et conclusions de son recours. Il précisait que sa demande visait l'accès aux documents qui se trouvaient potentiellement tant en mains du département, qu'en celles du Grand Conseil et de ses commissions ou encore du service du contentieux de l'État. Dans la mesure où, lors de la médiation, le département avait indiqué qu'il détenait l'ensemble des pièces, sous réserve des procès-verbaux du Grand Conseil, il avait seul été invité à rendre une décision par le préposé cantonal.
- 40) Le département ne s'est pas manifesté à l'issue du délai imparti.
- 41) Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 60 al. 1 de la loi sur l'information du public et l'accès aux documents du 5 octobre 2001 - LIPAD - A 2 08).
- 2) La LIPAD régit l'information relative aux activités des institutions et la protection des données personnelles (art. 1 al. 1 LIPAD). Elle poursuit deux objectifs, à savoir, d'une part, favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique ainsi que, d'autre part, protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant (art. 1 al. 2 let. a et b LIPAD).

La LIPAD comporte deux volets. Le premier concerne l'information du public et l'accès aux documents ; il est réglé dans le titre II (art. 5 ss LIPAD). Le second porte sur la protection des données personnelles, dont la réglementation est prévue au titre III (art. 35 ss LIPAD). À l'origine, elle se limitait au seul aspect de l'information du public et de l'accès aux documents (MGC 2000 45/VIII 7641 ss et MGC 2001 49/X 9678 ss relatifs au projet de loi 8'356 sur l'information du public et l'accès aux documents ; ATA/213/2016 du 8 mars 2016 ; ATA/767/2014 du 30 septembre 2014). Le volet portant sur la protection des données personnelles résulte d'un deuxième processus législatif initié, le 7 juin 2006, par le dépôt d'un projet de loi 9'870 sur la protection des données personnelles (MGC 2005-2006 X A 8448 ss), qui est devenu, au cours des travaux législatifs,

un projet visant à modifier la LIPAD en y intégrant le volet relatif à la protection des données personnelles (MGC 2007-2008 XII A 14079 ss, en particulier 14137 ss).

La LIPAD s'applique notamment aux pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire cantonaux, ainsi qu'à leurs administrations et aux commissions qui en dépendent (art. 3 al. 1 let. a LIPAD).

- 3) a. En tant qu'elle régit l'information relative aux activités des institutions, la LIPAD prévoit que toute personne a accès aux documents en possession de celles-ci, sauf exception (art. 24 al. 1 LIPAD). Les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique, à savoir notamment les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions (art. 25 al. 1 et 2 LIPAD). Le document doit avoir un contenu informationnel, c'est-à-dire contenir un élément de connaissance ou un renseignement, quelle qu'en soit la nature, à condition toutefois qu'il concerne l'accomplissement d'une tâche publique, à savoir une activité étatique ou para-étatique (art. 1 LIPAD ; MGC 2000 45/VIII 7641 p. 7693 ; ATA/1003/2016 du 29 novembre 2016).
- b. Relèvent du patrimoine administratif de l'État toutes les choses publiques servant directement, c'est-à-dire par leur utilisation en tant que telle, à remplir une tâche publique. En font partie les immeubles qui abritent les écoles, les hôpitaux, les gares, les musées, les bibliothèques et, de manière générale, les établissements publics et les services administratifs de l'État (ATF 143 I 37 consid. 6.1 ; 138 I 274 consid. 2.3.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_719/2016 du 24 août 2017 consid. 3.3.1 ; 4A_250/2015 du 21 juillet 2015 consid. 4.1 ; 1C_379/2014 du 29 janvier 2015 consid. 5.3). La gestion du patrimoine administratif a pour but la réalisation de tâches publiques (ATA/495/2014 du 24 juin 2014 confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_379/2014 précité). Appartiennent en revanche au patrimoine financier de l'État les biens qui ne servent qu'indirectement, soit grâce à leur valeur en capital et à leur rendement, à remplir des tâches publiques et pouvant, à ce titre, produire un revenu, voire être réalisés. Les biens appartenant au patrimoine financier sont en principe gérés selon le droit privé (ATF 103 II 227 consid. 3 ; arrêts du Tribunal fédéral 4A_250/2015 précité consid. 4.1 ; 5A_78/2011 du 15 juin 2011 consid. 2.3.2). Lorsque l'État gère son patrimoine financier, il agit comme un particulier et n'accomplit pas une tâche publique (arrêts du Tribunal fédéral 4A_250/2015 précité consid. 4.1 ; 1C_379/2014 précité consid. 5.3).

Les banques cantonales poursuivaient à l'origine des buts d'intérêt public ou d'utilité publique, en contribuant au développement de l'agriculture, de l'industrie et de l'économie du canton. Avec le temps, elles ont toutefois évolué vers l'activité d'une banque universelle et se sont concentrées de manière prioritaire

sur la recherche de profits, leurs tâches étant devenues comparables à celles des banques commerciales privées. Indépendamment de leur forme juridique, de leur capital et de leur revenu, elles font ainsi partie du patrimoine financier de l'État, raison pour laquelle elles ne sont d'ailleurs pas exonérées du paiement de l'impôt fédéral direct (ATF 127 II 113 consid. 8 ; Piermarco ZEN-RUFFINEN, Droit administratif, partie générale et éléments de procédure, 2^{ème} édition, 2013, p. 209, n° 853).

- 4) a. En l'espèce, le recourant requiert l'accès à toutes les directives, instructions, conditions-cadres ou autres consignes émises par diverses autorités relatives à la pratique et aux conditions applicables aux abandons, totaux ou partiels, de créances, en particulier s'agissant des créances cédées par la BCGE à la fondation, à laquelle a succédé l'État.
- b. Il ressort du dossier que, suite à la médiation du préposé cantonal et à l'accord partiel intervenu entre les parties, le département a transmis au recourant l'instruction SCE-02-02_v4 ainsi que l'instruction du 5 mai 2010. Ces documents traitent en particulier des principes applicables aux abandons de créances en des termes identiques. Selon les constatations du préposé cantonal, dont il n'y a pas lieu de douter, ces principes sont les mêmes que ceux appliqués en son temps par la fondation, ce que la lecture du document remis par le président de la fondation à la commission chargée d'étudier le PL 9'926 atteste au demeurant.

Le recourant allègue que d'autres documents traiteraient de l'abandon de créances. Il n'étaie toutefois ses affirmations par aucun élément concret, se contentant de se référer au courrier de son précédent conseil du 30 mars 2012 adressé à la commission des finances. Dans cette lettre, son auteur se limite toutefois à relater l'existence d'une nouvelle directive, dont il avait entendu parler, sans être certain de son contenu, comme il l'a indiqué, et sans requérir sa production. Le recourant n'a du reste pas versé au dossier la réponse de la commission des finances, pas davantage que d'autres pièces, étant précisé qu'il n'apparaît s'être soucié de l'existence d'un tel document qu'en 2015, dans le cadre de la procédure civile intentée contre lui par le département en vue du recouvrement de la créance qu'il restait devoir à l'État en vertu de l'accord du 6 mai 2002, alors que cet accord avait été dénoncé en avril 2010 déjà.

Par ailleurs, il ressort des constatations du préposé cantonal, qu'il n'y a pas lieu de remettre en cause étant donné qu'il a procédé à l'examen des documents en mains de l'autorité intimée, que, malgré l'existence de nombreuses directives établies par la fondation, une seule portait sur l'abandon de créances, dont le contenu avait été repris par l'instruction SCE-02-02_v4. La Cour des comptes n'est pas arrivée à une autre conclusion dans son rapport du 16 octobre 2008, puisqu'elle a également relevé l'existence de plusieurs instructions rédigées par le service juridique de la fondation, une seule ayant trait aux abandons de créances et

concernait la soumission pour avis à la commission de contrôle, la décision relevant de la compétence du conseil de fondation.

Il n'existe dès lors aucun élément permettant d'admettre l'existence d'autres documents en matière d'abandons de créances que ceux transmis par le département au recourant le 28 juin 2016.

c. En tout état de cause, les documents auxquels le recourant requiert l'accès n'apparaissent pas avoir trait à l'accomplissement d'une tâche publique au sens de l'art. 25 al. 1 LIPAD. Bien que la BCGE ait été constituée sous la forme d'une société anonyme de droit public dont l'État détenait l'ensemble des actions nominatives, puis par la suite une partie de celles au porteur, l'activité exercée est celle d'une banque universelle axée sur la recherche de profits, à l'instar de n'importe quel autre établissement bancaire, en particulier s'agissant de l'octroi de crédits pour l'acquisition de biens immobiliers, comme en a bénéficié le recourant dans les années 1980. La fondation s'est, par la suite, vu transférer les actifs de la BCGE dans le but de les gérer, de les valoriser et de les réaliser afin de contribuer à l'assainissement de la banque selon la loi 8'194. Ses activités se plaçaient ainsi dans la continuité de celles de la BCGE en se séparant des crédits à risque contractés par cette dernière, comme la banque aurait pu le faire, et à les réaliser au meilleur prix. L'activité de la fondation ne s'inscrivait dès lors pas directement dans la poursuite d'une tâche publique, même si, au final, le résultat, indirect, consistait à réduire la perte à la charge de l'État. Cette situation se serait d'ailleurs présentée de la même manière si la BCGE avait elle-même réalisé ses actifs à risque. La même situation s'est présentée dès la dissolution de la fondation et le transfert des dossiers à l'État en tant que successeur universel de celle-ci par la loi 10'202, lequel a d'ailleurs tenté de recouvrer la créance qu'il avait à l'encontre du recourant devant le TPI.

d. C'est dès lors à juste titre que le département a refusé au recourant l'accès aux documents sollicités, étant précisé qu'il n'appartient pas à la chambre de céans de se prononcer sur les documents en mains du Grand Conseil, question qui dépasse l'objet du litige.

5) Autre est la question de savoir si le recourant peut avoir accès à son dossier personnel sur la base du titre III de la LIPAD.

Les institutions publiques ne peuvent traiter des données personnelles que si, et dans la mesure où, l'accomplissement de leurs tâches légales le rend nécessaire (art. 35 al. 1 LIPAD). Par données personnelles ou données, la LIPAD vise toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable (art. 4 let. a LIPAD). Sont des données personnelles sensibles en particulier celles ayant trait aux poursuites (art. 4 let. b ch. 4 LIPAD). Par ailleurs, constitue un traitement de ces données toute opération relative à celles-ci, quels que soient les moyens et procédés

utilisés, notamment leur collecte, conservation, exploitation, modification, communication, archivage ou destruction (art. 4 let. e LIPAD). La communication est définie comme le fait de rendre accessibles des données personnelles ou un document, par exemple en autorisant leur consultation, en les transmettant ou en les diffusant (art. 4 let. f LIPAD).

Les art. 44 ss LIPAD règlent les droits de la personne concernée, notamment le droit d'accès aux données la concernant. L'art. 44 LIPAD prévoit en particulier que toute personne physique ou morale de droit privé justifiant de son identité peut demander par écrit aux responsables désignés en vertu de l'art. 50 al. 1 LIPAD si des données la concernant sont traitées par des organes placés sous leur responsabilité (al. 1). Sous réserve de l'art. 46 LIPAD, le responsable doit lui communiquer (al. 2) toutes les données la concernant contenues dans un fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données (let. a), sur demande, les informations relatives au fichier considéré contenues dans le catalogue des fichiers (let. b). La satisfaction d'une demande impliquant un travail disproportionné peut être subordonnée au paiement préalable d'un émolument (al. 3). L'accès aux données personnelles ne peut être refusé que si un intérêt public ou privé prépondérant le justifie, en particulier lorsqu'il rendrait inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives ou que la protection de données personnelles sensibles de tiers l'exige impérativement (art. 46 al. 1 let. a et b LIPAD). Un accès partiel ou différé doit être préféré à un refus d'accès dans la mesure où l'intérêt public ou privé opposé reste sauvegardé (art. 46 al. 2 LIPAD).

La communication de ces données et informations doit être faite sous une forme intelligible et, en règle générale, par écrit et gratuitement (art. 45 LIPAD). Toutefois, la satisfaction d'une demande impliquant un travail disproportionné peut être subordonnée au paiement préalable d'un émolument (art. 44 al. 3 LIPAD).

L'art. 47 al. 2 LIPAD a trait aux prétentions des personnes concernées, qui, sauf disposition légale contraire, ont le droit, à propos des données les concernant, que les institutions publiques détruisent celles qui ne sont pas pertinentes ou nécessaires (let. a), rectifient, complètent ou mettent à jour celles qui sont respectivement inexactes, incomplètes ou dépassées (let. b), fassent figurer, en regard de celles dont ni l'exactitude ni l'inexactitude ne peuvent être prouvées, une mention appropriée, à transmettre également lors de leur communication éventuelle (let. c), s'abstiennent de communiquer celles qui ne répondent pas aux exigences de qualité (let. d), publient leur décision prise suite à leur requête ou la communiquent aux institutions publiques ou tiers ayant reçu de leur part des données ne répondant pas aux exigences de qualité (let. e).

- 6) En l'espèce, le recourant requiert l'accès à l'entier de son dossier personnel s'agissant des documents le concernant détenus par le département en qualité de successeur universel de la fondation.

Bien que le préposé cantonal ait recommandé à l'autorité intimée de le laisser accéder à son dossier, il n'en demeure pas moins que, par ce biais, le recourant tente d'avoir accès non pas à ses données personnelles en vue d'utiliser les droits que lui confère la LIPAD à ce titre, en particulier pour les rectifier, les compléter ou les mettre à jour, mais bien d'avoir accès à ces documents en application du principe de la transparence, ce qui lui a été refusé, conformément aux développements susmentionnés. Ce faisant, le recourant contourne la finalité de la LIPAD en tentant par ce biais d'obtenir des informations dont il pourrait se voir refuser l'accès par le TPI dans le cadre de la procédure civile l'opposant à l'autorité intimée. Il se justifie ainsi pour ce motif également de refuser au recourant l'accès à son dossier en application de l'art. 46 al. 1 LIPAD, l'intéressé ayant sollicité de la justice civile, avant d'introduire la présente procédure, la production des mêmes documents.

- 7) Il s'ensuit que le recours sera rejeté.
- 8) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 14 septembre 2016 par Monsieur A_____ contre la décision du département des finances du 8 août 2016 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge de Monsieur A_____ ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Nicolas Jeandin, avocat du recourant, au département des finances, ainsi qu'au préposé cantonal à la protection des données et à la transparence pour information.

Siégeant : Mme Junod, présidente, M. Thélin, Mme Krauskopf, MM. Pagan et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :