



## Accès aux documents (art. 24 ss LIPAD): Convention de départ – M. (journaliste) contre Orchestre de la Suisse romande (OSR)

### Recommandation du 29 septembre 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, journaliste à la Radio Télévision Suisse (RTS), a déposé une requête par courrier électronique du 8 novembre 2013 auprès N., Présidente du Conseil de fondation de l'OSR en sollicitant l'accès à la convention de départ conclue entre l'OSR et E., ex-directeur général.
2. Il était rappelé qu'un communiqué de presse, paru le 1<sup>er</sup> novembre 2013, portait à la connaissance publique que le Conseil de fondation de l'OSR et son ex-directeur général avaient mis un terme d'un commun accord au litige qui les opposait en relation avec la fin des rapports de travail de ce dernier survenue le 12 juillet 2012. Ce communiqué était toutefois accompagné d'un mail du nouveau directeur général de l'OSR indiquant que les termes de l'arrangement restaient confidentiels et qu'aucune information ne serait donnée sur son contenu.
3. Par courriel du 8 novembre 2013, N. a informé la demanderesse qu'elle ne ferait pas droit à cette requête, considérant que: «des intérêts prépondérants s'opposent au droit d'accès prévu par l'art. 25 LIPAD. En particulier, rendre accessible la convention reviendrait, sans que ces motifs soient exhaustifs, à diffuser des informations couvertes par le secret professionnel ou d'affaires et serait de nature à porter atteinte à la sphère privée au sens de l'art. 26 LIPAD».
4. Par courriel adressé au Préposé cantonal le 14 novembre 2013, 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).
5. La médiation, organisée dans les locaux du Préposé cantonal le 12 décembre 2013, 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. Le dossier n'a pas été transmis directement à la nouvelle autorité, qui a commencé son activité le 1<sup>er</sup> janvier 2014.
8. Cette dernière en a cependant pris connaissance le 13 août 2014 et a entrepris dès lors d'en assurer le suivi.
9. Avant de préparer sa recommandation, le Préposé cantonal a requis des informations complémentaires de la part de l'OSR lui demandant de motiver plus précisément son refus complet et de voir ledit document, comme le lui permet l'art. 30 al. 3 LIPAD.

10. En date du 23 septembre 2014, Me B., vice-président du Conseil de fondation de l'OSR, s'est rendu dans les bureaux du Préposé cantonal à cet effet.

## **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<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.
12. L'OSR est une fondation de droit privé au sens de l'art. 3 al. 2 let. a ch. 2 LIPAD, dès lors que la Ville de Genève et la République et canton de Genève exercent sur elle une maîtrise effective par le biais d'un subventionnement à hauteur d'un montant supérieur à 50% de son budget de fonctionnement.
13. 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.
14. L'OSR 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.
15. La demanderesse a déposé sa requête auprès de l'OSR 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.
16. Selon l'art. 10 al. 7 LIPAD, 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).
17. 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).
18. 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).

19. 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.
20. 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.
21. Il n'est pas nécessaire de motiver la demande (art. 28 al. 1 LIPAD).
22. 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».
23. 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).
24. 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 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).
25. Sur ce point, l'exposé des motifs à l'appui du PL 8356<sup>1</sup> 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».*
26. 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».*

<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).

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

27. Le Préposé cantonal relève que l'OSR, dès lors qu'il entre dans le champ d'application de la LIPAD, est bien soumis au principe de la transparence fixé par la loi.
28. La transparence des institutions publiques est particulièrement importante dans les documents relatifs à la gestion financière des institutions.
29. La Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève a eu l'occasion de se prononcer sur l'accès à des clauses confidentielles (ATA/390/2011 du 21 juin 2011, confirmé par le Tribunal fédéral le 7 décembre 2011, 1C\_359/2011). Pour elle de manière générale, il s'agit en fait de déterminer jusqu'à quel point la notion de transparence instaurée par la LIPAD autorise à rentrer dans le détail des conventions qu'une entité publique soumise à cette loi passe avec des tiers, institutions publiques ou privées.
30. La cas présent est toutefois différent de l'affaire examinée par la Chambre administrative dans laquelle il était question d'une convention passée entre la ville de Genève et une fondation de droit privé portant sur la mise à disposition par la deuxième à la première d'une collection d'objets d'art dans le but qu'ils soient exposés dans un musée municipal. Les juges avaient estimé que l'intérêt privé de la fondation ou du propriétaire des objets d'art à ne pas voir divulguer des renseignements sur les caractéristiques, le nombre et la valeur des objets qu'elle mettra à disposition du musée au fil des années, susceptibles de servir des intérêts malveillants devaient l'emporter sur l'intérêt public à la transparence de l'information.
31. 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*).
32. 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.
33. Le Préposé cantonal relève que la situation se présente sous le même angle s'agissant de l'application de la LIPAD à Genève. 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.

34. 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.
35. Dans le présent cas, il convient de relever que la convention de départ ou, plus précisément, les termes de l'arrangement, concernent la gestion financière d'une institution subventionnée à hauteur de plus de 50% par la ville et le canton de Genève. 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.
36. Les clauses de confidentialité contenues dans la convention de départ ne sauraient ainsi faire obstacle à la communication des indemnités versées suite au licenciement intervenu. Il faut au contraire considérer que l'information du public doit l'emporter sur l'intérêt privé de l'ex-directeur à garder secrets les chiffres mentionnés.
37. Dès lors, le Préposé cantonal est d'avis que l'OSR doit reconsidérer sa position et apprécier une nouvelle fois la requête qui lui a été présentée en donnant les informations financières requises.

#### **RECOMMANDATION**

38. Se fondant sur les considérations qui précèdent, le Préposé cantonal recommande que l'OSR communique à la demanderesse la convention de départ conclue entre l'OSR et l'ex-directeur, tout du moins les montants versés au dédommagement de ce dernier.
39. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, l'OSR doit rendre une décision sur la communication du document considéré (art. 30 al. 5 LIPAD).
40. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à :
  - a. L'OSR (Me B., vice-président du Conseil de fondation), [REDACTED]
  - b. M. (demanderesse), journaliste, Radio Télévision Suisse, Avenue du Temple 40, Case postale 78, 1010 Lausanne.

Stéphane Werly  
Préposé cantonal