



Demande d'accès de X à la Chancellerie d'Etat de tout document en possession du Conseil d'Etat concernant l'annonce d'un voyage d'un Conseiller d'Etat, ainsi que les documents relatifs à la prise de position de ce dernier auprès du Ministère public, dans le cadre d'une enquête pénale

Recommandation du 20 août 2018

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

1. Le 21 mai 2018, X, journaliste à A, a adressé une demande d'accès à divers documents auprès du Service communication et information du Département présidentiel.
2. Par courrier du 1^{er} juin 2018, Y, directeur de la Direction des affaires juridiques de la Chancellerie d'Etat (DAJ) et responsable LIPAD du Département présidentiel, a répondu que:
 - s'agissant de la demande concernant l'annonce d'un voyage privé ou familial par un Conseiller d'Etat au Président du Conseil d'Etat, les données y relatives relèvent de la sphère privée dudit Conseiller d'Etat et non pas de l'accomplissement d'une tâche publique, de sorte qu'il ne s'agit pas d'un document au sens de la LIPAD;
 - s'agissant de la demande portant sur les pièces en possession du Président du Conseil d'Etat en lien avec la prise de position sollicitée par le Ministère public auprès d'un Conseiller d'Etat, en qualité de personne amenée à donner des renseignements, lesdites pièces sont soustraites au droit d'accès en application de l'article 26 al. 2 lettres e et g LIPAD;
 - s'agissant d'une troisième demande d'accès à des documents, elle serait transmise à l'institution compétente.
3. Par courrier du 13 juin 2018, X a requis une médiation auprès du Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (PPDT), conformément à l'article 30 al. 1 LIPAD.
4. Elle a précisé ce qui suit:

"La première demande concerne toutes les pièces en possession du Conseil d'Etat concernant l'annonce d'un voyage privé ou familial par un Conseiller d'Etat, respectivement les informations transmises par le Conseiller d'Etat [...] au Président du Conseil d'Etat concernant le voyage de novembre 2015 à Abu Dhabi.

La deuxième demande concerne des documents relatifs à la prise de position sollicitée par le Ministère public auprès du conseiller d'Etat [...] (...)"

X considère qu'il s'agit de documents officiels au sens de l'art. 25 LIPAD, car l'ensemble des circonstances entourant le voyage du Conseiller d'Etat font de ce voyage un "voyage majoritairement – si ce n'est exclusivement – officiel", précisant dans son courrier les éléments l'amenant à cette conclusion. Elle explique en outre que les ar-

guments développés par la Chancellerie "*tombent à faux*" également s'agissant du deuxième document demandé, considérant que l'application de l'art. 26 al. 2 let. e n'est pas motivée. Elle conteste l'application du caractère privé des documents demandés, et relève que même si ce caractère privé devait être reconnu, le Tribunal administratif fédéral a rappelé que "*les personnes occupant de hautes fonctions dans l'administration (...) doivent davantage s'accommoder d'une atteinte à leur sphère privée*" (A-3609/2010 du 17 février 2011).

Elle souligne finalement le rôle essentiel des journalistes dans leur mission d'information du public, ainsi que le contexte particulier politique et médiatique du cas d'espèce.

5. La médiation avec le Préposé cantonal a eu lieu le 3 juillet 2018 en présence de X, venue accompagnée de B, juriste pour C, ainsi que de Y et de D, directrice adjointe à la DAJ.
6. La médiation n'a pas abouti.
7. Le 5 juillet 2018, la requérante a adressé un courriel au Préposé cantonal sollicitant une recommandation, conformément à l'art. 30 al. 5 LIPAD, réitérant que les documents sollicités sont liés à l'accomplissement d'une tâche publique et qu'aucune exception ne saurait les soustraire à la transparence.
8. Suite à la demande de la Préposée adjointe concernant les documents visés par la première requête de X (annonce d'un voyage privé ou familial par un conseiller d'Etat), la DAJ l'a informée par courriel du 31 juillet 2018 du fait qu'il n'y avait pas de documents enregistrés dans les archives du Conseil d'Etat.
9. Il sied encore de préciser que selon un communiqué de presse du Ministère public du 15 mai 2018 concernant le voyage d'un Conseiller d'Etat à Abu Dhabi – les documents requis étant en lien avec ledit voyage –, une procédure a été ouverte contre inconnu, du chef d'acceptation d'un avantage (art. 322sexies CP) et que des actes d'enquête sont en cours. Le Conseiller d'Etat entendu revêt le statut de personne appelée à donner des renseignements. Le Ministère public précise qu'aucune autre information ne sera donnée¹.

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

10. 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).
11. 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 let. a LIPAD). A cet égard, l'introduction de la LIPAD a renversé le principe du secret de l'administration en faveur de celui de la publicité.

¹ <http://ge.ch/justice/voyage-dun-conseiller-detat-precisions-du-ministere-public>

12. Selon l'art. 3, al. 1 lettre a LIPAD, la loi s'applique aux "*pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire cantonaux, ainsi que leurs administrations et les commissions qui en dépendent*".
13. 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.
14. Il n'est pas nécessaire de motiver la demande (art. 28 al. 1 LIPAD).
15. 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 LIPAD).
16. 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).
17. 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.
18. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
19. 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).
20. 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 en sorte que lorsque c'est le Préposé cantonal qui veille à la médiation, c'est la Préposée adjointe qui rédige la recommandation et inversement.
21. Selon l'art. 24, al. 1 LIPAD, toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la loi. Selon l'art. 24, al. 2 LIPAD, l'accès comprend dans la règle la consultation sur place des documents et l'obtention de copies des documents.
22. Conformément à l'art. 25 al. 1 LIPAD, les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution publique contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique. S'agissant de ce dernier point, l'exposé des motifs de la LIPAD (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII p 7676) précise que "*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*

la condition toutefois qu'il concerne l'accomplissement d'une tâche publique, à savoir une activité étatique ou para-étatique (cf. art. 1 LIPAD)".

23. Sont notamment des documents les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions. Un courriel constitue également un document au sens de la LIPAD. Sur ce dernier point, selon le Guide pratique à l'attention des communes publié par l'Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données du canton de Fribourg, *"tous les courriers électroniques qui répondent aux critères du document officiel (art. 22 LInf et art. 2 OAD), c'est-à-dire en particulier s'ils sont en lien avec l'accomplissement d'une tâche publique, sont en principe soumis au droit d'accès selon la LInf. N'y sont pas soumis les courriers électroniques dont le contenu est strictement privé et qui sont acheminés via le système de courrier électronique d'un organe public"*².
24. Les documents doivent être "détenus" par l'institution publique; à cet égard, en application de l'art. 5 de la loi fédérale sur la transparence (LTrans; RS 152.3), le Tribunal administratif fédéral a précisé: *"pour qu'une information tombe dans le champ d'application de la loi, il faut qu'elle soit détenue par une autorité et qu'elle émane de celle-ci ou qu'elle lui ait été communiquée (Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 1807, 1835). Le document demandé dans lequel l'information est contenue doit se trouver effectivement en possession de l'autorité sollicitée; cette règle signifie que l'autorité doit elle-même être en mesure d'accéder à l'information pour qu'elle puisse ensuite accorder l'accès au public (Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 1807, 1835) (...). Cela étant, si l'autorité ne détient pas effectivement un document alors qu'elle en est le destinataire principal, elle doit prendre toutes les mesures nécessaires pour y accéder (Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 1807, 1835)"*³.
25. 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).
26. 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 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).
27. Selon l'exposé des motifs de la LIPAD (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII p 7693), *"le droit individuel d'accès aux documents ne comporte en revanche pas le droit à l'établissement d'un document inexistant, sauf, précisément, si cet établissement peut résulter du traitement informatisé simple d'informations existantes, en particulier du tirage papier d'un fichier existant"*.
28. Le principe de transparence n'est pas absolu. L'accès aux documents peut être restreint par différentes exceptions s'il existe un intérêt prépondérant au maintien du se-

² Guide pratique à l'attention des communes, Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données ATPrd, Fribourg, octobre 2015, p. 77 ; ce guide est disponible à cette adresse : http://www.fr.ch/atprd/fr/pub/transparence/communes/guide_pratique.htm

³ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4049/2009 du 3 mai 2010, consid. 10.1 et 10.2.

cret prévu à l'art. 26 LIPAD. Selon l'exposé des motifs (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII p. 7694), "*une marge d'appréciation subsiste nécessairement. Suivant les cas, les clauses d'exceptions pourront être complétées par voie réglementaire ainsi que, au besoin, par des directives administratives, dans les limites admises par le principe de la légalité*".

29. Sont notamment soustraits au droit d'accès institué par la LIPAD les documents dont l'accès est propre à rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires ou administratives (art. 26 al. 2 let e LIPAD), ou encore porter atteinte à la sphère privée ou familiale (art. 26 al. 2 let g LIPAD).
30. En outre, l'art. 26 al. 3 LIPAD dispose que les notes échangées entre les membres d'une autorité collégiale ou entre ces derniers et leurs collaborateurs sont exclues du droit d'accès instauré par la présente loi. Cette exception s'applique aussi longtemps que le message n'a pas été transmis à l'extérieur de l'autorité collégiale (ATA/195/2010) ou qu'il s'agit de documents qui s'inscrivent dans le cadre des rapports qu'entretient une autorité collégiale avec ses collaborateurs dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives (ATA/295/2010).
31. L'art. 26 al. 3 LIPAD est précisé par l'art. 7 al. 3 RIPAD qui prévoit notamment que sont également soustraits au droit d'accès les notes, avis de droit, correspondances, courriels, rapports et autres écrits échangés entre membres du Conseil d'Etat. Le législateur voulait ainsi renforcer l'exception tirée du risque d'entrave notable au processus décisionnel mentionné à l'article 26, alinéa 2, lettre c (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII pp 7698).
32. Finalement, sont également exclus du droit d'accès les documents à la communication desquels le droit fédéral ou une loi cantonale fait obstacle (art. 26 al. 4 LIPAD).
33. Le Tribunal Fédéral a rappelé que la LIPAD ne s'applique pas aux procédures civiles, pénales et administratives en cours et que, pour les procédures pendantes, les règles relatives à la consultation du dossier sont fixées par les différentes lois de procédure (Arrêt du Tribunal Fédéral 1C_604/2015 du 13 juin 2016, consid.4.4).
34. L'art. 101 du code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP; RS 312.0) régit la question de la consultation du dossier dans le cadre d'une procédure pénale pendante, par les parties (al. 1), d'autres autorités (al. 2) et par les tiers (al. 3). Il dispose à son alinéa 3 que "*des tiers peuvent consulter le dossier s'ils font valoir à cet effet un intérêt scientifique ou un autre intérêt digne de protection et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose*".
35. Selon l'art. 102 al. 1 CPP, la direction de la procédure statue sur la consultation des dossiers.

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

36. La demande d'accès aux documents porte sur deux objets: premièrement sur "*toutes les pièces en possession du Conseil d'Etat concernant l'annonce d'un voyage privé ou familial par un Conseiller d'Etat, respectivement les informations transmises par le Conseiller d'Etat [...] au Président du Conseil d'Etat concernant le voyage de novembre 2015 à Abu Dhabi*" et deuxièmement sur *des documents relatifs à la prise de position sollicitée par le Ministère public auprès du conseiller d'Etat [...]*".

37. Conformément à l'art. 3 al. 1 LIPAD, le Conseil d'Etat est soumis à la LIPAD; la chancellerie d'Etat étant placée sous l'autorité du département présidentiel selon l'art. 1, al. 2 du Règlement sur l'organisation de l'administration cantonale (ROAC; RSGe B 4 05.10), du 1^{er} juin 2018, la LIPAD lui est donc également applicable.
38. S'agissant du premier objet de la requête de X, il ressort du courriel du 31 juillet 2018 de la DAJ qu'il n'y a pas de documents enregistrés dans les archives du Conseil d'Etat.
39. Or, selon l'art. 24 al. 1 LIPAD, le droit d'accès vise les documents "en possession" des institutions.
40. En l'espèce, la Préposée adjointe comprend qu'il n'y a pas de documents en possession de l'autorité sollicitée concernant l'annonce du voyage d'un Conseiller d'Etat en novembre 2015 à Abu Dhabi, de sorte que la Chancellerie d'Etat est dans l'impossibilité d'en accorder un quelconque accès au public.
41. Sur ce point, la requête apparaît donc sans objet, les documents requis n'étant pas en possession de l'institution, ni même existants.
42. L'on peut se demander si l'institution devrait prendre des mesures pour accéder aux éventuelles "*informations transmises par le Conseiller d'Etat [...] au Président du Conseil d'Etat concernant le voyage de novembre 2015 à Abu Dhabi*" et y donner accès. La requérante considère que tel est le cas, s'agissant, selon elle, d'un voyage officiel, contrairement à la direction des affaires juridiques qui considère que ces éléments relèvent de la sphère privée du Conseiller d'Etat.
43. La question du caractère privé ou officiel du voyage à Abu Dhabi peut rester ouverte, s'agissant de la présente demande d'accès aux documents. En effet, l'institution n'a pas à prendre de mesures pour accéder aux informations requises pour deux raisons: d'une part, comme l'exposé des motifs de la LIPAD le précise, le droit individuel d'accès aux documents ne comporte pas le droit à l'établissement d'un document inexistant. D'autre part, les informations sollicitées, même si elles devaient figurer dans un document, ne sauraient être transmises car elles feraient expressément l'objet de l'exception prévue par l'art. 26 al. 3 LIPAD et précisée à l'art. 7 al. 3 let a LIPAD, qui soustrait notamment au droit d'accès les correspondances, courriels et autres écrits échangés entre membres du Conseil d'Etat.
44. Ainsi, au vu de ce qui précède, vu l'absence de document existant, il ne peut être donné une suite positive à la première requête d'accès de X.
45. S'agissant du deuxième document requis, il vise une prise de position d'un Conseiller d'Etat, entendu en tant que personne appelée à donner des renseignements dans le cadre d'une procédure pénale en cours.
46. Cette prise de position fait donc partie du dossier pénal.
47. Dans un tel cas de figure, ce sont les art. 101 et 102 CPP qui trouvent application, la LIPAD leur cédant le pas, conformément aux art. 26 al. 2 let e et 26 al. 4 LIPAD.
48. Conformément à l'art. 102 CPP, il appartient à la direction de la procédure de se prononcer sur une demande d'accès au dossier et d'opérer la pesée des intérêts prévue à l'art. 101 al. 3 CPP, lorsque cette demande d'accès émane d'un tiers.

49. Au vu de ce qui précède, il convient de conclure que le document requis est exclu du droit d'accès prévu par la LIPAD, à tout le moins tant que la procédure pénale est pendante.

RECOMMANDATION

1. Au vu de ce qui précède, la Préposée adjointe constate qu'il ne peut être donné une suite positive à la requête portant sur "*toutes les pièces en possession du Conseil d'Etat concernant l'annonce d'un voyage privé ou familial par un Conseiller d'Etat, respectivement les informations transmises par le Conseiller d'Etat [...] au Président du Conseil d'Etat concernant le voyage de novembre 2015 à Abu Dhabi*" dans la mesure où aucun document n'est en possession de l'autorité sollicitée.
2. S'agissant de la demande portant sur "*des documents relatifs à la prise de position sollicitée par le Ministère public auprès du conseiller d'Etat [...]*", la Préposée adjointe recommande de ne pas transmettre ce document, ce dernier faisant partie du dossier d'une procédure pénale pendante.
3. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, la direction des affaires juridiques de la Chancellerie d'Etat doit rendre une décision sur la prétention de la requérante.
4. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à :
 - a. X...
 - b. Y, Directeur de la direction des affaires juridiques de la Chancellerie, rue Henri-Fazy 2, 1204 Genève

Joséphine Boillat
Préposée adjointe

Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence remercie par avance l'institution publique de bien vouloir le tenir informé de la suite donnée à la présente recommandation en lui faisant parvenir une copie de sa décision.