# Accès aux documents (art. 24 ss LIPAD) : G. à Dübendorf contre Université de Genève

## Recommandation du 20 novembre 2014

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

1. Le 23 juin 2014, M. G. s'est adressé par lettre à l'Université de Genève à l'attention de Mme Marie Fuselier, 24, rue du Général Dufour, 1211 Genève 4, en lui demandant l'accès, par le biais d'une réponse à lui fournir par voie électronique, soit : *«Documents (par exemple offres, factures ou contrats) qui indiquent combien l'Université de Genève a payé ou payera aux éditeurs suivants pendant 2010 - 2016 :*
   - *Elsevier*
   - *Springer*
   - *Wiley».*
2. M. G. expliquait dans sa lettre qu'il y avait un intérêt à ce que les sommes soient distinguées selon les revues *"(print et électronique), E-books et banque de données".*
3. Le requérant soulignait également qu'il avait pu obtenir ces mêmes informations sollicitées auprès d'autres organismes à l'étranger (aux Etats-Unis et au Royaume-Uni en particulier).
4. Par lettre du 14 juillet 2014, l'Université de Genève a fait part de son intention de refuser l'accès aux informations en cause précisant dans sa lettre que *"des intérêts prépondérants s'opposent à la communication des documents demandés. En particulier, consentir un tel accès serait propre à "révéler des informations couvertes par des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, le secret fiscal, le secret bancaire ou le secret statistique" au sens de l'article 26 alinéa 2 lettre i LIPAD".* La possibilité de saisir le Préposé cantonal en vue d'une médiation y était précisée.
5. Le 21 juillet 2014, M. G. s'est adressé au Préposé cantonal en demandant, conformément à l'art. 30 LIPAD, qu'une médiation soit organisée. Il précisait dans son courrier que, de son point de vue, les *"dépenses de l'Université de Genève ne sont pas des secrets professionnels"* soulignant qu'*"on sait que les éditeurs préfèrent le caractère confidentiel seulement pour entraver la concurrence"*, précisant par ailleurs que l'exemple d'autres bibliothèques montrent qu'il *"n'est pas nécessaire d'accepter des non-disclosure agreements".*
6. Le 11 septembre 2014, M. Pierre Heyer, responsable LIPAD de l'Université de Genève s'est excusé auprès de M. Stéphane Werly expliquant son absence à la médiation en raison d'un empêchement; dans son courriel, il soulignait partager la position prise par l'Université.
7. La rencontre de médiation a été organisée le 12 septembre 2014 et n'a pas abouti.
8. Après la rencontre de médiation, le 15 septembre 2014, M. G. a adressé un courriel au Préposé cantonal que les représentants de l'Université de Genève – Mme Marie Fuselier et Mme Michèle Furer-Benedetti – ont reçu en copie.
9. Dans ce courrier électronique, M. G. mentionne l'existence d'un jugement américain de 2009 *"Washington State University vs. Elsevier"* considérant que de tels chiffres

ne relèvent pas du secret professionnel et ne sont dès lors pas à considérer comme des exceptions au *"Washington State Open Public Records Act"*. M. G. relève encore que, depuis cette décision de 2009, la plupart des universités américaines communiquent au public les montants relatifs à leurs contrats avec les éditeurs.

10. Conformément à l'art. 30 al. 5 LIPAD, si la médiation ne débouche pas sur un accord, le Préposé cantonal rédige une recommandation sur l'accès au document à l'attention de l'institution.

11. Dans le cadre de la réunion des informations nécessaires à l'élaboration de la présente recommandation, la Préposé adjointe s'est rendue à l'Université de Genève le 8 octobre 2014 où elle a rencontré Mme Michèle Furer-Benedetti. De cet échange, il est ressorti que :

    - L'Université de Genève n'a pas signé les contrats avec les trois maisons d'édition Elsevier, Springer et Wiley.
    - Ces différents contrats sont négociés par un Consortium, le Consortium des Bibliothèques universitaires suisses, qui conclut les licences pour les bases de données et les périodiques électroniques.
    - C'est le responsable du Consortium qui signe les contrats de licence avec les éditeurs concernés.
    - Chacun de ces contrats contient une clause de confidentialité (la rédaction de ces clauses varie d'un contrat à l'autre).
    - La facturation n'est pas traitée directement par le Consortium mais a été déléguée à une entreprise privée qui s'appelle SWETS et qui fait parvenir les factures aux bibliothèques concernées.
    - M. G. a travaillé pour l'Université de Berne. Il est sensibilisé à ces questions de transparence des coûts.
    - Outre la démarche auprès de l'Université de Genève, il s'est adressé en parallèle à d'autres universités cantonales ainsi qu'aux écoles polytechniques fédérales.
    - Les questions soulevées par la démarche de M. G. ont été examinées au sein de la Conférence des bibliothèques universitaires où siègent les directeurs des bibliothèques universitaires et des hautes écoles de Suisse ainsi que la direction du Consortium.
    - Une décision concertée a ainsi été prise de ne pas remettre les informations demandées à M. G. en raison des clauses de confidentialité contenues dans les contrats en question et au vu du risque qu'une action judiciaire soit intentée contre le Consortium.

12. Compte tenu du contexte particulier de cette requête d'accès aux documents, qui est également adressée par M. G. auprès d'universités relevant d'autres cantons et de la Confédération, les préposés genevois ont entrepris une démarche de concertation, par courriel du 10 octobre 2014, auprès de leurs homologues membres de l'association suisse PRIVATIM et auprès des préposés latins. Il est à noter que le préposé fédéral suppléant à la protection des données et à la transparence participe aux rencontres périodiques des préposés latins.

13. Différentes réponses sont parvenues aux préposés genevois par courriel. Le thème a été traité lors d'une rencontre du Groupe d'intervision sur la gestion consensuelle des conflits de transparence qui s'est réuni dans les locaux du Préposé fédéral à Berne le 14 novembre 2014. Ce sujet était également l'un des points de l'ordre du jour de la

rencontre périodique des préposés latins qui a eu lieu le lundi 17 novembre 2014 à Fribourg dans les locaux de la Préposée à la transparence.

14. Le Préposé argovien, dans son courriel du 14 octobre 2014, souligne : « *...Verträge von öffentlichen Organen, die sich auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben beziehen, sind nach aargauischem Recht amtliche Dokumente und unterstehen daher grundsätzlich dem Zugangsrecht. Eine explizite Ausnahme für Fälle, in denen Geheimhaltung zugesichert wurde, sieht unser Gesetz nicht vor. Es müsste aber im Anwendungsfall geprüft werden, ob überwiegende private oder öffentliche Interessen eine Gewährung des Zugangs entgegenstehen. Dass eine Geheimhaltungsvereinbarung geschlossen wurde, stellt... nur ein Indiz für einer Geheimhaltungsinteresse dar, aber keinen absoluten Ausschlussgrund für die Einsicht* ».

15. La Préposée du canton de Soleure relève dans son courriel du 15 octobre 2014 : « *...Behörden auf Wunsch der Vertragspartner zu oft und zu umfassende Schweigepflichten vertraglich vorsehen. Dies kann bei den Vertragspartnern – wie im konkreten Fall – zu Unsicherheiten in Bezug auf die Anwendung des Öffentlichkeitsprinzips führen. Meist sehen Informations-und Datenschutzgesetze nicht oder nur in einem kleinen Umfang vor, dass das Öffentlichkeitsprinzips durch vertragliche Abmachungen eingeschränkt werden kann. Gesetzeswidrige vertragliche Schweigepflichten können das Öffentlichkeitsprinzips nicht einschränken* ».

16. La Préposée cantonale à la transparence du canton de Fribourg, dans son courrier électronique du 16 octobre 2014, abonde dans le sens exprimé par la Préposée soleuroise : « *Unser Gesetz sieht wie der Kanton SO ein möglicherweise überwiegendes privates Interesse im Falle einer Geheimhaltungsvereinbarung vor, doch im Falle einer Schlichtung sähe ich hier auf keine Fall einen absoluten Ausschlussgrund...* ».

17. Le Préposé du canton de Bâle Ville, se référant aux propos de la Préposée soleuroise explique que la législation du canton de Bâle-Ville contient des normes similaires. Par ailleurs, il informe dans son courriel du 20 octobre 2014 de l'existence d'un blog http://wisspub.net « *Gemeinschaftsblog zu wissenschaftlicher Kommunikation im Netz* » sur lequel sont répertoriées des informations relatives à la démarche de M. G. auprès des institutions publiques cantonales et fédérales concernées. Le blog contient de multiples détails sur les réactions des bibliothèques universitaires. Concernant la Bibliothèque universitaire de Lugano (USI), il est mentionné sur ce blog qu'en date du 29 juillet 2014, la première réponse positive lui est parvenue en lui fournissant les données financières sollicitées «*...wieviel Geld für Erwerbungen bei den Verlagen Elsevier, Springer und Wiley in den Jahren 2010-2016 eingesetz wurde* ».

18. Le Préposé à la protection des données du canton de Zoug, dans son courriel du 20 octobre 2014, rend compte de la législation en vigueur dans son canton concluant que « *...Das Zuger Recht lässt eine solche Zusicherung auf Vertraulichkeit ausdrücklich nicht zu* ».

19. Le juriste du Préposé à la transparence du canton du Tessin, dans son courriel du 23 octobre 2014, remarque que la législation tessinoise permet de refuser le droit d'accès à un document officiel pour protéger un intérêt public ou privé prépondérant, s'il peut entraîner la divulgation de secrets d'affaires et précise que «*...l'existence d'une clause de confidentialité en elle-même n'entraîne pas la suppression du droit d'accès au document* ». Si c'était le cas, « *il suffirait d'introduire cette clause dans les contrats pour les rendre inaccessibles...* ».

20. La Préposée à la protection des données et à l'information du canton de Vaud, précisant le cadre juridique vaudois, similaire à celui du canton du Tessin, relève : « *...il convient d'interpréter ces motifs de manière restrictive et... il ne faut pas qu'une clause de confidentialité dans un contrat permette de contourner complètement le*

*principe de transparence. Il y a des solutions intermédiaires tout à fait acceptables comme la transmission partielle d'informations... ».*

21. Le Préposé valaisan, réagissant à ces différents échanges par courriel le 30 octobre 2014, expose la situation dans le canton du Valais en rappelant qu'elle est similaire à celle du Tessin. Il met en avant une recommandation du Préposé fédéral du 7 août 2014 relative à une procédure d'accès aux documents, en application de l'art. 10 de la loi fédérale sur la transparence, contre l'Office fédéral de la communication ainsi qu'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (affaire Gilberg c. Suède) traitant de la question de savoir si une clause de confidentialité peut faire échec à l'exercice d'un droit à la transparence en y apportant une réponse négative. Le Préposé valaisan conclut en remarquant qu'il pencherait : *« pour une solution octroyant le droit d'accès, avec peut-être certaines conditions à définir ».*

22. Lors de la séance du Groupe d'intervision sur la gestion consensuelle des conflits de transparence à Berne le 14 novembre 2014, la position qui a été dégagée était unanime sur la question en ce sens que de telles clauses de confidentialité ne peuvent faire échec au droit à la transparence. Les représentants du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence ont, par ailleurs, mis en évidence un document émanant de leurs services, du 7 août 2013, traitant des questions fréquentes en matière de transparence (FAQ). S'agissant des clauses de confidentialité *« Vertraulichkeitsklausel in Verträgen»,* il est rappelé que l'article 7, al. 1, let. h de la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans) stipule qu'une éventuelle restriction au droit d'accès peut intervenir s'il : *« peut avoir pour effet de divulguer des informations fournies librement par un tiers à une autorité qui en a garanti le secret ».* Selon le droit fédéral, trois conditions cumulatives doivent ainsi être réunies.

    Il faut que :

    - L'information en cause ait été communiquée par une personne privée et non par une autorité
    - La communication ait été faite librement et ne soit pas intervenue sur la base d'une obligation légale ou contractuelle
    - L'autorité publique se soit engagée à garder l'information confidentielle.

    Lors de cette rencontre et s'agissant de l'application de l'art. 7, al. 1 let. h LTrans, il a également été fait référence à un arrêt du Tribunal administratif fédéral du 28 octobre 2014 (A-6291/2013) Schutzverband der Bevölkerung um den Flughafen Zürich sbfz contre Flughafen Zürich AG et Bundesamt für Zivilluftfahrt BAZL qui précise à son considérant 7.3.3 au sujet de la troisième condition mentionnée ci-dessus : *« schliesslich muss die Verwaltung die Zusicherung der Vertraulichkeit auf ausdrückliches Verlangen des Informanten erteilt haben ».*

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

23. 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.

24. Il n'est pas nécessaire de motiver la demande (art. 28 al. 1 LIPAD).

25. Selon l'art. 10 al. 7 RIPAD, dès qu'il est saisi d'une requête de médiation, le Préposé cantonal informe le responsable LIPAD de l'institution concernée; il incombe à celui-ci de renseigner le Préposé cantonal et de représenter l'institution dans le cadre de la procédure de médiation. En fonction des circonstances, le responsable LIPAD peut

se faire accompagner de tout organe ou membre de l'institution dont le concours serait propice à l'éclaircissement des faits et à la recherche d'une solution consensuelle.

26. L'art. 10 al. 8 RIPAD précise que le Préposé cantonal mène la procédure 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 (al. 9).

27. 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).

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

29. 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).

30. 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.

31. L'entrée en vigueur de la LIPAD, le 1er 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.

32. L'Université de Genève est un établissement de droit public doté de la personnalité morale ainsi que le précise la loi sur l'Université du 13 juin 2008 (LU; RSGe C 1 30) à son article 1er; l'Université de Genève est donc clairement soumise au champ d'application de la LIPAD au sens de l'art. 3 al. 1 let. c LIPAD.

33. Aux termes de la LIPAD, toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la loi. L'accès comprend la consultation sur place des documents et l'obtention de copies des documents (art. 24 al. 1 et 2 LIPAD).

34. 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. Pour les informations n'existant que sous forme électronique, seule l'impression qui peut en être obtenue sur un support papier par un traitement informatique simple est un document. 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).

35. 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. Lorsque l'obstacle à la communication d'un document a un caractère temporaire, l'accès au document doit être différé jusqu'au terme susceptible d'être précisé plutôt que simplement refusé. La décision de donner un accès total, partiel ou différé à un document peut être assortie de charges lorsque cela permet de sauvegarder suffisamment les intérêts à protéger (art. 27 LIPAD).

36. 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 prévu à l'art. 26 LIPAD qui stipule :

> 1 « Les documents à la communication desquels un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose sont soustraits au droit d'accès institué par la présente loi.
>
> 2 Tel est le cas, notamment, lorsque l'accès aux documents est propre à :
>
> a) mettre en péril la sécurité de l'Etat, la sécurité publique, les relations internationales de la Suisse ou les relations confédérales;
>
> b) mettre en péril les intérêts patrimoniaux légitimes ou les droits immatériels d'une institution;
>
> c) entraver notablement le processus décisionnel ou la position de négociation d'une institution;
>
> d) compromettre l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par la loi;
>
> f) rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers;
>
> g) porter atteinte à la sphère privée ou familiale;
>
> h) révéler des informations sur l'état de santé d'une personne;
>
> i) révéler des informations couvertes par des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, le secret fiscal, le secret bancaire ou le secret statistique;
>
> j) révéler d'autres faits dont la communication donnerait à des tiers un avantage indu, notamment en mettant un concurrent en possession d'informations auxquelles il n'aurait pas accès dans le cours ordinaire des choses;
>
> k) révéler l'objet ou le résultat de recherches scientifiques en cours ou en voie de publication;
>
> l) révéler des délibérations et votes intervenus à huis clos ou compromettre les intérêts ayant justifié le huis clos d'une séance.
>
> 3 Les notes échangées entre les membres d'une autorité collégiale ou entre ces derniers et leurs collaborateurs sont exclues du droit d'accès institué par la présente loi.
>
> 4 Sont également exclus du droit d'accès les documents à la communication desquels le droit fédéral ou une loi cantonale fait obstacle.
>
> 5 L'institution peut refuser de donner suite à une demande d'accès à un document dont la satisfaction entraînerait un travail manifestement disproportionné ».

37. Face à la présente requête, deux des exceptions prévues par cette disposition doivent retenir notre attention plus avant : l'art. 26, al. 2, lettre g LIPAD concernant l'existence d'une atteinte à la sphère privée et l'art. 26, al. 2, lettre i LIPAD ayant trait à l'existence d'une information couverte par le secret professionnel ou d'affaires.

38. S'agissant de l'exception prévue à l'art. 26 al. 2 lettre g LIPAD, l'exposé des motifs à l'appui du PL 8356[1] remarque : « *Cette disposition n'exclut donc pas*

[1] https://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/540311/45/540311_45_partie41.asp.

*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* ».

39. Au sujet de l'art. 26 al. 2 let. i LIPAD, l'exposé des motifs à l'appui du PL 8356[2] précise notamment ce qui suit: « *L'exception tirée des différents secrets institués par la législation représente en réalité un cas particulier d'exceptions justifié par la protection de la sphère privée. Il apparaît néanmoins utile de faire une mention explicite des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, ainsi que, comme cela a été réclamé de plusieurs parts au cours de la procédure de consultation, du secret fiscal. Les institutions jouent un rôle important dans l'économie locale, en particulier par les commandes qu'elles passent et les travaux qu'elles adjugent. Les entrepreneurs ou autres fournisseurs de prestations entrant en contact avec elles doivent admettre d'emblée d'agir dans la transparence. Il importe néanmoins que de telles relations ne les mettent pas dans une situation d'infériorité par rapport à des concurrents en mettant ces derniers au bénéfice d'informations normalement confidentielles* ».

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

40. Le Préposé observe en premier lieu que M. G. est avant tout intéressé à connaître les montants payés aux différents éditeurs Elsevier, Springer et Wiley de 2010 à 2016. A cet égard, il laisse une marge d'appréciation à l'Université de Genève quant aux documents à lui fournir à cet effet puisqu'il précise dans sa lettre du 14 juillet 2014 *« par exemple offres ou factures ou contrats ».*

41. Une offre, une facture ou un contrat passé avec un éditeur constitue bien un document en possession d'une institution, au sens de l'art. 25 LIPAD.

42. Les factures découlant des publications scientifiques des éditeurs Elsevier, Springer et Wiley relève des tâches publiques exercées par l'Université de Genève.

43. La question se pose de savoir s'il existe une exception au droit d'accès, en particulier si le droit d'accès aux offres, factures ou contrats avec les éditeurs est propre à porter atteinte à la sphère privée (art. 26 al. 2 let. g) ou à révéler des informations couvertes par des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires (art. 26 al. 2 let. i).

44. L'Université de Genève, dans sa lettre du 14 juillet 2014, se limite à mentionner l'art. 26, al. 2, let. i sans apporter de justification plus précise.

45. 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*

[2] https://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/540311/45/540311_45_partie41.asp.

*ne doit pas être possible, par un accord mutuel, de retirer totalement le contenu du contrait 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).*

46. 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.

47. Il est clair que la LIPAD perdrait de son sens s'il était possible de faire échec au droit d'accès à des documents en faisant simplement détenir par un tiers de droit privé des documents qui ont vocation à régler une tâche de droit public.

48. Le Préposé cantonal est ainsi d'avis 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.

49. De telles clauses de confidentialité ne déploient dès lors pas d'effet juridique sur l'information dite passive (art. 24 ss LIPAD), soit de l'accès aux documents sur demande des particuliers.

50. Quant à l'exception tirée du secret professionnel ou d'affaires, la jurisprudence[3] et la doctrine[4] précisent qu'il y a secret d'affaires et de fabrication uniquement si l'état de fait remplit plusieurs conditions cumulatives : premièrement, il doit exister un lien entre l'information et l'entreprise; deuxièmement, le fait en question doit être relativement inconnu; troisièmement, le détenteur du secret doit vouloir garder le secret (intérêt subjectif); et quatrièmement, il existe un intérêt fondé au maintien du secret (intérêt objectif).

51. S'agissant de cette exception, relevons que le secret concerne des informations d'ordre économique ou financier, tels que des documents comptables, doit s'examiner à la lumière de l'argument selon lequel les conditions du marché ont une incidence sur le coût pour le secteur public, que les entreprises en concurrence doivent respecter les règles relatives aux marchés publics qui réclament de la transparence sur les coûts en particulier sur les montants des marchés attribués et les conditions globales de prix.

52. Le Préposé cantonal fait remarquer que la transparence des institutions publiques est particulièrement importante pour tout ce qui relève de la gestion financière des institutions qui concerne nombre de requêtes d'accès aux documents, ce domaine intéressant particulièrement la libre formation de l'opinion des citoyens sur la bonne gestion des institutions.

53. Il souligne également qu'il ne suffit pas simplement que l'institution publique intéressée invoque l'une des exceptions prévue par la LIPAD pour pouvoir s'affranchir de l'obligation de donner accès aux documents. Encore faut-il développer les raisons pour lesquelles l'une des exceptions prévues par la loi est bien remplie, ce que

---

[3] ATF 80 IV 22 consid. 2a; ATF 118 Ib 547 consid. 5.

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

l'Université de Genève n'a aucunement démontré. Un refus non justifié ne suffit donc pas.

54. L'information ne doit être maintenue secrète que si la divulgation de l'information représente un risque réel et clairement identifiable de porter gravement atteinte à un intérêt des éditeurs en question.

55. En l'état, le Préposé cantonal ne peut que constater que cette démonstration n'a pas été faite.

56. Le fait que des démarches analogues menées aux Etats-Unis et au Royaume Uni aient été menées avec succès et que l'argument relatif à l'existence d'un secret d'affaires ait été écarté constitue, en outre, un argument complémentaire dès lors que la situation se présente de façon tout à fait équivalente.

## RECOMMANDATION

57. Se fondant sur les considérations qui précèdent, le Préposé cantonal recommande à l'Université de Genève de permettre à M. G. l'accès aux documents qu'il sollicite, soit :

*« Documents (par exemple offres, factures ou contrats) qui indiquent combien l'Université de Genève a payé ou payera aux éditeurs suivants pendant 2010 - 2016 :*

- *Elsevier*
- *Springer*
- *Wiley ».*

58. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, l'Université de Genève doit rendre une décision sur la communication du document considéré (art. 30 al. 5 LIPAD).

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

a. Université de Genève, Uni Dufour, Division de l'information scientifique, rue Général-Dufour 24, 1211 Genève 4.

b. Monsieur G., [redacted]

Pascale Byrne-Sutton
Préposée ajointe