



Accès aux documents (art. 24 ss LIPAD): A. contre Services Industriels de Genève (SIG)

Recommandation du 27 octobre 2014

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

1. 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), la demanderesse a déposé une requête par courrier du 7 avril 2014 auprès de SIG en sollicitant l'accès, sous forme de copies, aux trois documents suivants:
 - Le contrat liant ou ayant lié SIG à Madame I. dans le domaine éolien;
 - Le contrat liant SIG à la société anonyme E., dénommé JUEL III;
 - Le business plan ou plan d'investissements préalable ayant conduit SIG à prendre une participation dans E. en vue de la réalisation d'investissements dans l'énergie éolienne.
2. Par lettre du 11 avril 2014, SIG a informé la demanderesse qu'il ne ferait pas droit à cette requête, considérant que: « lesdits documents ne peuvent pas [...] être communiqués car les informations qu'ils contiennent relèvent de l'article 26 alinéas 1 et 2 LIPAD qui précisent notamment que l'accès aux documents peut être refusé lorsque celui-ci est propre à mettre en péril les intérêts patrimoniaux légitimes d'une institution, entraver notablement le processus décisionnel ou la position de négociation d'une institution, compromettre l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes, rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers, révéler des informations couvertes par des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires ».
3. Par courriel adressé au Préposé cantonal le 22 avril 2014, la demanderesse 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).
4. Lors de la médiation organisée dans les locaux du Préposé cantonal le 17 juin 2014, les parties ont émis de suspendre temporairement la procédure et de se revoir dans un délai proche.
5. En date du 21 juillet 2014, un second rendez-vous a été organisé. Toutefois, la médiation n'a pas abouti.
6. 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.
7. En date du 23 juillet 2014, un ancien juge a indiqué au Préposé cantonal « instruire une enquête administrative ouverte par les Services industriels de Genève, dont le contenu reste confidentiels, relative notamment au partenariat éolien JUEL III ». Il est précisé dans la même lettre que la requête de la demanderesse lui paraît être de na-

ture à compromettre le déroulement et l'aboutissement de l'enquête dirigée contre un directeur et un ex-directeur de SIG.

8. Le 13 août 2014, la demanderesse a écrit au Préposé cantonal pour répliquer aux arguments de refus de communication des documents opposés par SIG.
9. Dans un courrier adressé au Préposé cantonal le 29 août 2014, SIG a répondu aux observations formulées par la demanderesse.
10. Avant de préparer sa recommandation, le Préposé cantonal a requis de la part de SIG de pouvoir consulter les trois documents querellés. A cette fin, il s'est rendu dans les locaux de SIG les 8 et 16 octobre 2014.

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

11. L'entrée en vigueur de la LIPAD le 1^{er} 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.
12. SIG est un établissement de droit public au sens de l'art. 3 al. 1 let. c LIPAD et de l'art. 1 al. 1 de la loi sur l'organisation des Services Industriels de Genève du 5 octobre 1973 (LSIG; RSGe L 2 35).
13. De plus, en tant qu'établissement de droit public, SIG est considéré comme une autorité administrative au sens de l'art. 5 let. e de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA; RSGe E 5 10), si bien que cette loi lui est applicable.
14. La Constitution genevoise du 14 octobre 2012 (Cst-Ge; RSGe A 2 00) stipule par ailleurs à son art. 168:
Art. 168 Services industriels
¹ *L'approvisionnement et la distribution d'eau et d'électricité, ainsi que l'évacuation et le traitement des eaux usées, constituent un monopole cantonal dans la mesure permise par le droit fédéral.*
² *Ce monopole peut être délégué à une institution de droit public. Celle-ci offre également d'autres prestations en matière de services industriels, notamment la fourniture du gaz et de l'énergie thermique, ainsi que le traitement des déchets.*
³ *Elle rachète à des conditions adéquates l'énergie renouvelable produite par des particuliers ou des entreprises.*
⁴ *Elle ne pratique pas de tarifs dégressifs non conformes aux objectifs de la politique énergétique de l'Etat.*
15. 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.
16. SIG a refusé l'accès au document querellé. A teneur de l'art. 27 al. 1 LIPAD, l'institution requise doit préférer de répondre partiellement plutôt que de refuser toute entrée en matière.
17. La demanderesse a déposé sa requête auprès de SIG et a reçu une réponse négative. En tant que partie à la procédure de demande d'accès, elle est légitimée à déposer une demande de médiation.

18. 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. L'al. 8 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).
19. Dans ces limites, c'est au Préposé cantonal qu'il incombe de déterminer les modalités de la médiation. Dans leur pratique, les préposés 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).
20. 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 RIPAD).
21. 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.
22. 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.
23. Il n'est pas nécessaire de motiver la demande (art. 28 al. 1 LIPAD).
24. 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 ».
25. 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).
26. 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 aux documents est propre à compromettre l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par la loi (art. 26 al. 2 let. d LIPAD).

27. Le commentaire du PL 8356¹ précise à cet égard: « *Ces deux dispositions [let. d et e] 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* ».
28. Le fait de rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers constitue une autre exception à la divulgation (art. 26 al. 2 let. f LIPAD).
29. Le commentaire du PL 8356² remarque à ce propos: « *La lettre f coordonne quant à elle l'application de la LIPAD avec la législation (au sens large) sur la protection des données personnelles, dont l'application est d'ailleurs également réservée par l'article 2 alinéa 4 LIPAD* ».
30. Enfin, l'accès peut encore être refusé s'il est propre à révéler des informations couvertes par des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, le secret fiscal, le secret bancaire ou le secret statistique (art. 26 al. 2 let. i LIPAD).
31. Sur ce point, le commentaire du PL 8356³ indique notamment ce qui suit: « *L'exception tirée des différents secrets institués par la législation représente en réalité un cas particulier d'exceptions justifiés 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 adjudgent. 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:

32. Le Préposé cantonal relève que SIG, qui entre dans le champ d'application de la LIPAD, est bien soumis au principe de la transparence fixé par la loi.
33. Il constate, s'agissant tout d'abord de l'enquête administrative en cours, que le courrier du 23 juillet 2014 qui lui a été adressé par R. ne comporte pas d'argumentation quant au refus de donner les documents souhaités.
34. Il remarque que les art. 32 LPA et 68 du Statut du personnel de SIG validé le 26 juillet 2012 consacrent le secret de fonction. A leur lecture, le secret de fonction d'un collaborateur peut être levé par l'autorité compétente (Conseil d'administration de SIG), mais cette levée est limitée, dans le cadre d'une enquête administrative, à l'audition du collaborateur sollicité. Pour le surplus, le secret de fonction est mainte-

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

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

³ https://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/540311/45/540311_45_partie41.asp

nu, sous réserve de la LIPAD (art. 68 al. 1 du Statut du personnel de SIG). Cette réserve n'est toutefois pas applicable *in casu*, étant entendu que l'art. 26 al. 2 let. d LIPAD confirme l'application du secret de fonction, en tant qu'exception au droit d'accès.

35. Le Préposé cantonal comprend des échanges entretenus avec SIG que l'enquête administrative diligentée contre le directeur et l'ex-directeur apparaît sensible et complexe. Il rejoint la thèse de SIG selon laquelle la transmission des documents querelés à la demanderesse serait préjudiciable pour le déroulement de l'enquête, les témoins, personnes entendues à titre de renseignements ou encore l'enquêteur pouvant être influencés par d'éventuels articles de presse relatant le contenu des documents. Dans le même ordre d'idées, le risque existe que les autorités décisionnelles au sein de SIG amenés à se déterminer sur les constats et les conclusions de l'enquête ne puissent rendre sereinement leur décision.
36. Cela étant, le Préposé cantonal peut comprendre la non-remise des documents lors de l'enquête administrative en cours, l'exception de l'art. 26 al. 2 let. d LIPAD ne saurait faire échec à la communication de ceux-ci une fois l'enquête terminée.
37. De la sorte, il convient encore d'examiner les deux autres exceptions invoquées.
38. S'agissant de l'art. 26 al. 2 let. f LIPAD, SIG avance que le contrat le liant à I. contient des données personnelles comme l'adresse personnelle de cette dernière, la nature du mandat et de détail de sa rémunération.
39. S'agissant tout d'abord de l'adresse d'I., force est de constater qu'elle est publique, puisqu'elle figure par exemple sur la base de données de Swisscom (telsearch.ch). De plus, élue députée au Conseil national, I. a créé un site internet et rendu public un certain nombre de données personnelles la concernant⁴. Quant à la nature du contrat, elle a largement été reprise par la presse. Enfin, la rémunération totale versée à I. a été communiquées au public par SIG (289'000 francs).
40. Au surplus, le commentaire du PL 8356⁵ fait remarquer qu' « *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* ».
41. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal ne voit pas en quoi la remise des documents pourrait porter atteinte à la personnalité de la susnommée.
42. SIG avance en dernier lieu que le secret d'affaires et la clause de confidentialité s'opposent à la transmission des documents.
43. Selon le Tribunal fédéral, il faut comprendre par secret d'affaires « *toute connaissance particulière qui n'est ni de notoriété publique ni facilement accessible et que son détenteur a un intérêt légitime à garder secrète. Par secrets commerciaux, on entend des informations qui peuvent avoir une incidence sur le résultat commercial; il peut s'agir notamment de connaissances relatives à l'organisation, la calculation des prix, la publicité et la production*⁶ ».

⁴ <http://www.i...>

⁵ https://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/540311/45/540311_45_partie41.asp

⁶ ATF 109 1b 56.

44. Dans une recommandation du 22 avril 2009 (X. et Y./Office fédéral de la santé publique), le Préposé fédéral a estimé que l'exception de secret d'affaires « *ne concerne que des données essentielles dont la prise de connaissance par la concurrence entraînerait des distorsions du marché et ferait perdre un avantage concurrentiel à l'entreprise concernée* ».
45. A la lecture du contrat JUJEL III et du business plan, le Préposé cantonal n'est pas convaincu que la divulgation du mettrait SIG dans une situation d'infériorité par rapport à des concurrents. Si ces documents contiennent effectivement l'ensemble de la relation d'affaires entre SIG et E., on ne peut en déduire qu'une distorsion du marché ou la privation d'un avantage concurrentiel dans le domaine éolien ne sont pas exclues.
46. Le Préposé cantonal estime dès lors que SIG n'a pas démontré en quoi un tiers actif dans le développement et le commerce de l'énergie électrique d'origine renouvelable pourrait retirer un avantage concurrentiel de la révélation de la totalité des informations.
47. Il convient d'examiner maintenant la question de la clause de confidentialité contenue dans les trois documents demandés.
48. 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*).
49. 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.
50. D'ailleurs, 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.
51. 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.

52. 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.
53. Dans le présent cas, le Préposé cantonal remarque que l'investissement de SIG dans l'énergie éolienne a abondamment été relaté dans les médias. En résumé, fin 2013, une partie de ces investissements était tournée vers l'étranger au travers de la participation de SIG dans le capital des sociétés Swisspower Renewables AG (SPRAG) et EOSH, et l'autre vers le marché suisse au travers de différentes participations directement dans des projets ou au travers de sociétés. L'ensemble de ces investissements s'élevait en 2013 à 111 millions de francs, soit 40 millions pour l'étranger, et 71 millions pour le marché suisse. De manière plus détaillée, en Suisse, SIG était impliqué dans la société E. pour 46 millions de francs, dans la société Swisswinds à hauteur de 17 millions, et dans la société Vento Ludens pour 800'000 francs, sans compter la participation cumulée dans d'autres projets (7,75 millions de francs)⁷.
54. Le Préposé cantonal note encore que l'investissement de SIG dans le domaine éolien s'est soldé par un échec. La presse a ainsi fait état de quatre audits, suite aux problèmes survenus, lesquels ont mené le directeur général de SIG à la démission et ont suscité une enquête administrative à l'encontre de deux autres directeurs.
55. De surcroît, en juin 2014, les médias se sont fait l'écho de l'arrestation d'un ancien employé de SIG, suspecté de corruption passive dans le cadre d'un partenariat développé entre SIG et une société active dans l'énergie éolienne.
56. Enfin, en septembre 2014, le public a appris que le Ministère public genevois a ouvert une enquête pour gestion déloyale dans le dossier qui lie SIG à E. et R.
57. Dans le présent cas, il convient de relever que les coûts relatifs à E., et plus largement, au domaine éolien, touchent à la gestion financière d'une institution de droit public au bénéfice d'un monopole cantonal. Ces informations sont sans nul doute de nature à favoriser la libre formation de l'opinion publique des citoyens et leur participation à la vie publique. S'ils ont pour la plupart été rendus publics, il n'en reste pas moins que les coûts ne sont pas les uniques éléments susceptibles d'intéresser les citoyennes et citoyens.
58. Il y a notamment un intérêt du public à savoir comment SIG a été amené à créer avec la maison tessinoise R. la filiale commune E., spécialisée dans la production d'énergie solaire. En effet, SIG a dépensé 13 millions de francs pour l'acquisition de 20% du capital-actions d'E. et a avancé 33 millions à la société pour financer les études de faisabilité. Comment dès lors ne pas voir un intérêt du public à connaître la relation de SIG avec E., laquelle était censée séparer les affaires intéressant Genève des projets propres à R., ailleurs en Europe?
59. Dès lors, le Préposé cantonal est d'avis que SIG doit reconsidérer sa position et apprécier une nouvelle fois la requête qui lui a été présentée en donnant les informations requises, une fois close l'enquête administrative susmentionnée .

RECOMMANDATION

⁷ Secrétariat du Grand Conseil, Q 3726-A, 26 septembre 2013, Réponse du Conseil d'Etat: <http://www.ge.ch/grandconseil/data/texte/q03726a.pdf>

60. Se fondant sur les considérations qui précèdent, le Préposé cantonal recommande que SIG communique à la demanderesse, une fois close l'enquête administrative :

- Le contrat liant ou ayant lié SIG à Madame I. dans le domaine éolien;
- Le contrat liant SIG à la société anonyme E., dénommé JUEL III;
- Le business plan ou plan d'investissements préalable ayant conduit SIG à prendre une participation dans E. en vue de la réalisation d'investissements dans l'énergie éolienne.

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

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

- a. SIG (A., directeur général adjoint), chemin du Château-Bloch 2, Case postale 2777, 1211 Genève 2
- b. A. (demanderesse), ...

Stéphane Werly
Préposé cantonal