



Accès aux documents (art. 24 ss LIPAD): Mme B. contre Office cantonal de l'inspection et des relations de travail (OCIRT)

Recommandation du 9 janvier 2017

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

1. Par mail du 9 septembre 2016, Mme B. a soumis au Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après le Préposé cantonal) une requête en médiation selon l'art. 30 al. 1 LIPAD.
2. Préalablement, par courrier du 15 janvier 2016 adressé à l'Office cantonal de l'inspection et des relations de travail (OCIRT), elle avait requis l'accès au dossier de la Fondation X.
3. Dans sa réponse datée du 26 janvier 2016, Mme R., juriste à l'OCIRT, a fait savoir que l'accès au dossier précité ne pouvait lui être octroyé, en raison de l'obligation de secret prévue à l'art. 44 al. 1 LTr et de l'absence de qualité de partie à la procédure diligentée contre l'entreprise.
4. Par lettre du 12 février 2016 adressée à la susnommée, Mme S., Directrice générale de l'OCIRT, a confirmé ne pas pouvoir donner accès au dossier querellé.
5. Dans un courrier du 7 mars 2016 envoyé à l'OCIRT, Me N., avocate de la requérante, a réitéré la demande d'accès de cette dernière.
6. Dans leur réponse du 17 mars 2016, Mme G., Directrice de l'OCIRT, et Mme R. ont avancé à nouveau les arguments formulés dans la lettre du 26 janvier 2016 pour refuser l'accès au dossier litigieux. Aucune mention de la possibilité de saisir le Préposé cantonal d'une requête de médiation n'était faite.
7. Le 14 juin 2016, Mme B. a envoyé un courrier électronique en anglais sur la boîte de messagerie du Préposé cantonal pour lui demander des conseils concernant l'accès au dossier susmentionné et à ses données personnelles en mains de l'OCIRT.
8. Après des mails échangés les 21, 22 et 23 juin 2016 pour obtenir le numéro de téléphone de Mme B., la Préposée adjointe s'est entretenue téléphoniquement avec elle à cette dernière date.
9. Le 26 juin 2016, Mme B. a encore transmis des échanges de courriels en anglais qu'elle avait eus avec plusieurs représentants du Secrétariat à l'économie à Berne en février et mars 2016. Le 2 mars 2016, Mme F., collaboratrice scientifique, y explique que cette autorité n'est pas compétente et que dans la mesure où elle est partie à un litige, la loi ne l'autorise pas à avoir accès aux documents en question: «*Seco is not responsible to request access to official documents in a case which doesn't concern ourselves (SECO). Evoquant l'application de la loi fédérale sur la transparence, elle poursuit: «it contributes informing the public by insuring access to official documents (for persons who aren't party to the proceeding). You're requesting access to files in a pending case concerning your own complaint. That means, the mentioned act is not applicable».*

10. Le 23 février 2016, M. V., juriste, tenait des propos équivalents et expliquait que Mme B. pourrait obtenir l'accès au dossier par le biais du Tribunal des Prud'hommes:
«OCIRT just has to grant access to files exclusively concerning you. If OCIRT performed an inspection at E. due to your complaint and collected information about them, they are able to deny your access to the file. In case you filed a lawsuit the court actually can request access to the whole file to investigate a relevant legal issue (art. 44 al. 1 let. b LTr). During a pending case you're allowed to request access to those files at the "Tribunal des Prud'hommes"».
11. La Préposée adjointe a reçu Mme B. le 27 juin 2016 et lui a expliqué le cadre juridique concernant la loi fédérale sur le travail et les possibilités offertes par la LIPAD – transparence et accès aux données personnelles propres. Elle lui a signalé les formulaires ad hoc figurant sur le site internet www.ge.ch/ppdt.
12. Mme B. a par ailleurs informé la Préposée adjointe que la police fédérale lui avait dit qu'elle savait que la police cantonale enquêtait sur la situation dénoncée et qu'elle aurait eu accès au dossier de l'OCIRT. Elle lui a en outre transmis la lettre de Mme R. du 26 janvier 2016.
13. Par mail du 27 juin 2016, le secrétariat de l'OCIRT a écrit à Mme B. qu'à titre exceptionnel, Mme G. proposait de la rencontrer dans les locaux de l'OCIRT, sis 5 rue David-Dufour, le mercredi 29 juin 2016 à 10h00. Il était proposé de discuter avec elle de la clôture du suivi de sa situation par l'office, en présence également du médecin du travail de l'OCIRT.
14. Le 28 juin 2016, Mme B. a fait parvenir par mail à M. M., inspecteur du travail à l'OCIRT, sa requête fondée sur la transparence dans laquelle elle demande l'accès au «dossier de l'OCIRT E.» et sa requête concernant l'accès à ses données personnelles propres.
15. Le 29 juin 2016, elle a écrit un courrier électronique en anglais à la Préposée adjointe par lequel elle transmet une réponse de la police à un courriel de sa part qui précise:
«En ce qui concerne l'enquête de l'OCIRT, le résultat a été transmis aux collaborateurs de E. encore engagés auprès de l'école». Mme B. a fait part de son incompréhension quant au fait que des ex-collègues à elles connaîtraient le résultat de l'enquête de l'OCIRT, contrairement à elle.
16. Le 30 juin 2016, Mme G. a fait savoir par courrier à la requérante que:
«Notre office a pour fonction, entre autres, d'effectuer des contrôles nécessaires permettant de s'assurer de la bonne observation des prescriptions légales dans les entreprises. Dans ce cadre, depuis vos premiers échanges en juillet 2014 avec Monsieur M., inspecteur du travail, notre office a employé tous les moyens dont il dispose selon ses prérogatives, afin de vérifier, contrôler et favoriser l'amélioration des conditions de travail et, plus particulièrement, la protection contre les risques psychosociaux et la protection de l'intégrité personnelle au travail au sein de E. Nous avons donné suite à votre demande d'intervention auprès de notre office. Cependant, à ce stade, nous devons clore le suivi de votre situation individuelle, notre rôle n'étant ni celui d'arbitre ou juge d'instruction, et notre mission étant la sauvegarde d'intérêts publics et non pas d'intérêts privés». Demande était en outre adressée à la requérante de cesser un «usage abusif des adresses emails de l'Etat».
17. Les 1^{er} et 6 juillet 2016, Mme B. a envoyé des courriels sur la boîte de messagerie du Préposé cantonal. Elle a transmis les courriers de l'OCIRT mentionnés plus haut. Elle

a expliqué de plus n'avoir pas pu prendre connaissance du mail du 27 juin 2016 l'invitant à une rencontre deux jours plus tard à l'OCIRT, raison pour laquelle elle ne s'était pas rendue à ce rendez-vous. Elle a en outre indiqué avoir soumis le 4 juillet 2016 une requête au Tribunal des Prud'hommes.

18. Dans le courriel du 6 juillet 2016, elle a ajouté que son médecin traitant avait été contacté par le médecin du travail de l'OCIRT pour lui dire que les investigations de l'OCIRT concernant E. étaient terminées: *«my doctorseco seemed very perplexed to have been contacted by the OCIRT doctor ... My doctor, of course, protected patient confidentiality. She was told to tell me that the OCIRT file on the E. was closed»*.
19. Le même jour, lors d'un entretien téléphonique, la Préposée adjointe s'est dite disponible pour la recevoir une nouvelle fois, mais a précisé qu'il serait préférable d'attendre la réponse de l'OCIRT à ses demandes. Elle a de surcroît fait part de sa surprise quant au fait que le médecin du travail de l'OCIRT ait contacté son médecin personnel. Enfin, elle a expliqué à la requérante qu'il était important qu'elle fasse comprendre à l'OCIRT qu'elle voulait une réponse à ses deux requêtes relatives à l'application de la LIPAD (accès aux documents et accès à ses données personnelles propres).
20. Le 11 juillet 2016, Mme B. a fait parvenir à l'OCIRT par courrier recommandé sa requête fondée sur la transparence dans laquelle elle demande l'accès au «*dossier de l'OCIRT E.*» et sa requête concernant l'accès à ses données personnelles propres.
21. Par mail du 28 juillet 2016, Mme B. a fait savoir à la Préposée adjointe qu'elle a été en contact avec deux syndicats, UNIA et le SSP, qui eux aussi auraient formulé des demandes d'accès auprès de l'OCIRT, auxquelles ce service n'aurait pas répondu.
22. Le 22 août 2016, lors d'un entretien téléphonique avec la Préposée adjointe, Mme B. a expliqué avoir envoyé à deux reprises à l'OCIRT ses deux requêtes fondées sur la LIPAD, le 28 juin 2016 par mail et le 11 juillet 2016 par courrier recommandé. Elle aimerait recevoir une réponse de l'OCIRT afin que la procédure prévue par la LIPAD puisse suivre son cours, soit une médiation du Préposé cantonal puis, le cas échéant, une recommandation en vue d'une décision de l'OCIRT sujette à recours.
23. La Préposée adjointe a contacté par voie électronique Mme G. en date du 22 août 2016 pour lui demander de répondre aux deux requêtes d'accès de Mme B.
24. Dans sa réponse du lendemain, Mme G. a indiqué que le retard pris dans le traitement de la demande était dû au congé maladie longue durée d'une collaboratrice. Il était précisé qu'une autre juriste allait traiter du dossier aussi vite que possible.
25. Le 4 septembre 2016, Mme B. a fait savoir par mail à la Préposée adjointe qu'elle n'avait toujours pas reçu de réponse de la part de l'OCIRT. Elle lui a fait parvenir ses deux requêtes dans un courrier électronique daté du 9 septembre 2016.
26. Le 13 septembre 2016, elle a écrit un courriel à la Préposée adjointe pour lui indiquer à nouveau que les syndicats UNIA et SSP n'avaient pas pu avoir accès au dossier querellé.
27. Dans un courrier daté du 6 septembre 2016, l'OCIRT a refusé les deux demandes d'accès, celle fondée sur la transparence d'une part et celle relative à l'accès aux

données personnelles propres d'autre part. Mme K., juriste à l'OCIRT, a fait savoir à Mme B.:

- *«Nous vous informons que l'Office ne traite actuellement aucune donnée vous concernant. Les seuls éléments dans nos dossiers vous concernant sont les rapports d'entretien suite à votre plainte du 28 juillet contre l'entreprise visée sous rubrique, ainsi que les pièces y relatives que vous nous avez remises. Il s'agit de documents désormais archivés, qui ne sont plus exploités par l'Office...».*
 - *Vous ne disposez pas d'un droit d'accès à ces documents, dans la mesure où vous n'êtes pas une partie aux procédures diligentées par l'Office (article 7 LPA), référence étant faite aux nombreux échanges dans ce sens que nous avons déjà entretenus avec vous. D'une manière plus générale, et comme nous vous l'avons déjà indiqué à plusieurs reprises lors de vos réitérées demandes, vous ne disposez pas d'un droit d'accès au dossier de l'entreprise visée sous rubrique, faute de disposer de la qualité de partie. Nous vous rappelons à cet égard que vous n'êtes en effet plus employée de l'entreprise et que, de ce fait, une éventuelle décision de l'Office ne pourrait plus toucher directement vos droits et vos obligations. Vous ne disposeriez par conséquent pas non plus de la qualité pour recourir au sens de l'art. 60 LPA contre une éventuelle décision de l'Office. Le fait de vous donner accès au dossier de l'entreprise sous l'angle de la LIPAD reviendrait ainsi à rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers apportées par la LPA. Ce cas de figure fait précisément partie des exceptions (article 26 al. 4 litt. e).*
 - *En outre, la loi sur le travail (LTr) impose à ses organes d'exécution l'obligation de garder le secret sur tous les faits qu'ils apprennent dans l'exercice de leur fonction (article 44 al. 1 LTr). L'Office étant l'organe d'exécution de la LTr au niveau cantonal. Ses dossiers sont soumis au secret professionnel».*
 - Mention était faite de la possibilité de saisir le Préposé cantonal dans les 10 jours.
28. Dans un courrier du 23 septembre 2016 adressé au Préposé cantonal, Mme K. a estimé que la demande de médiation était hors délai, le courrier de refus de l'OCIRT ayant été notifié le 7 septembre 2016, alors que la demande de médiation n'a été déposée à l'office postal que le 20 septembre 2016, soit le lendemain de l'échéance du délai.
29. Le secrétariat du Préposé cantonal a pris contact avec les parties en vue de fixer une rencontre de médiation.
30. Contactée par ce dernier, Mme K. a écrit en date du 27 septembre 2016 à la Préposée adjointe:
- «Chère Madame, nous accusons réception de votre courriel et vous en remercions. Toutefois, référence étant faite au courrier que nous avons adressé à Monsieur Stéphane WERLY vendredi 23 septembre 2016, nous considérons que la demande de médiation a été formulée tardivement. En effet, à notre connaissance, la seule demande écrite – tel que requis par l'article 30 al. 2 LIPAD – a été formulée par Madame B. le 20 septembre 2016. Une demande intervenue par oral, respectivement par le biais du courriel que vous nous avez transmis, ne peut être considérée comme respectant les exigences de la disposition légale précitée. Par ailleurs, la demande de médiation n'est pas motivée et nous avait été par erreur adressée, raison pour*

laquelle nous vous l'avons fait suivre en application de l'article 11 al. 3 LPA. Dans ce contexte, nous persistons dans les termes de notre courrier du 23 septembre 2016, avec pour corollaire de solliciter l'annulation de la séance de médiation appointée le 3 novembre 2016, dont la date ne convient dans tous les cas pas à l'Office en raison d'une absence prévue jusqu'au 13 novembre 2016. Enfin, nous soulignons que nous avons déjà à de nombreuses reprises expliqué à Madame B. – soit par courriers des 26 janvier 2016, 28 janvier 2016, 12 février 2016, 17 mars 2016, 28 avril 2016 – qu'il ne lui était pas possible d'accéder au dossier de l'entreprise, faute de revêtir la qualité de partie au sens de l'article 7 LPA, ce qui a finalement été à nouveau rappelé dans le cadre de notre courrier du 6 septembre 2016. Il s'agit d'une règle procédurale imposée par la loi sur la procédure administrative au sujet de laquelle l'Office ne dispose d'aucune marge de manœuvre. Nous ne pouvons donc que maintenir notre refus de donner accès au dossier».

31. Dans sa réponse datée du 27 septembre 2016, la Préposée adjointe a expliqué que la requérante avait manifesté son souhait d'une médiation auprès du Préposé cantonal le 9 septembre 2016, soit trois jours après l'envoi de la lettre de l'OCIRT notifiée le 7 septembre 2016. Elle a rajouté qu'il appartenait au Préposé cantonal de mettre en œuvre la procédure de médiation en vertu de la LIPAD et que, selon lui, la demande de médiation n'était pas tardive. En outre, la lettre déposée à l'office postal le 20 septembre 2016, envoyée à l'inspecteur du travail concerné, n'était pas parvenue au Préposé cantonal. Quoiqu'il en soit, seule ce dernier devait être saisi d'une telle requête, ce qui a été fait dans les 10 jours.
32. Le même jour s'est tenu un entretien téléphonique entre Mme K. et la Préposée adjointe. Selon la première, le mail de Mme B. ne revêtait pas une forme suffisante au sens de l'art. 30 al. 1 LIPAD.
33. La rencontre de médiation a eu lieu le 17 novembre 2016, en présence de la Préposée adjointe, la requérante, Mme W., syndicaliste au sein d'UNIA, Mme K. et Mme Hana Sultan Warnier, responsable LIPAD du DSE.
34. La médiation n'a pas abouti sur un accord.
35. Le 6 décembre 2016, Mme B. a fait savoir par mail à la Préposée adjointe que d'autres personnes de l'OCIRT auraient ouvert au moins 49 messages sur les 160 qu'elle avait envoyés à M. M. Tous ces courriels contenaient des informations la concernant, à tout le moins sa signature. Elle a indiqué partir de l'idée que beaucoup de documents envoyés à M. M. devraient être considérés comme contenant ses données personnelles. Ainsi, elle s'est posé la question de savoir si ces éléments n'avaient pas un impact sur l'affirmation de l'OCIRT selon laquelle ce service n'aurait pas des données personnelles la concernant en sa possession. Selon elle, c'est grâce à un système d'analyse des données de connexion installé sur son adresse électronique qu'elle a pu faire le constat de ces accès par l'OCIRT à des mails adressés à M. M.
36. Le 7 décembre 2016, le Préposé cantonal s'est rendu dans les locaux de l'OCIRT. Il a été reçu par Mme K., laquelle lui a permis de prendre connaissance du document querellé.

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

37. 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).
38. Ainsi, s'agissant de son volet relatif à l'accès aux documents en mains des institutions publiques, la LIPAD a pour *«but de favoriser la libre information de l'opinion et la participation à la vie publique»* (art. 1 al. 2 litt. a LIPAD).
39. A ce propos: *«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»* (<http://ge.ch/grandconseil/memorial/seances/540401/52/>).
40. L'adoption de la LIPAD a renversé le principe du secret de l'administration pour faire primer celui de la publicité. L'administré n'a depuis lors plus besoin de justifier d'un intérêt particulier pour consulter des documents et son droit d'accès est plus étendu que celui découlant du droit d'être entendu.
41. 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.
42. Les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution publique contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique. Sont notamment des documents les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions. 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 LIPAD).
43. Les travaux préparatoires de la loi précisent que l'art. 25 al. 4 LIPAD *«exclut de la notion de document les notes à usage personnel (à savoir les notes prises à l'usage exclusif de celui qui les prend, et non les notes adressées même confidentiellement à une personne déterminée) ainsi que les brouillons ou autres textes inachevés. Quand bien même elles concerneraient l'accomplissement de tâches publiques, des notes à usage personnel de collaborateurs de la fonction publique relèvent en quelque sorte de la sphère privée de ces derniers. Il importe par ailleurs que les rédacteurs de documents puissent faire évoluer leurs textes et travailler dans des conditions de sérénité avant qu'il ne soit possible d'accéder au produit de leur travail»* (<http://ge.ch/grandconseil/memorial/seances/540401/52/>).

44. De surcroît, l'art. 3 litt. a LIPAD indique «*Le traitement de données personnelles par les institutions publiques n'est pas soumis à la présente loi lorsqu'il se limite à la prise de notes à usage personnel*».
45. 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).
46. 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.
47. Il en va notamment ainsi lorsque l'accès aux documents est propre 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).
48. À l'art. 26 litt. d et e, le commentaire du PL 8356 précise notamment ce qui suit:
«*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*» (<http://ge.ch/grandconseil/memorial/seances/540401/52/>).
49. Par ailleurs, «*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). A ce propos, l'art. 3 al. 5 LIPAD réserve expressément l'application du droit fédéral.
50. Il n'est pas nécessaire de motiver la demande ou de faire valoir un intérêt privé particulier (art. 28 al. 1 LIPAD).
51. Selon l'art. 28 al. 6 LIPAD, lorsqu'une institution entend rejeter une demande d'accès, elle en informe le requérant en lui indiquant qu'il peut saisir le Préposé cantonal d'une demande de médiation dans le délai de 10 jours figurant à l'art. 30 al. 2.
52. A propos de ce délai, les travaux préparatoires de la LIPAD soulignent que cet alinéa «*prévoit un délai de 10 jours pour saisir le médiateur. Il importe qu'ici un délai soit fixé, afin que la situation procédurale soit claire. Ce délai est certes assez bref. Cette brièveté est toutefois en harmonie avec l'obligation générale de célérité mise à la charge des institutions pour donner suite aux demandes d'accès. La forclusion qu'impliquerait son dépassement n'aurait au surplus qu'une conséquence modeste, dans la mesure où cela n'empêcherait pas le requérant, sous réserve d'abus de droit, de déposer une nouvelle demande d'accès aux mêmes documents*». (<http://ge.ch/grandconseil/memorial/seances/540401/52/>).

53. 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.
54. 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).
55. 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).
56. 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.
57. 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.
58. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
59. 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).
60. En 2008, la LIPAD a fait l'objet d'une révision importante: la protection des données personnelles a été ajoutée au volet transparence. De la sorte, un autre objectif figure désormais dans le texte: protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant (art. 1 al. 2 litt. b). En la matière, la loi poursuit un objectif pratiquement opposé à celui de la transparence *«puisqu'elle 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).
61. La loi donne un *«droit d'accès»* à chacun à ses données personnelles propres (art. 44 à 46 LIPAD).
62. Par données personnelles, il faut entendre *«toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable»* (art. 4 litt. a LIPAD). Les données personnelles sensibles sont celles qui concernent: *«1° les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques, syndicales ou culturelles, 2° la santé, la sphère intime ou l'appartenance ethnique, 3° des mesures d'aide*

sociale, 4° des poursuites ou sanctions pénales ou administratives» (art. 4 litt. b LIPAD).

63. Le droit d'accès aux données personnelles institué par l'art. 44 al. 1 LIPAD traite de la possibilité pour une personne de demander au responsable de l'institution publique requise si des données la concernant sont traitées et, le cas échéant, que soient communiquées: «a) toutes les données la concernant contenues dans un fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données; b) sur demande, les informations relatives au fichier considéré contenues dans le catalogue des fichiers» (art. 44 al. 2 LIPAD).
64. A la forme, l'art. 45 LIPAD prévoit que «la communication de ces données et informations doit être faite sous une forme intelligible et, en règle générale, par écrit et gratuitement».
65. Conformément à l'art. 46 al. 1 LIPAD, l'accès aux données personnelles ne peut être refusé que si un intérêt public ou privé prépondérant le justifie, en particulier lorsque: il rendrait inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives; la protection de données personnelles sensibles de tiers l'exige impérativement; le droit fédéral ou une loi cantonale le prévoit expressément. 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).
66. L'art. 47 LIPAD détermine les prétentions que toute personne physique ou morale de droit privé peut exiger des institutions publiques à propos des données la concernant, soit qu'elles s'abstiennent de procéder à un traitement illicite, le cas échéant qu'elles mettent fin à un tel traitement et en suppriment les effets, ou qu'elles constatent le caractère illicite de ce traitement, qu'elles détruisent celles qui ne sont pas pertinentes ou nécessaires (sauf disposition légale contraire), rectifient, complètent ou mettent à jour celles qui sont respectivement inexactes, incomplètes ou dépassées, ou 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.
67. Selon l'art. 49 al. 1 LIPAD, toute requête fondée sur l'art. 44 doit être adressée par écrit au responsable en charge de la surveillance de l'organe dont relève le traitement considéré. Conformément à l'al. 2, le responsable saisi traite la requête avec célérité. S'il y a lieu, il la transmet au responsable compétent. Selon l'al. 3, s'il fait intégralement droit aux prétentions du requérant, il l'en informe. Par contre, selon l'al. 4, s'il n'entend pas y faire intégralement droit ou en cas de doute sur le bien-fondé de celles-ci, il transmet la requête au Préposé cantonal avec ses observations et les pièces utiles.
68. L'art. 40 al. 1 LIPAD précise que «Les institutions publiques détruisent ou rendent anonymes les données personnelles dont elles n'ont plus besoin pour accomplir leurs tâches légales, dans la mesure où ces données ne doivent pas être conservées en vertu d'une autre loi».
69. Selon l'art. 7 LPA de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA; E 5 10): «Ont qualité de partie les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision».

70. Aux termes de l'art. 10A LPA: «*Toute personne peut porter à la connaissance des autorités des faits susceptibles d'entraîner l'ouverture d'une procédure administrative. Toutefois, l'autorité ne donne aucune suite aux dénonciations anonymes*».
71. A teneur de l'art. 44 LPA: «¹*Les parties et leurs mandataires sont seuls admis à consulter au siège de l'autorité les pièces du dossier destinées à servir de fondement à la décision. Le droit d'accéder à leurs données personnelles que les tiers peuvent déduire de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001, est réservé. ²Dès le dépôt d'un recours, les parties sont admises en tout temps à consulter le dossier soumis à la juridiction saisie*».
72. Selon l'art. 44 al. 1 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (loi sur le travail, LTr; RS 822.11), «*Les personnes qui sont chargées de tâches prévues par la présente loi ou qui y participent sont tenues de garder le secret à l'égard des tiers sur les faits qu'ils apprennent dans l'exercice de leur fonction*».
73. Le commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2 du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) indique sur cette norme: «*Toutes les personnes chargées de tâches découlant de la LTr sont soumises à l'obligation de garder le secret. L'élément déterminant à cet égard n'est pas le statut de la personne mais la fonction exercée. Cette obligation lie ainsi non seulement les collaborateurs des organes chargés de l'exécution de la LTr mais également toutes les personnes extérieures auxquelles il est fait appel (experts ou collaborateurs d'autres services publics). L'art. 82, al. 2, OLT 1 fixe que toutes les personnes concernées doivent être informées par écrit de leur obligation de garder le secret. Cette obligation vaut également pour les membres de la Commission fédérale du travail, qui sont certes habilités à discuter avec les membres des associations qu'ils représentent des questions traitées mais cela sans délivrer d'informations sur l'identité des entreprises concernées. Les membres de la Commission fédérale du travail n'ont pas non plus le droit de révéler au public les problématiques concrètes sur lesquels ils se penchent avant que le Conseil fédéral ou le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche n'ait pris officiellement position à leur sujet. L'obligation de garder le secret englobe toutes les informations confidentielles de par leur nature que la personne soumise à cette obligation peut apprendre, que ce soit dans l'exercice de ses fonctions ou par hasard. La règle du secret ne vaut pas entre les personnes chargées de tâches d'exécution ou de surveillance liées à la LTr: ces personnes ont le droit d'échanger toutes les informations nécessaires à l'exercice de leurs tâches. En vertu du principe d'assistance mutuelle, l'échange d'informations entre elles (consultation des dossiers comprise) est gratuit. La consultation d'un dossier est possible sur simple demande. Les faits constatés ou signalés apparaissant dans les dossiers consultés font l'objet de l'obligation de garder le secret conformément à l'alinéa 1 du présent article» ([https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen/Dienstleistungen/Publikation en und Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Wegleitungen zum Arbeitsgesetz/wegleitung-zum-arbeitsgesetz-und-den-verordnungen-1-und-2.html](https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen/Dienstleistungen/Publikation%20en%20und%20Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Wegleitungen%20zum%20Arbeitsgesetz/wegleitung-zum-arbeitsgesetz-und-den-verordnungen-1-und-2.html)).*
74. Aux termes de l'art. 82 de Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000 (OLT 1; RS 822.111): «¹*L'obligation de garder le secret selon l'art. 44 de la loi s'applique aux autorités chargées de la surveillance et de l'exécution des prescriptions de la loi, aux membres de la Commission fédérale du travail ainsi qu'aux experts consultés et aux inspecteurs spécialisés. ²Les experts ou inspecteurs spécialisés auxquels il est fait appel sont informés par écrit de leur obligation de garder le secret à l'égard de tiers*».

75. Sur cette disposition, le commentaire susmentionné indique: *«Le présent article indique quelles autorités et quelles personnes sont soumises à l'obligation de garder le secret et précise qu'il faut informer par écrit les experts ou inspecteurs spécialisés auxquels il est fait appel de leur obligation de garder le secret à l'égard de tiers».*
76. La loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT; RSGE J 1 05) définit notamment le rôle de l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (art. 1 al. 3).
77. Ses compétences générales (art. 3) sont les suivantes:
- *«L'office est chargé de contrôler, en collaboration avec les autres autorités et organismes concernés, les installations, l'organisation mise en place, ainsi que les mesures prises pour garantir la protection de la santé et la sécurité des travailleurs. L'inspection paritaire a également la faculté d'effectuer de tels contrôles. Ils sont habilités à exiger des employeurs à cette fin tous documents et renseignements nécessaires, sous peine des sanctions prévues par le droit fédéral ainsi que par la présente loi.*
 - *L'office est chargé des tâches concernant la prévention des accidents et des maladies professionnels découlant du titre sixième de la loi fédérale sur l'assurance-accidents, du 20 mars 1981.*
 - *L'office peut prescrire toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise. L'inspection paritaire peut également inviter l'entreprise à prendre de telles mesures.*
 - *L'office développe par ailleurs une politique active de formation et de promotion de la santé et de la sécurité au travail.*
 - *L'office s'adjoit les services d'un ou plusieurs médecins-inspecteurs du travail, en vue d'assurer le traitement des aspects médicaux liés à la prévention des risques professionnels».*
78. L'art. 1 du règlement d'application de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 23 février 2005 (RIRT; RSGE J 1 05.01) précise encore que l'OCIRT est chargé:
- *«D'effectuer les contrôles qui relèvent de sa compétence dans les entreprises ainsi qu'auprès des employeurs, travailleurs et indépendants;*
 - *D'intervenir en cas d'inobservation d'une prescription ou d'une décision et de prendre toutes les mesures utiles pour rétablir l'ordre légal;*
 - *D'infliger les sanctions de sa compétence et de dénoncer pour le surplus aux autorités pénales les cas qui doivent l'être;*
 - *De gérer l'information nécessaire à ses activités, notamment sous forme électronique».*

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

79. Selon l'art. 3 al. 1 litt. a LIPAD, la loi est applicable aux pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire cantonaux, ainsi qu'à leurs administrations et aux commissions qui en dépendent. L'OCIRT fait partie du Département de la sécurité et de l'économie (DSE), lequel est inclus dans les institutions publiques soumises à la LIPAD au sens de cette disposition.
80. En premier lieu, le Préposé cantonal ne partage pas l'objection de l'OCIRT selon laquelle la demande de médiation aurait été déposée en dehors du délai de 10 jours

et sans remplir les prescriptions légales de forme. En effet, sur le premier point, le Préposé cantonal rappelle que la missive de l'OCIRT a été notifiée à la requérante le 7 septembre 2016, cette dernière ayant manifesté son intention de demander la médiation par un mail au Préposé cantonal sommairement motivé daté du 9 septembre 2016, soit dans le délai de 10 jours. La demande de médiation n'était donc pas tardive.

81. Incidemment, le Préposé cantonal, s'il est assurément attaché au respect des délais légaux, relève cependant que le délai de l'art. 30 al. 2 LIPAD ne constitue qu'un délai d'ordre, dont la violation n'aurait en principe que peu d'incidence.
82. Le Préposé cantonal insiste de surcroît sur le fait que c'est à lui que doit être adressée la requête de médiation et non à l'institution publique ayant refusé l'accès au document litigieux. Il importe donc peu à cet égard qu'une lettre de Mme B. à l'inspecteur du travail concerné ait été déposée à l'office postal le 20 septembre 2016. Par ailleurs, la loi n'oblige pas à écrire un courrier, comme le laisse supposer l'OCIRT, mais se contente d'exiger une «*requête écrite de médiation sommairement motivée*» (art. 30 al. 1 LIPAD). Or un email remplit assurément cette condition.
83. En parcourant le dossier litigieux, le Préposé cantonal a pu remarquer qu'il contient notamment des rapports d'entretien avec le dénonciateur, lesquels ne sont pas soumis à l'ex-employeur dénoncé. S'il s'agit donc de documents internes (notes d'un inspecteur), le Préposé cantonal est d'avis qu'il ne s'agit pas de «*notes à usage personnel*» au sens de l'art. 3 litt. a LIPAD et de l'art. 25 al. 4 LIPAD, car ils ne sont pas pris à l'usage exclusif de celui qui les rédige (ils ne relèvent pas de sa sphère privée), mais ont vocation à être lus par toutes les personnes s'occupant du dossier (juriste par exemple). En conséquence, Les rapports d'entretien constituent donc des documents au sens de l'art. 25 al. 1 LIPAD.
84. Le Préposé cantonal constate que Mme B. a dénoncé à l'OCIRT son employeur, E., en date du 20 août 2014. Elle a donc fait usage de la possibilité offerte par l'art. 10A LPA de porter à la connaissance des autorités des faits susceptibles d'entraîner l'ouverture d'une procédure administrative. Dans le cadre de ses tâches, l'OCIRT a donné suite à la dénonciation, en effectuant des contrôles dans l'entreprise susnommée et en intervenant pour faire corriger les inobservations constatées.
85. Dans l'intervalle, Mme B. a quitté E. De ce fait, elle ne dispose pas de la qualité de partie dans la procédure de l'OCIRT dirigée contre cette dernière selon l'art. 7 LPA, ses droits et obligations ne pouvant être touchés directement par la décision à prendre de l'OCIRT. Elle ne disposerait par conséquent pas non plus de la qualité pour recourir au sens de l'art. 60 LPA contre une éventuelle décision de l'OCIRT. De la sorte, au sens de la LPA, elle ne peut prétendre à bénéficier d'un droit d'accès au dossier de l'entreprise au sens de l'art. 44 LPA, seuls les parties et leurs mandataires étant admis à consulter les pièces du dossier destinées à servir de fondement à la décision de l'autorité.
86. Ainsi, le Préposé cantonal estime à cet égard que le fait de lui donner accès au dossier de l'entreprise sous l'angle de la LIPAD reviendrait à rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers apportées par la LPA. L'art. 26 al. 4 litt. e LIPAD s'oppose donc à la transmission du dossier querellé.
87. Le Préposé cantonal note encore que si Mme B. ne possède pas de moyens de droit contre une décision de l'OCIRT à l'encontre de l'entreprise, elle a engagé une procédure devant le Tribunal des prud'hommes le 4 juillet 2016. Dans ce cadre, l'inspecteur en charge du dossier pourra être appelé à témoigner sur les faits

constatés aux conditions de l'art. 44a al. 1 litt. b LTr, sous réserve de la levée de son secret de fonction; la production de documents pourra également être sollicitée par le Tribunal des prud'hommes.

88. Dans l'ATA/978/2014, la Chambre administrative de la Cour de justice remarque: «Selon l'art. 44 al. 1 LTr, les personnes qui sont chargées de tâches prévues par la LTr ou qui y participent sont tenues de garder le secret à l'égard des tiers sur les faits qu'ils apprennent dans l'exercice de leur fonction. Cette disposition se recoupe avec l'art. 9A LPAC, qui dispose que les membres du personnel de la fonction publique sont soumis au secret de fonction pour toutes les informations dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions dans la mesure où la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001 (LIPAD - A 2 08) ne leur permet pas de les communiquer à autrui».
89. L'OCIRT est l'organe d'exécution de la LTr au niveau cantonal. L'art. 44 al. 1 LTr impose donc à ses collaborateurs ainsi qu'à toutes les personnes extérieures auxquelles il est fait appel (experts ou collaborateurs d'autres services publics) l'obligation de garder le secret sur tous les faits qu'ils apprennent dans l'exercice de leur fonction. Le droit fédéral fait donc également obstacle à la communication du dossier querellé (art. 26 al. 4 LIPAD).
90. Le Préposé cantonal rappelle de surcroît que le principe de transparence a pour vocation de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique. Or force est de constater que la présente requête ne cadre pas avec cette finalité. En effet, la requérante souhaite l'accès au dossier querellé dans le seul but de connaître la suite donnée à sa dénonciation.
91. Reste à examiner la question des données personnelles de la précitée. L'art. 44 al. LPA réserve expressément à cet égard le droit d'accéder aux données personnelles que les tiers peuvent déduire de la LIPAD.
92. Le Préposé cantonal a pu constater que, dans le dossier litigieux, figure la demande d'intervention de l'OCIRT du 20 août 2014 de la requérante, laquelle a coché la case «J'autorise que mon nom soit cité dans le cadre de la procédure». Cela étant, il relève que, dans les échanges avec l'extérieur, le nom de la précitée a systématiquement été caviardé.
93. Le Préposé cantonal remarque qu'en dehors des échanges concernant la demande d'accès au dossier litigieux, que possèdent la requérante, il n'a pas trouvé trace de données personnelles de cette dernière traitées par l'OCIRT. Il rappelle en outre que les rapports d'entretien ne sont pas communiqués à l'entreprise, mais restent à usage interne de l'institution publique.
94. Il a de surcroît reçu l'assurance de la part de l'OCIRT que tous les autres courriels de Mme B. n'ont pas été conservés, l'office ne gardant dans son dossier que les documents utiles à la procédure. A ce propos, il souligne à nouveau que la mission de cet office consiste en la sauvegarde d'intérêts publics et non d'intérêts privés.
95. Au demeurant, Mme B. n'a pas apporté la preuve que des données personnelles propres autres que celles figurant dans les échanges concernant la demande d'accès au dossier querellé sont traitées par l'OCIRT.

RECOMMANDATION

96. Se fondant sur les considérations qui précèdent, le Préposé cantonal recommande à l'Office cantonal de l'inspection et des relations de travail de maintenir son refus de transmettre à la requérante le dossier de la Fondation X.
97. Il recommande en outre à l'Office cantonal de l'inspection et des relations de travail de vérifier une fois encore qu'il n'a conservé aucune donnée personnelle de Mme B., hormis celles contenues dans les échanges concernant la demande d'accès au dossier litigieux, et, le cas échéant, de préciser cela dans sa décision.
98. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, l'Office cantonal de l'inspection et des relations de travail doit rendre une décision sur la communication du document considéré (art. 30 al. 5 LIPAD).
99. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à:
- a. Mme B., [REDACTED]
 - b. Office cantonal de l'inspection et des relations de travail, case postale 64, 1211 Genève 8

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.