



## Accès aux documents (art. 24 ss LIPAD) : Rapport d'audit – Mme M. contre EMS La Provvidenza

### Recommandation du 21 novembre 2014

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

1. Le 1<sup>er</sup> novembre 2000, Mme M. a été engagée comme directrice de l'EMS La Provvidenza.
2. En novembre 2013, suite notamment à un article de presse découlant d'une démarche de deux employés à l'encontre de la précitée, le comité de l'EMS a décidé de faire procéder à un audit par la société Pricewaterhouse Coopers SA (PWC), aux fins « *d'aboutir à une amélioration du processus relationnel direction/personnel ainsi que du processus [...] personnel/résidents* ».
3. Début 2014, PWC a rendu son rapport écrit. Ce dernier a été remis au comité de l'EMS. La directrice n'a pas pu en prendre connaissance, mais elle a été informée oralement de certains éléments.
4. Le comité de l'EMS a également confié à PWC le mandat de procéder à une enquête de satisfaction auprès des parents de résidents de l'EMS. Le rapport a par la suite été remis aux membres du comité. Mme M. n'en a pas reçu copie.
5. Par courrier du 2 juin 2014, Me J., conseil de l'EMS, a résilié le contrat de travail de Mme M. pour le 30 septembre 2014.
6. Conformément aux art. 24 ss de la loi genevoise sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001 (LIPAD; RSGe A 2 08), Me D., avocat de Mme M., a demandé à l'EMS, par courrier du 10 juillet 2014, la délivrance des documents suivants :
  - *Rapport complet de l'audit effectué par PWC sur l'établissement, mandat donné à PWC pour le comité et tous les documents remis à PWC par le comité de l'EMS;*
  - *Rapport complet de l'enquête de satisfaction effectué par PWC auprès des familles de résidents;*
  - *Les plaintes, lettres de mécontentement, lettre de Monsieur [REDACTED], lettre de Madame [REDACTED], soit des documents que le comité a évoqués en octobre 2013 en s'adressant à [sa] mandante.*
7. Il est encore expliqué que « *la demande de Madame M. est d'autant plus fondée qu'elle est une personne concernée par les documents auxquels l'accès est demandé (art. 44 ss LIPAD)* ».

8. Par courrier du 25 juillet 2014, Me J. a répondu que « *l'EMS La Provvidenza estime n'avoir pas à délivrer les documents réclamés. La LIPAD n'y change rien dès lors que ces documents sont couverts par l'art. 26 al. 2 let. c et g LIPAD* ».
9. Par courrier recommandé adressé au Préposé cantonal le 6 août 2014, la requérante a déposé une demande de médiation au sens des art. 30 LIPAD et 10 RIPAD (règlement d'application de la loi genevoise sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 21 décembre 2011; RSGe A 2 08.01).
10. Le 26 août 2014, le Préposé cantonal a pris contact avec Me J., conseil de l'institution, ainsi qu'avec Me D., en vue d'une rencontre de médiation.
11. Cette dernière, initialement fixée au 8 septembre 2014, a été déplacée au 18 septembre 2014.
12. Si Mme M. et son avocat étaient bien présents à la date convenue, tel n'était pas le cas de l'avocat de l'EMS. Ce dernier a expliqué dans un courrier du 18 septembre 2014 que le courriel de convocation lui avait été envoyé à une adresse qu'il ne consulte pas.
13. Le même jour, Me D. a fait part au Préposé cantonal de son souhait de ne pas remettre la médiation à une date ultérieure.
14. La médiation nécessite le consentement de toutes les parties (art. 10 al. 2 RIPAD).
15. Faute de consentement de la part de l'une des parties, la médiation n'a pu être organisée.
16. Dès lors, conformément à l'art. 30 al. 5 LIPAD, il appartient au Préposé cantonal de rédiger une recommandation sur l'accès aux documents en question.
17. Par téléphones des 6 et 16 octobre 2014, le Préposé cantonal a requis de prendre connaissance des documents querellés. Lors de ces entretiens, Me M., collaborateur de Me J., lui a été précisé que l'EMS se prévaut également de la clause de confidentialité signée avec l'auditeur pour refuser l'accès aux documents.
18. En date du 21 octobre 2014, le Préposé cantonal a reçu de Me J. le document intitulé « Evaluation de la gestion de l'EMS La Provvidenza ». Les deux autres documents ne lui sont pas parvenus.

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

19. L'entrée en vigueur de la LIPAD le 1<sup>er</sup> mars 2002 a signifié un changement important pour les institutions soumises à la loi en leur demandant de passer du principe du secret à celui de la transparence, dans l'intérêt de la libre formation de l'opinion, toute personne ayant depuis lors en principe le droit d'accéder aux documents.
20. L'EMS La Provvidenza est l'un des 51 EMS genevois figurant sur la liste tenue à jour par le Département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé (DEAS). Il a la nature juridique d'une association selon les indications du registre du commerce.

21. En tant qu'il est subventionné par le canton, l'EMS La Provvidenza est une institution privée soumise aux règles de la LIPAD relatives à la transparence au sens de l'art. 3 al. 2 LIPAD.
22. La transparence s'applique à la mission de service public qui échoit à l'EMS, soit la prise en charge des personnes âgées, au sens de l'art. 4 de la loi sur la gestion des établissements pour personnes âgées du 4 décembre 2009 (LGEPA; RSGe J 7 20).
23. A teneur de l'art. 3 al. 4 LIPAD, le traitement de données personnelles par une personne physique et morale de droit privé n'est pas soumis à la loi. L'EMS La Provvidenza n'est donc pas soumis au volet relatif à la protection des données de la LIPAD.
24. En application de l'art. 30 al. 1 LIPAD, toute personne peut déposer une demande en médiation lorsque sa demande d'accès à un document n'est pas honorée ou lorsque l'autorité tarde à répondre.
25. L'EMS La Provvidenza a refusé l'accès aux documents sollicités par la demanderesse. A noter qu'à teneur de l'art. 27 al. 1 LIPAD, l'institution requise doit préférer de répondre partiellement plutôt que de refuser toute entrée en matière.
26. La demanderesse a déposé sa requête auprès de l'EMS La Provvidenza et a reçu une réponse négative. En tant que partie à la procédure de demande d'accès, elle est ainsi légitimée à déposer une demande de médiation.
27. La loi précise que le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD). 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).
28. 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.
29. Il n'est pas nécessaire de motiver la demande (art. 28 al. 1 LIPAD).
30. La notion de document est définie par l'art. 25 al. 1 LIPAD. Par là, il faut entendre « *tous les supports d'informations détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique* ». Une liste exemplative figure à l'art. 25 al. 2 LIPAD : « *Sont notamment des documents les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions* ».
31. La LIPAD a notamment comme objectif de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique (art. 1 al. 2 let. a LIPAD).
32. Le principe de transparence n'est pas absolu. L'accès aux documents est restreint par différentes exceptions s'il existe un intérêt public prépondérant au maintien du secret. Tel est le cas notamment lorsque l'accès à un document entraverait notablement le processus décisionnel ou la position de négociation d'une institution (art. 26 al. 2 let. c LIPAD).

33. L'exposé des motifs à l'appui du PL 8356<sup>1</sup> 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* ».
34. Selon l'art. 26 al. 2 let. g LIPAD, le fait de porter atteinte à la sphère privée ou familiale constitue une autre exception à l'accès.
35. Selon l'exposé des motifs à l'appui du PL 8356<sup>2</sup>: « *En complément aux autres exceptions énumérées à l'alinéa 2, la lettre g établit une exception au droit d'accès aux documents lorsque celui-ci impliquerait une atteinte notable à la sphère privée, qui peut être celle d'administrés ou d'institutions. Cette disposition n'exclut donc pas automatiquement l'accès à tout document dès l'instant qu'il concernerait la sphère privée d'un tiers; elle requiert une pesée des intérêts en présence. Par exemple, un avocat mandaté par une institution doit s'attendre à ce que le montant des honoraires qu'il perçoit du chef de ce mandat soit le cas échéant communiqué à des tiers, dès lors qu'il s'agit de l'utilisation des ressources d'institutions chargées de l'accomplissement de tâches de droit public, bien que cette information concerne sa sphère privée économique* ».

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

36. Le Préposé cantonal arrive à la conclusion que l'EMS La Provvidenza est bien soumis au champ d'application de la LIPAD et au principe de la transparence fixé par la loi.
37. Il considère, à la lecture de l'art. 3 al. 4 LIPAD, que seuls peuvent lui être appliquées les règles relatives à la transparence, à l'exception de celles concernant la protection des données, étant donné son statut d'institution de droit privé au sens de l'art. 3 al. 2 LIPAD.
38. Dès lors, contrairement à ce qu'affirme la demanderesse, il n'entre pas dans les compétences du Préposé cantonal de rédiger dans la présente affaire une recommandation en matière de protection des données personnelles (art. 49 al. 5 LIPAD), étant donné l'application, pour cet aspect précis, de la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD; RS 235.1).
39. Le Préposé cantonal note que les documents querellés ont été remis aux seuls membres du comité de l'EMS La Provvidenza.

<sup>1</sup> [https://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/540311/45/540311\\_45\\_partie41.asp](https://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/540311/45/540311_45_partie41.asp).

<sup>2</sup> [https://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/540311/45/540311\\_45\\_partie41.asp](https://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/540311/45/540311_45_partie41.asp).

40. Il est en premier lieu d'avis que l'exception de la sauvegarde du processus décisionnel (art. 26 al. 2 let. c LIPAD) n'est pas remplie en l'espèce. En effet, les documents susmentionnés ne constituent pas des documents préparatoires dont la communication serait de nature à entraver notablement le processus décisionnel. La présente affaire n'a pas trait à des négociations en cours qui pourraient être compromises.
41. Le deuxième point à vérifier est celui de savoir si l'exception à l'accès prévue à l'art. 26 al. 2 let. g LIPAD est remplie en l'espèce. En d'autres termes, il faut examiner si l'accès aux documents querellés impliquerait une atteinte notable à la sphère privée de PWC, étant entendu que la sphère privée des collaborateurs n'est pas en cause présentement, les documents remis au Préposé cantonal ne mentionnant aucunement le nom et la fonction de ceux-ci, si bien qu'ils ne sont pas reconnaissables.
42. Force est tout d'abord de constater que l'exception tirée de la sphère privée n'exclut pas de facto l'accès; la réalisation effective d'un cas d'exception au sens de l'art. 26 al. 2 let. g LIPAD doit être examinée attentivement en fonction des circonstances de chaque cas. Une pesée des intérêts en cause est nécessaire.
43. S'opposent dans le cas présent l'intérêt privé de PWC dont se prévaut l'EMS La Provvidenza, soit le respect de la clause de confidentialité signée avec l'auditeur, et l'intérêt du public à pouvoir obtenir des documents susceptibles de l'intéresser.
44. Dans une recommandation du 27 février 2014 (EPFL/Nestlé), le Préposé fédéral s'est prononcé pour la première fois sur la validité de clauses contractuelles de confidentialité, conclues entre l'administration publique et un tiers. A cet égard, il est remarqué: « *Es gilt zu beachten, dass es bei Vertragsverhältnissen zwischen Behörden und Privaten weder alleine im Machtbereich der einen noch der anderen Vertragspartei liegen darf und auch nicht in gegenseitigen Einvernehmen möglich sein soll, den Inhalt des jeweiligen Vertrages vollständig dem Öffentlichkeitsgesetz zu entziehen. Damit stünde es den Vertragsparteien nämlich völlig frei, den Geltungsbereich des Gesetzes weitgehend zu beschneiden, was nach Ansicht des Beauftragten nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen kann* » (cons. 24) (trad.: *Il convient de noter que, lors de relations contractuelles entre des autorités et des privés, il n'est pas en pouvoir de l'un ou de l'autre d'imposer sa seule vision et il ne doit pas être possible, par un accord mutuel, de retirer totalement le contenu du contrat du principe de publicité. En procédant de la sorte, les parties contractantes seraient complètement libres de restreindre le champ d'application de la loi dans une large mesure, ce que le Préposé fédéral estime ne pas correspondre à la volonté du législateur*).
45. Le Préposé fédéral conclut de son analyse qu'il n'est pas envisageable de donner aux parties à un contrat la possibilité d'avoir une influence sur le caractère public ou privé d'un document du simple fait que ledit contrat contiendrait une clause de confidentialité.
46. Le Préposé cantonal relève que la situation se présente sous le même angle s'agissant de l'application de la LIPAD à Genève qu'au plan fédéral. En effet, comment admettre que de telles clauses de confidentialité puissent renverser le paradigme de la transparence voulue par le législateur genevois en 2002 au profit de la règle du secret qui prévalait auparavant? Le caractère secret ou public d'un document est une qualification qui relève de la loi seule et qui échappe à la volonté des parties.

47. De telles clauses de confidentialité ne déploient pas d'effet juridique sur l'information dite passive (art. 24 ss LIPAD), soit de l'accès aux documents sur demande des particuliers.
48. Dans le présent cas, le Préposé constate que l'EMS La Provvidenza est membre de la FEGEMS (Fédération genevoise des établissements médico-sociaux), association faitière des établissements accompagnant, en tant que lieux de vie et de soins, des personnes âgées en perte d'autonomie. A teneur de l'art. 6 al. 1 des statuts de cette dernière<sup>3</sup>, ses ressources sont notamment constituées d' « *aides financières des pouvoirs publics* ».
49. Le Préposé cantonal est d'avis que les documents ayant trait à la bonne gestion d'une institution bénéficiant de fonds publics constituent des informations pouvant sans nul doute favoriser la libre formation de l'opinion publique des citoyens et leur participation à la vie publique.
50. La balance des intérêts en présence, soit la protection de la sphère privée de PWC, d'une part, et celui du public de connaître les éventuels dysfonctionnements d'une organisation fonctionnant avec des fonds publics, penche donc en faveur de l'information du public.
51. Reste encore à examiner la question de la remise d'un document rédigé par une entreprise privée (PWC) à l'attention d'une institution privée soumise aux règles de la LIPAD relatives à la transparence (EMS La Provvidenza).
52. A Genève, le Tribunal administratif (TA) a examiné à deux reprises<sup>4</sup> le statut d'un avocat mandaté par l'État de Genève pour réaliser un audit. Mis en cause par le rapport d'audit rendu public, un fonctionnaire avait notamment sollicité de son département la remise du dossier relatif à l'audit, lequel était en mains de l'auditeur.
53. Dans un arrêt sur partie<sup>5</sup>, le TA avait imparti un délai à l'auditeur, appelé en cause, pour produire l'intégralité du dossier, auquel les parties n'auraient pas accès tant qu'un jugement définitif et exécutoire ne leur aurait pas accordé un tel droit, décision confirmée par le Tribunal fédéral saisi d'un recours de droit public<sup>6</sup>. L'auditeur avait alors transmis une partie du dossier au département; pour le reste, il refusait d'obtempérer, alléguant qu'il était intervenu comme avocat dans l'établissement du rapport d'audit, soit sur la base d'un mandat de droit privé, et que les règles sur le secret professionnel l'empêchaient de s'exécuter. L'État de Genève avait fait sienne cette argumentation. Le TA, se référant notamment au fait que, dans une procédure pénale parallèle, le Conseil d'État avait refusé la levée du secret de fonction de l'auditeur en précisant que celui-ci avait agi en qualité d'agent de l'État, a confirmé que tel était bien le cas. La juridiction administrative a motivé sa décision comme suit. Selon elle, « *Cette tâche [la mission d'audit] doit être considérée comme relevant du droit public. En effet, dans l'accomplissement de sa tâche, M. Z. était tenu d'agir dans le respect des principes gouvernant le droit public. En effet, l'application des principes généraux de droit administratif s'imposaient en la circonstance, même hors de toute procédure contentieuse ou non contentieuse. Qu'elles concernent, comme en l'espèce, la protection de la personnalité (art. 2B de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997, LPAC - B 5 05, et 26B de la loi sur la police du 27 octobre 1957, LPol - F 1 05), les principes généraux du droit de la fonction publique (art. 2A LPAC),*

<sup>3</sup> file:///C:/Users/St%C3%A9phane/Downloads/Fegems\_Statuts\_240310.pdf.

<sup>4</sup> ATA/210/2009 du 28 avril 2009 et ATA/383/2010 du 8 juin 2010.

<sup>5</sup> ATA/102/2008 du 4 mars 2008.

<sup>6</sup> ATF du 12 août 2008 en la cause 1C\_149/2008.

*l'interdiction de discrimination (art. 2C LPAC) ou encore les droits fondamentaux (protection de la sphère privée, notamment), ces règles doivent pouvoir être garanties et leur application contrôlée par les moyens de droit public destinés à assurer leur mise en œuvre. S'il suffisait à l'autorité de confier à des mandataires externes à l'administration des missions de droit public pour qualifier de rapports de droit privé les relations qu'elles entretiennent avec eux et se soustraire à ces garanties, ces principes seraient détournés de leur but ».*

54. S'agissant de la mise en œuvre du principe de la transparence des activités de l'État, cette argumentation doit être approuvée. S'il suffisait en effet à une institution publique ou parapublique de confier ses documents à des mandataires privés pour échapper à ce principe, le volet « transparence » de la LIPAD serait vite lettre morte. Ce n'était nullement l'intention du législateur, pour qui, d'ailleurs, « *un avocat mandaté par une institution doit s'attendre à ce que le montant des honoraires qu'il perçoit du chef de ce mandat soit le cas échéant communiqué à des tiers, dès lors qu'il s'agit de l'utilisation des ressources d'institutions chargées de l'accomplissement de tâches de droit public, bien que cette information concerne sa sphère privée économique* »<sup>7</sup>.
55. Le Préposé cantonal remarque encore, s'agissant de la problématique générale de l'accès à un audit, qu'une question similaire s'est posée dans les cantons du Jura et de Neuchâtel. Le Préposé de Jura et Neuchâtel a estimé (dossier 2014.0690) qu'un directeur concerné par un audit a le droit d'accéder à ses données personnelles, sous réserve des exceptions prévues à l'article 33 (restrictions au droit d'accès) de la Convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (CPDT-JUNE) des 8 et 9 mai 2012, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013. Il peut aussi avoir droit à l'ensemble de l'audit lorsque ce document peut être qualifié d'officiel (art. 71 CPDT-JUNE – principe de la transparence) et que les exceptions prévues à l'article (art. 72 CPDT-JUNE – principes de la transparence) ne sont pas remplies.
56. En 2009, à Genève, un haut cadre de la police dont le service avait fait l'objet d'un audit publié quelque temps sur le site Internet de l'Etat de Genève voyait là une atteinte à sa personnalité. Le fait justificatif écartant l'illicéité de la publication était, selon la Chambre civile de la Cour de justice, le besoin d'information du public sur un service dans lequel de graves manquements avaient été relatés dans la presse et parce que le haut fonctionnaire en question était une personne bien connue à Genève<sup>8</sup>. La présente affaire se distingue toutefois radicalement de celle-ci, car c'est précisément la personne visée par l'audit, à savoir la directrice de l'EMS, qui demande à connaître ce document, qui n'a pas été mis à disposition sur Internet.
57. Dès lors, au vu de ce qui précède, en tant que le rapport d'audit sur la gestion de l'EMS La Provvidenza rédigé par PWC est susceptible d'intéresser le public, le Préposé cantonal estime qu'il doit être remis dans son intégralité à la demanderesse.
58. Il doit en aller de même, à plus forte raison, de l'enquête de satisfaction effectuée par PWC auprès des familles de résidents de l'EMS La Provvidenza.
59. En revanche, tel n'est pas le cas de « *tous les documents remis à PWC par le comité de l'EMS* ». En effet, par exemple, les notes personnelles prises par l'auditeur dans le cadre de sa mission constituent clairement des brouillons non

<sup>7</sup> Commentaire article par article du projet de loi cantonale sur l'information du public et l'accès aux documents (PL8356) ad art. 26 al. 2 let. g LIPAD, p. 66.

<sup>8</sup> ACJC/253/2012 du 24 février 2012.

achevés qui ne sont pas visés par le droit d'accès institué par la LIPAD. Elles ne constituent pas des documents au sens de l'art. 24 LIPAD.

60. La situation est identique s'agissant des « *plaintes, lettres de mécontentement, lettre de Monsieur [REDACTED], lettre de Madame [REDACTED], soit des documents que le comité a évoqués en octobre 2013 en s'adressant à [la demanderesse]* ». Ces documents sortent en effet du cadre de l'information du public et ressortent des exceptions visées au titre de la sphère privée de tiers.

## RECOMMANDATION

61. Se fondant sur les considérations qui précèdent, le Préposé cantonal recommande que l'EMS La Provvidenza communique à la demanderesse :

- Le rapport d'audit sur la gestion de l'EMS La Provvidenza rédigé par PWC;
- L'enquête de satisfaction effectuée par PWC auprès des familles de résidents de l'EMS La Provvidenza.

62. Le Préposé cantonal recommande en revanche de ne pas communiquer à la demanderesse « *tous les documents remis à PWC par le comité de l'EMS* », ni les « *plaintes, lettres de mécontentement, lettre de Monsieur [REDACTED], lettre de Madame [REDACTED], soit des documents que le comité a évoqués en octobre 2013 en s'adressant à [la demanderesse]* ».

63. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, l'EMS La Provvidenza doit rendre une décision sur la communication des documents considérés (art. 30 al. 5 LIPAD).

9. La recommandation est notifiée par courrier recommandé à :

[REDACTED] L'EMS La Provvidenza, Me J., [REDACTED]  
[REDACTED]

[REDACTED] Mme M. (demanderesse), Me D., [REDACTED]

Stéphane Werly  
Préposé cantonal