



Demande d'accès à un rapport d'audit de conformité en lien avec les frais professionnels de la Ville de Genève

Recommandation du 11 novembre 2019

I. Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence constate:

1. Par courrier du 26 septembre 2019, M. A. journaliste [REDACTED], a saisi le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après le Préposé cantonal) d'une demande de médiation.
2. Il explique avoir, le 23 août 2019, écrit au Conseil administratif de la Ville de Genève pour obtenir un document intitulé "Rapport d'audit de conformité en lien avec les frais professionnels de la Ville de Genève", établi le 5 décembre 2018 et relevant, selon lui, d'un intérêt public.
3. Était fourni à l'appui de sa requête la réponse de la Ville de Genève datée du 17 septembre 2019, dans laquelle il est notamment indiqué: *"Après étude du dossier et des dispositions légales applicables, nous vous informons qu'il n'est malheureusement pas possible de faire droit à votre requête. Il ressort de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (ci-après LIPAD), que le droit d'accès institué par la LIPAD est exclu, en particulier lorsque cet accès est propre à entraver le processus décisionnel d'une institution, à compromettre le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par la loi, à rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives, ou encore à rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers (art. 26 al. 2 let. c à f de la LIPAD). En l'occurrence, le document dont vous sollicitez l'accès est tout d'abord un audit comportant un certain nombre de données personnelles sur les employé-e-s de la Ville de Genève; pour ce motif déjà, sa consultation est exclue. Ensuite, dès sa délivrance aux seules personnes autorisées, ce rapport a fait l'objet d'une divulgation partielle illicite, ce qui a conduit au dépôt d'une plainte puis à l'ouverture d'une procédure pénale pour violation du secret de fonction; le dossier du Ministère public s'y rapportant est pour l'heure soumis au secret. Enfin, le contenu de l'audit sert encore de fondement à des prises de décisions régulières de la part de notre Conseil; une éventuelle divulgation du document ne manquerait pas de compromettre ce processus décisionnel. Compte tenu des éléments qui précèdent et des dispositions légales susmentionnées, la Ville de Genève se voit dans l'obligation de refuser l'accès au rapport d'audit cité en marge"*.
4. La médiation a eu lieu le 31 octobre 2019, en présence de Mme B., journaliste [REDACTED], Mme C., conseillère juridique [REDACTED] M. Olivier Georges Burri, secrétaire général adjoint et responsable LIPAD de la Ville de Genève, M. D., juriste à la Ville de Genève, et de la Préposée adjointe.
5. Elle n'a pas abouti.
6. Suite à sa demande, le Préposé cantonal a reçu copie du document querellé le 1^{er} novembre 2019.

II. Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence observe en droit:

7. En édictant la LIPAD, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2002, le législateur a érigé la transparence au rang de principe aux fins de renforcer tant la démocratie que le contrôle de l'administration, valoriser l'activité étatique et favoriser la mise en œuvre des politiques publiques (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII 7671 ss).
8. S'agissant de son volet relatif à l'accès aux documents en mains des institutions publiques, la LIPAD a ainsi pour *"but de favoriser la libre information de l'opinion et la participation à la vie publique"* (art. 1 al. 2 litt. a LIPAD).
9. A ce propos, l'exposé des motifs relatif à l'avant-projet (PL 8356) relève: *"La transparence des activités étatiques et para-étatiques visée par la LIPAD a pour finalité de favoriser la libre formation de l'opinion publique et la participation des citoyens à la vie publique. En raison de l'importance que les collectivités publiques ont prises dans la vie moderne, une transparence accrue dans leur fonctionnement est de nature à permettre une meilleure formation de l'opinion publique. Elle est propre également à renforcer l'intérêt des citoyens pour le fonctionnement des institutions et à les inciter à mieux s'investir dans la prise des décisions démocratiques. Dans une démocratie semi-directe, qui appelle fréquemment les citoyens aux urnes sur les sujets les plus variés, la recherche d'une participation accrue grâce à une opinion publique librement formée présente un intérêt majeur"*.
10. Toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la loi (art. 24 al. 1 LIPAD). L'accès aux documents comprend la consultation sur place et l'obtention de copies des documents (art. 24 al. 2 LIPAD).
11. Il n'est pas nécessaire de motiver la demande (art. 28 al. 1 LIPAD). Le droit d'accès aux documents est ainsi un droit reconnu à chacun, sans restriction liée notamment à la démonstration d'un intérêt digne de protection.
12. Les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution publique contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique (art. 25 al. 1 LIPAD).
13. Sont notamment des documents les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions (art. 25 al. 2 LIPAD).
14. 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 (art. 25 al. 3 LIPAD).
15. 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 loi (art. 25 al. 4 LIPAD).
16. Le principe de transparence n'est pas absolu. L'accès aux documents est restreint par différentes exceptions s'il existe un intérêt prépondérant au maintien du secret prévu à l'art. 26 LIPAD.
17. Sont notamment soustraits au droit d'accès institué par la LIPAD les documents dont l'accès est propre à entraver notablement le processus décisionnel ou la position de

négociation d'une institution (art. 26 al. 2 litt. c LIPAD). L'exposé des motifs à l'appui du PL 8356 avance à cet égard: *"La sauvegarde du processus décisionnel représente une exception classique au droit d'accès aux documents. Il s'agit de préserver la faculté des organes et administrations des institutions de réfléchir, de consulter, de rédiger plusieurs projets d'une éventuelle décision avant d'arrêter son choix. Plutôt que de supprimer purement et simplement l'accès à des documents préparatoires tant que la décision n'a pas été prise, la formule retenue limite le refus d'accès aux documents relatifs à une décision en préparation au cas où une telle communication serait de nature à entraver notablement le processus décisionnel, par souci de ne pas vider le principe de la transparence de sa substance. Il importe également que la communication de documents ne compromette pas des négociations en cours, que ce soit sur un plan purement politique (par exemple dans le cadre de discussions avec les représentants de la fonction publique), sur le plan de relations avec d'autres institutions ou collectivités publiques, sur le plan de relations de droit public (par exemple en matière d'octroi de concessions) ou encore sur le plan de relations contractuelles soumises au droit privé"*.

18. En outre, sont également exclus du droit d'accès les documents dont l'accès est propre à compromettre l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par la loi (art. 26 al. 2 litt. d LIPAD) ou à rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives (art. 26 al. 2 litt. e LIPAD). L'exposé des motifs à l'appui du PL 8356 précise: *"Ces deux dispositions s'inscrivent dans le droit fil d'autres dispositions de la LIPAD relatives au pouvoir judiciaire et aux autorités de police, dans la mesure où les activités de ces institutions se trouvent pour l'essentiel régies par des lois spécifiques. Ces deux dispositions établissent ainsi un joint entre la LIPAD et ces lois, qui sont notamment la loi sur l'organisation judiciaire et les lois de procédure, en particulier le code de procédure pénale. Les enquêtes dont il est question à la lettre d peuvent toutefois aussi être des enquêtes disciplinaires menées à l'égard de membres du personnel de la fonction publique. En combinaison avec la lettre e visant notamment la loi sur la procédure administrative, il peut également s'agir des nombreuses enquêtes que l'application des lois peut commander de mener"*.
19. Enfin, l'accès aux documents doit être refusé s'il est propre à rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers (art. 26 al. 2 litt. f LIPAD). Cette lettre constitue un renvoi à l'art. 39 al. 9 LIPAD (ATA/758/2015 du 28 juillet 2005 consid. 9b; ATA/767/2014 du 30 septembre 2014 consid. 3c; ATA/919/2014 du 25 novembre 2014 consid. 4b). Or, selon l'art. 39 al. 9 LIPAD, la communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé n'est possible, alternativement, que si une loi ou un règlement le prévoit explicitement (litt. a) ou qu'un intérêt privé digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose (litt. b). Selon l'exposé des motifs relatif au PL 8356: *"La lettre f coordonne quant à elle l'application de la LIPAD avec la législation (au sens large) sur la protection des données personnelles, dont l'application est d'ailleurs également réservée par l'article 2, alinéa 4 LIPAD"*.
20. 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 la communication. 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 (art. 27 al. 1 et 2 LIPAD).

21. En ce qui concerne particulièrement la procédure d'accès aux documents, en application de l'art. 30 al. 1 LIPAD, toute personne peut déposer une demande en médiation lorsque sa demande n'est pas honorée ou lorsque l'autorité tarde à répondre.
22. Le Préposé cantonal mène la procédure de médiation de manière informelle, en recueillant la position des institutions et des personnes concernées sur le document demandé et sur son accès, selon un mode de communication adapté à la complexité de la requête et conformément au principe d'économie de procédure. Il entend les parties et peut les réunir. Il s'efforce de les amener à un accord. Il leur soumet, si nécessaire, des propositions (art. 10 al. 8 et 9 RIPAD).
23. Dans ces limites, c'est au Préposé cantonal qu'il incombe de déterminer les modalités de la médiation. Dans leur pratique, le Préposé cantonal et la Préposée adjointe organisent des rencontres de médiation lors desquelles ils font signer aux participants un engagement à la médiation qui souligne la confidentialité du processus. Ce document est également signé par la personne qui représente le Préposé cantonal durant la procédure (soit le Préposé cantonal, soit la Préposée adjointe).
24. S'agissant des parties à la médiation, il y a toujours d'un côté une institution publique cantonale ou communale genevoise, soit l'entité auprès de laquelle l'accès au document est sollicité, et de l'autre le demandeur.
25. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
26. Dans ce cadre, il doit veiller à ne rien divulguer des échanges survenus au cours de la procédure de médiation, ni dévoiler le contenu des documents dont la transmission est contestée. La recommandation doit être rédigée dans le respect des institutions et de la personnalité des personnes et institutions concernées (art. 10 al. 11 RIPAD).
27. Le Préposé cantonal et la Préposée adjointe, dans le souci de garantir un double regard neutre, impartial et indépendant sur la situation portée à leur connaissance, ont fait le choix de traiter séparément le processus de médiation proprement dit de la rédaction de la recommandation en faisant de sorte que lorsque c'est le Préposé cantonal qui veille à la médiation, c'est la Préposée adjointe qui rédige la recommandation et inversement.

III. Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence considère:

28. A teneur de l'art. 1 al. 1 de la loi sur l'administration des communes du 13 avril 1984 (LAC; RSGe B 6 05), la Ville de Genève est l'une des 45 communes du canton de Genève. De la sorte, elle est soumise à la LIPAD, conformément à son art. 3 al. 1 litt. b.
29. En premier lieu, la Ville de Genève refuse l'accès à l'audit querellé, car il contiendrait un "*certain nombre de données personnelles sur les employé-e-s de la Ville de Genève*". L'art. 26 al. 2 litt. f LIPAD renvoie à l'art. 39 al. 9 LIPAD s'agissant de la possibilité de divulguer à une personne de droit privé des documents contenant des données personnelles. Cette dernière norme requiert l'existence d'un intérêt privé digne de protection du requérant, devant être mis en balance avec l'intérêt privé des personnes au sujet desquelles lesdites données sont traitées. Présentement, cette opération n'a pas lieu d'être, car les seules données personnelles du rapport sont les noms et prénoms de ses 64 destinataires qui figurent en première page et qui

peuvent aisément être caviardées. De la sorte, l'exception de l'art. 26 al. 2 litt. f LIPAD doit être écartée.

30. Le deuxième motif de refus de la Ville de Genève réside dans la plainte pour violation du secret de fonction et à l'ouverture de la procédure pénale qui s'en est suivie (art. 26 al. 2 litt. c et d LIPAD).
31. L'art. 7 al. 2 litt. c RIPAD précise qu'est notamment soustrait au droit d'accès "*tout document par ailleurs couvert par un autre secret protégé par le droit fédéral, une loi ou un règlement*".
32. A Genève, plusieurs dispositions légales consacrent le secret de fonction (art. 9A de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 – LPAC/RSGe B 5 05; art. 120A de la loi sur l'instruction publique du 6 novembre 1940 – LIP/RSGe C 1 10; art. 32A de la loi sur l'université du 26 mai 1973 – LU/RSGe C 1 30; art. 17 de la loi sur les renseignements et les dossiers de police et la délivrance du certificat de bonne vie et mœurs du 29 septembre 1977 – LCBVM/RSGe F 1 25; art. 9 de la loi sur l'organisation et le personnel de la prison du 21 juin 1984 – LOPP/RSGe F 1 50; art. 9 de la loi sur les établissements publics médicaux du 19 septembre 1980 – LEPM/RSGe K 2 05).
33. La violation du secret de fonction est sanctionnée par l'art. 320 CP. A ce propos, l'exposé des motifs à l'appui du PL 8356 relève: "*Cette disposition pénale fédérale vise principalement à assurer le bon fonctionnement des autorités et administrations, mais accessoirement aussi à protéger les administrés dont des données sont détenues par des autorités et administrations. Les membres des autorités et du personnel de la fonction publique ne sont soumis au secret de fonction sanctionné par l'article 320 du code pénal suisse qu'à l'égard des informations « secrètes », soit de celles qu'ils n'ont pas le droit de communiquer (sans préjudice de l'examen, le cas échéant dans un second temps, du point de savoir s'ils peuvent se prévaloir d'un fait justificatif, tel que le devoir de fonction ou, suivant les cas, du consentement du privé dont l'intérêt est protégé par le secret de fonction). Cette matière se trouve influencée par le droit administratif cantonal. C'est en effet principalement au regard des dispositions prévues ou réservées par la LIPAD – conçues de façon à protéger au minimum les intérêts privés que l'article 320 du code pénal suisse entend protéger – que le caractère « secret » ou non des informations en possession des institutions doit être défini et, partant, que l'existence ou non d'une violation du secret de fonction devra être déterminée. [...] Sans pouvoir échapper pour autant à une définition des exceptions au droit et au devoir d'informer qui soit faite en termes généraux et abstraits (et qui soit donc sujette à interprétation), il est logique de faire référence à la LIPAD pour délimiter le secret de fonction des membres des autorités et des fonctionnaires appartenant aux institutions soumises à la LIPAD. Dans certains cas, il est opportun de permettre d'étendre ou préciser la notion de secret, par exemple en stipulant que les membres de tribunaux ou de commissions doivent garder le secret sur les délibérations intervenues en leur sein ou en habilitant la hiérarchie à conférer un caractère secret à des informations par le biais d'instructions (notamment pour la police et le personnel de la prison*".
34. Pour la Chambre administrative, concernant une procédure pénale, "*le législateur est parti du principe que la divulgation d'informations au stade des actes préalables d'instruction était propre à entraver le déroulement de celle-ci et a ainsi décrété que ces actes étaient secrets*" (ATA/297/2004 du 6 avril 2004 consid. 4). Le Préposé cantonal a retenu cette exception dans le cadre d'une demande d'accès à des procès-verbaux relatifs à des délibérations dans le cadre de marchés publics et dont

le contenu pouvait être pertinent pour le déroulement d'une enquête pénale en cours. Il a donc recommandé (<https://www.ge.ch/ppdt/doc/documentation/Recommandation-22-aout-2018.pdf>) de refuser l'accès aux documents requis.

35. Le présent cas diffère cependant. La lecture de l'audit fait apparaître que ce n'est pas le contenu de ce dernier qui semble pertinent pour la procédure pénale initiée pour violation du secret de fonction, mais bien les noms des personnes à qui le document a été transmis en copie, afin, précisément, de trouver la ou les personnes qui auraient, par hypothèse, violé le secret de fonction.
36. Certes, il est expressément précisé que le rapport est "*strictement confidentiel*". Cela étant, s'il était suffisant de mentionner cela pour échapper à la transparence, le mécanisme prévu par la LIPAD serait vidé de sa substance.
37. Ainsi, au vu de ce qui précède, les exceptions de l'art. 26 al. 2 litt. d et e LIPAD ne doivent pas être retenues.
38. Enfin, pour la Ville de Genève, le contenu de l'audit servirait encore de fondement à des prises de décisions régulières si bien qu'une éventuelle divulgation du document ne manquerait pas de compromettre ce processus décisionnel.
39. Dans l'ATA/647/2007 du 18 décembre 2007, le Tribunal administratif a retenu que le fait que l'émetteur du rapport n'ait plus la maîtrise du processus décisionnel, entièrement concentré dans les mains du destinataire et que le rapport date de plus de deux ans sans qu'une décision n'ait été prise à son sujet, sont des éléments plaidant en faveur de la publicité dudit rapport, car on ne voit pas quel processus décisionnel pourrait être entravé par sa remise. Il a ajouté que "*l'idée du législateur est d'éviter que l'administration soit mise sous une pression publique trop forte qui l'empêcherait ainsi de se forger une opinion en toute objectivité et sérénité*", ce qui n'était pas le cas en l'espèce (ATA/647/2007 du 18 décembre 2007).
40. Dans la présente affaire, le Préposé cantonal remarque que le rapport remonte à près d'un an (5 décembre 2018). Or ce laps de temps devait être suffisant à la Ville de Genève pour prendre les décisions nécessaires. Cela est confirmé par le plan d'action, lequel mentionne un certain nombre d'actions à accomplir, mais à une seule reprise l'indication d'une échéance, soit "*fin 2019*". L'absence d'autres échéances ne saurait conduire à une non-divulgation *ad aeternam*, pas plus d'ailleurs que le refuge de "*prises de décisions régulières*".
41. En conséquence, l'exception de la sauvegarde du processus décisionnel (art. 26 al. 2 let. c LIPAD) ne peut plus être invoquée aujourd'hui, puisqu'il faut considérer que l'audit susmentionné ne constitue plus un document préparatoire dont la communication serait de nature à entraver notablement le processus décisionnel. Elle n'est donc pas remplie en l'espèce.
42. Finalement, sans dévoiler la teneur du rapport, le Préposé cantonal rappelle que la transparence des institutions publiques est particulièrement importante dans les documents relatifs à la gestion financière des institutions, car la saine gestion des deniers publics est une question qui intéresse au premier chef les citoyennes et les citoyens. Dans le présent cas, l'on constate que les frais professionnels du personnel de la Ville de Genève touchent la gestion financière d'une institution de droit public. Ces informations pourraient sans nul doute favoriser la libre formation de l'opinion publique des citoyens et leur participation à la vie publique.

43. Au vu de ce qui précède, le requérant doit obtenir l'accès au document querellé, après caviardage des données personnelles.

RECOMMANDATION

44. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande à la Ville de Genève de transmettre au requérant le rapport d'audit de conformité en lien avec les frais professionnels de la Ville de Genève daté du 5 décembre 2019, caviardé des données personnelles contenues.

45. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation la Ville de Genève doit rendre une décision sur la communication des documents considérés (art. 30 al. 5 LIPAD).

46. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à :

- M. A, [REDACTED]
- M. Olivier Georges Burri, Responsable LIPAD de la Ville de Genève, Palais Eynard, Rue de la Croix-Rouge 4, 1204 Genève

Stéphane Werly
Préposé cantonal

Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence remercie par avance l'institution publique concernée de l'informer de la suite qui sera donnée à la présente recommandation.