



Demande d'accès à un avis de droit en possession de la Ville d'Onex formulée par Me X.

Recommandation du 13 mars 2019

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

1. Par lettre recommandée du 27 avril 2018, reçue le jour suivant, Me X., agissant pour le compte de B., a adressé au Préposé cantonal une requête en médiation selon l'art. 30 LIPAD.
2. Cette requête faisait suite au refus de la Ville d'Onex de lui transmettre certains documents.
3. Le 9 février 2018, le précité avait requis de cette dernière, dans le contexte d'un important projet immobilier sur le territoire de la commune:
 - Tout courrier échangé avec la société Z. ainsi qu'avec la fondation A.;
 - Tout acte authentique, ou projet d'acte, relatif au projet immobilier impliquant la société Z. et la fondation A.;
 - Tout avis de droit qui aurait été rédigé concernant notamment la problématique des marchés publics;
 - L'ensemble des rapports à l'adresse du Conseil municipal concernant ce projet, ainsi que les délibérations y relatives;
 - Tout document comptable de la commune concernant ce projet d'aménagement;
 - Tous autres documents utiles.
4. Par courrier du 20 mars 2018, la Ville d'Onex a fait savoir à Me X. que la société Z. ainsi que la fondation A. s'opposaient la production de certains documents, en raison de clauses de confidentialité.
5. En date du 29 mars 2018, la Ville d'Onex a transmis à l'avocat quatre documents remis au Conseil municipal, à savoir:
 - Un rapport de commission du 1^{er} mars 2017;
 - Le projet de délibération n° 2162 du 6 septembre 2016;
 - Un rapport de commission du 19 septembre 2016;
 - La délibération n° 2162A du 11 octobre 2016.
6. Il était en outre indiqué que Z. s'opposait à la transmission des documents dont elle était signataire.
7. Par courrier du 19 avril 2018 adressé au requérant, la Ville d'Onex a transmis à l'avocat l'acte notarié de promesse de constitution de DDP (droit distinct et permanent de superficie), mais a refusé la remise d'un avis de droit de Me Y. et de tout autre document.

8. La médiation a eu lieu le 29 mai 2018. Elle a partiellement abouti.
9. Il a été convenu qu'une nouvelle séance serait agendée. Cette dernière s'est déroulée le 12 septembre 2018. Devant la position de la Ville d'Onex, Me X. s'est engagé à demander l'avis de droit de Me Y. auprès de la société Z., ce qu'il a fait par courrier du 20 septembre 2018.
10. En date du 25 février 2019, Me X., qui n'a pas obtenu satisfaction, s'est adressé au Préposé cantonal pour obtenir une recommandation concernant la transmission de l'avis de droit querellé.
11. Le 28 février 2019, le Préposé cantonal a fait parvenir à la commune un courriel sollicitant la consultation du document.
12. Le 4 mars 2019, le secrétaire général de la commune, a transmis l'avis de droit au Préposé cantonal. Il a tenu à préciser que *"la Ville d'Onex considère qu'il [l'avis de droit] ne lui appartient pas, et qu'il ne s'agit pas d'un document public au sens de l'art. 25 LIPAD. Si par impossible vous ne deviez pas avoir la même évaluation, nous considérons qu'il s'agit d'un document qui, ad minima, tombe sous le coup des exceptions de l'art. 26 LIPAD, notamment les lettres c), i) et j) de l'al. 2"*.

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

13. 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).
14. 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).
15. En 2008, la loi a fait l'objet d'une révision importante. Au volet relatif à la transparence, le domaine de la protection des données personnelles a été ajouté. A ce titre, la loi a pour but de *"protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant"* (art. 1 al. 2 litt. b LIPAD). Dans cette autre matière, la loi *"tend d'abord à favoriser le confinement des informations susceptibles de porter atteinte à la personnalité"* (Rapport de la Commission judiciaire et de la police chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat sur la protection des données personnelles (LPDP) (A 2 12) PL 9870-A, p. 5).
16. 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).
17. 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.
18. 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).

19. 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).
20. 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).
21. 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).
22. 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.
23. L'art. 26 al. 2 litt. c LIPAD envisage le cas d'un accès propre à entraver notablement le processus décisionnel ou la position de négociation d'une institution. Selon l'exposé des motifs relatif à l'avant-projet (PL 8356): *"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"*.
24. Sont également soustraites au droit d'accès institué par la LIPAD *"les notes échangées entre les membres d'une autorité collégiale ou entre ces derniers et leurs collaborateurs"* (art. 26 al. 3 LIPAD). L'art. 7 al. 3 litt. b LIPAD précise qu'il faut notamment comprendre par là les notes, avis de droit, correspondances, courriels, rapports et autres écrits échangés *"entre cadres supérieurs de la fonction publique ou collaborateurs de l'entourage immédiat des conseillers d'Etat et du chancelier d'Etat ainsi qu'entre ces cadres ou proches collaborateurs et les membres des collèges visés à la lettre a"*. L'exposé des motifs relatif à l'avant-projet (PL 8356) note à ce propos: *"En excluant purement et simplement du droit d'accès aux documents les notes échangées entre les membres d'autorités collégiales (comme le Conseil d'Etat et les exécutifs communaux) ainsi qu'entre eux et leurs collaborateurs, l'article 26, alinéa 3 renforce l'exception tirée du risque d'entrave notable au processus décisionnel mentionnée à l'article 26, alinéa 2, lettre c. Il s'agit de permettre la libre formation de l'opinion du collège gouvernemental, en mettant ses membres à l'abri des pressions auxquelles les exposerait la communication de leur opinion souvent provisoire formulée au stade antérieur à la prise collective de décisions. Comme il est admis que les séances du Conseil d'Etat et des exécutifs communaux doivent se tenir à huis clos (cf. art. 7 et 11 LIPAD), il faut préserver à ces autorités collégiales un espace de délibération et de préparation de leurs décisions collectives en dehors de tout regard extérieur. Le caractère catégorique de cette exception, en particulier le fait qu'une décision contraire de l'autorité collégiale elle-même ne soit pas réservée,*

se justifie par le souci d'engager chacun de ses membres dans le processus collégial et de les empêcher d'exercer un jeu de pouvoir des uns sur les autres sur la scène publique. Il s'agit aussi de permettre aux collaborateurs des membres d'autorités collégiales d'exprimer librement leurs opinions et propositions à l'intention de ces derniers".

25. L'art. 26 al. 2 litt. i LIPAD prévoit une autre exception, à savoir lorsque l'accès aux documents est propre à révéler des informations couvertes par des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, le secret fiscal, le secret bancaire ou le secret statistique. Sur ce point, l'exposé des motifs à l'appui du PL 8356 précise ce qui suit: *"L'exception tirée des différents secrets institués par la législation représente en réalité un cas particulier d'exceptions justifié par la protection de la sphère privée. Il apparaît néanmoins utile de faire une mention explicite des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, ainsi que, comme cela a été réclamé de plusieurs parts au cours de la procédure de consultation, du secret fiscal. Les institutions jouent un rôle important dans l'économie locale, en particulier par les commandes qu'elles passent et les travaux qu'elles adjugent. Les entrepreneurs ou autres fournisseurs de prestations entrant en contact avec elles doivent admettre d'emblée d'agir dans la transparence. Il importe néanmoins que de telles relations ne les mettent pas dans une situation d'infériorité par rapport à des concurrents en mettant ces derniers au bénéfice d'informations normalement confidentielles".*
26. Enfin, l'accès doit être refusé s'il est propre à 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 (art. 26 al. 2 litt. j LIPAD). L'exposé des motifs à l'appui du PL 8356 est muet à ce propos.
27. Pour autant que cela ne requière 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 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).
28. 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.
29. 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. Enfin, 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).
30. 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).

31. 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.
32. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
33. 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 LIPAD).
34. 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 :

35. La Ville d'Onex est l'une des communes du canton de Genève (art. 1 de la loi sur l'administration des communes, du 13 avril 1984, LAC – B 6 05). Elle fait partie des institutions publiques soumises à la LIPAD, la loi s'appliquant aux communes, à leurs administrations ainsi qu'aux commissions qui en dépendent (art. 3 al. 1 litt. b LIPAD).
36. La présente requête vise l'accès à un avis de droit daté du 23 février 2016 rédigé par un avocat de la place, à la demande de la société Z., en lien avec un projet immobilier et l'attribution d'un droit de superficie.
37. A titre liminaire, le Préposé cantonal constate que l'objection de la Ville d'Onex selon laquelle le document querellé ne lui appartient pas et qu'il ne s'agit pas d'un document public n'est pas pertinente. En effet, quand bien même l'avis de droit n'a pas été commandé par la commune, il n'est pas contesté qu'il est en sa possession et qu'il contient des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique, de sorte que la procédure d'accès aux documents (art. 24 ss LIPAD) est pleinement applicable.
38. De manière générale, le Préposé cantonal observe qu'il ne suffit pas simplement que l'institution publique intéressée invoque l'une des exceptions prévue par la LIPAD pour pouvoir s'affranchir de l'obligation de donner accès aux documents. Encore faut-il développer les raisons pour lesquelles l'une des exceptions prévues par la loi est bien remplie. En effet, la démonstration de l'existence d'une exception revient à l'institution publique qui l'invoque¹. Or, présentement, la Ville d'Onex se contente d'énumérer trois exceptions à la LIPAD pour refuser l'accès au document précité, sans étayer plus avant son raisonnement.
39. Selon la commune, la remise de l'avis de droit serait susceptible d'entraver notablement son processus décisionnel ou sa position de négociation (art. 26 al. 2 litt. c LIPAD). Tout d'abord, il faut constater que l'avis de droit a été rendu il y a plus de trois ans. Dès lors, la remise du document ne révélerait rien sur le processus de décision (lequel a d'ailleurs déjà pris fin) et sur les opinions qui ont pu être formulées dans ce cadre. Par ailleurs, la commune n'allègue pas que la communication du

¹ ATA 647/2001, consid. 6a.

document pourrait compromettre des négociations en cours, par exemple sur le plan de relations de droit public. En l'absence d'atteinte possible au processus décisionnel ou au principe de collégialité, ou à une position de négociation, la présente exception doit être écartée.

40. En second lieu, la commune invoque l'exception tirée du secret professionnel ou d'affaires (art. 26 al. 2 litt. i LIPAD). A ce propos, la jurisprudence² et la doctrine³ précisent qu'il y a secret d'affaires et de fabrication uniquement si l'état de fait remplit plusieurs conditions cumulatives: premièrement, il doit exister un lien entre l'information et l'entreprise; deuxièmement, le fait en question doit être relativement inconnu; troisièmement, le détenteur du secret doit vouloir garder le secret (intérêt subjectif); et quatrièmement, il doit exister un intérêt fondé au maintien du secret (intérêt objectif). *In casu*, le Préposé cantonal ne peut que constater que la démonstration de ces conditions n'a pas été faite. Quant à une éventuelle atteinte au secret professionnel par la divulgation de l'avis de droit, force est de constater, là encore, qu'il en va de même.
41. Troisièmement, selon la commune, l'accès doit être refusé car il serait propre à 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 (art. 26 al. 2 litt. j LIPAD). Certes, la commune, comme d'autres institutions publiques, passe des commandes et adjuge des travaux auprès de fournisseurs de prestations. Pourtant, en l'état, le Préposé cantonal ne voit pas en quoi la divulgation du document pourrait placer des fournisseurs de prestations dans une situation d'infériorité par rapport à des concurrents en mettant ces derniers au bénéfice d'informations normalement confidentielles. Le Préposé cantonal rappelle incidemment que le requérant n'est pas un concurrent et que l'avis de droit a été rédigé à la demande de Z.
42. Enfin, en rapport avec l'art. 26 al. 3 LIPAD (notes constituant des exceptions à la transparence), l'art. 7 al. 3 litt. b LIPAD donne l'exemple des avis de droit échangés entre cadres supérieurs de la fonction publique ou collaborateurs de l'entourage immédiat des conseillers d'Etat et du chancelier d'Etat ainsi qu'entre ces cadres ou proches collaborateurs et les membres des collèges visés à la lettre a. Selon la lettre du règlement, cette exception n'est pas applicable à l'organe exécutif d'une commune; toutefois, la question peut rester ouverte en l'espèce, l'avis de droit dont il est question ayant été rédigé par une personne externe à l'institution publique.
43. Il convient encore de mentionner l'arrêt du 4 mai 2010 (ATA/295/2010) relatif à deux avis de droit établis par la direction des affaires juridiques de la Chancellerie d'Etat à l'attention du Gouvernement qui faisaient l'objet d'une requête d'accès. A cette occasion, le Tribunal administratif remarqua: "*Ces deux documents adressés à un tiers par leur auteur, ne peuvent être assimilés à des notes à usage personnel ou à des brouillons ou autres textes inachevés (l'art. 25 al. 4 LIPAD ; MGC 2000/VIII 7691). Ils constituent donc des documents visés aux art. 25 al. 1 et 2 LIPAD susceptibles d'être consultables en vertu de l'art. 24 LIPAD (MGC 2000/VIII 7694). Toutefois, s'ils sont formellement adressés au chancelier, leur contenu révèle que leur destinataire en est le Conseil d'Etat. Le premier d'entre eux (annexe 1) a été rédigé en vue d'une séance future de cette autorité, dont la date est mentionnée dans*

² ATF 80 IV 22, consid. 2a; ATF 118 Ib 547, consid. 5.

³ Isabelle Häner, in *Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, BSK*, Art. 7 N 33, 3^{ème} éd., Bâle 2014; Office fédéral de la justice et Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, Mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration fédérale: questions fréquemment posées, 7 août 2013, ch. 5.2.1; Günter Stratenwerth, Guido Jenny et Felix Bommer, *Schweizerisches Strafrecht, BT I: Straftaten gegen Individualinteressen*, 7^{ème} éd., Berne 2010, § 22 ch. 3.

le document. Le deuxième (annexe 2) contient certaines recommandations à l'attention du Conseil d'Etat qui est expressément désigné dans le texte comme son destinataire. Ils s'inscrivent dans le cadre des rapports qu'entretient cette autorité collégiale avec ses collaborateurs dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives et sont donc soustraits à l'accès du public, en vertu de l'article 26 al. 3 LIPAD" (cons. 7).

44. Le cas de figure est ici différent, car le document présentement concerné n'est pas un avis de droit commandé par une institution publique s'inscrivant dans le cadre des rapports qu'entretient l'autorité collégiale avec ses collaborateurs dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives.
45. En conséquence, les motifs de refus de transmettre le document litigieux avancés par la Ville d'Onex ne reposent sur aucun fondement légitime.
46. Le Préposé cantonal est donc d'avis que la Ville d'Onex doit communiquer à Me X. l'avis de droit rédigé le 23 février 2016 par Me Y. A cet égard, les rares données personnelles y figurant peuvent être facilement caviardées, sans que le contenu informationnel du document ne s'en trouve déformé au point d'induire en erreur sur son sens ou sa portée.

RECOMMANDATION

47. Se fondant sur les considérations qui précèdent, le Préposé cantonal recommande à la Ville d'Onex de transmettre au requérant l'avis de droit de Me Y. daté du 23 février 2016, après caviardage des données personnelles y figurant.
48. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, la Ville d'Onex doit rendre une décision sur la communication du document considéré (art. 30 al. 5 LIPAD).
49. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à :
- Me X., avocat [REDACTED]
 - Secrétariat général de la Ville d'Onex, Chemin Charles-Borgeaud 27, 1213 Onex

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.