



Accès aux documents (art. 24 ss LIPAD): SCORE – X. contre Conseil d'Etat

Recommandation du 8 septembre 2014

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

1. En avril 2008, une révision de l'organisation des fonctions et de leur évaluation au sein de l'Etat de Genève a été décidée.
2. Pour ce faire, le projet SCORE (Système Compétences Rémunération Evaluation) a été initié en 2010. Le choix des autorités pour mener à bien ce projet s'est porté sur un consultant externe, la société anonyme Y., à Zurich, laquelle avait déjà été mandatée pour des projets similaires par d'autres institutions publiques de notre pays.
3. Le projet de nouvelle politique salariale à l'Etat de Genève a été présenté aux organisations représentatives du personnel en novembre 2013 par le Conseil d'Etat (présentation powerpoint de l'Office du personnel de l'Etat). Les fonctions des services publics et parapublics (37'800 personnes) y sont reclassées dans de nouvelles grilles salariales sur la base de nouveaux critères d'analyse.
4. Par lettre non datée adressée au Conseiller d'Etat en charge du Département de la sécurité et de l'économie (DSE), M. A., président du X., a sollicité des documents concernant le dossier SCORE. Selon lui, le magistrat aurait ordonné à M. B., président de la délégation du Conseil d'Etat aux ressources humaines, de faire parvenir à X. les documents nécessaires à la notation de leur métier.
5. Dans un autre courrier non daté adressé au président de la délégation du Conseil d'Etat aux ressources humaines, X. a demandé une liste de documents spécifiques au Département des finances (DF).
6. Dans sa réponse datée du 23 janvier 2014 adressée à M. A., le Conseiller d'Etat en charge du Département des finances a indiqué que: « *La délégation du Conseil d'Etat aux ressources humaines, dans sa nouvelle composition, souhaite étudier le dossier SCORE de manière approfondie avant de prendre position sur [la] demande* ».
7. Par pli du 27 janvier 2014 adressé au Conseiller d'Etat en charge du Département des finances, X. a estimé qu'aucune connaissance approfondie du dossier n'était nécessaire pour prendre position sur l'impact de la clause de confidentialité sur la transmission ou non des pièces.
8. Il a rajouté, dans un courrier non daté adressé au Conseil d'Etat, souhaiter la levée de la clause de confidentialité afin d'obtenir les documents nécessaires à l'étude du projet.
9. Le 4 février 2014, le Conseiller d'Etat en charge du Département des finances a fait savoir à X. que « *La clause de confidentialité est partie intégrante du contrat passé avec Y., détenteur des droits sur la méthodologie* », si bien qu'il est exclu de la lever.

10. 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), le demandeur a déposé, par l'entremise de son avocat, Me Z., une requête par courrier du 12 février 2014 auprès du Conseil d'Etat en sollicitant à nouveau l'accès aux documents déjà demandés. Il a encore précisé que *« les syndicats du X. viennent ajouter une demande complémentaire, à savoir que toute information utile leur soit donnée au sujet du contrat conclu entre l'Etat de Genève et l'entreprise Y., en particulier qu'ils puissent accéder au(x) contrat(s), aux montants contractuels engagés par ces contrats à charge de l'Etat de Genève, de même que pour connaître les montants déjà payés à Y »*.
11. Le 12 mars 2014, les Conseillers d'Etat précités ont indiqué qu'un compromis avait été trouvé avec le mandataire de manière à permettre à trente représentants des personnels de l'Etat d'avoir accès sans restriction aux informations demandées.
12. Cette position a été réaffirmée le 27 mars 2014, dans un courrier adressé à C., signé par la chancelière et le président du Conseil d'Etat.
13. Dans un courrier daté du 9 avril 2014, le Conseil d'Etat a répondu formellement à la requête du demandeur. En se référant aux courriers des 12 et 27 mars 2014 concernant la clause de confidentialité, il a refusé l'accès aux documents sollicités. Il a en outre été rappelé que la procédure de consultation avait été suspendue afin de permettre au Conseil d'Etat d'étudier le projet SCORE et ses enjeux.
14. Par pli recommandé du 17 avril 2014, Me Z. a déposé auprès du Préposé cantonal 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). Il a précisé solliciter l'accès aux sept documents suivants:
 1. Rapport méthodologique du système de classification des fonctions au système de rémunération, à l'instar de celui rendu public par le canton de Vaud.
 2. Ensemble des résumés d'études de chaque métier référence de la police, des agents de détention et des inspecteurs techniques de l'OCV, ainsi que les résultats concernant l'ensemble de la catégorie 00, management.
 3. Liste exhaustive des notations des emplois référence de la police et des agents de détention.
 4. Document listant les différences entre les statuts LPol/LPris et LPac et l'incidence sur les critères de pondération pour l'ensemble des emplois référence concernés.
 5. Descriptif du plan de promotion interne à l'Etat et du système retenu pour la police et la prison, faisant abstraction de police 2015.
 6. Document descriptif des conséquences SCORE sur les cotisations et les rentes de la caisse de pension de la police et de la prison, y compris pour les policiers et agents de détention colloqués sous le point 00.management.
 7. Document descriptif des mécanismes des cotisations de la caisse de pension de la police et de la prison, consécutifs à l'introduction d'un changement de système de rémunération.
15. Un entretien téléphonique préalable à la médiation s'est déroulé avec chacune des parties le 11 juin 2014. Le but de celui-ci était de faire le point sur le processus de médiation en lui-même et d'évoquer la signature de l'engagement à la médiation.

16. La médiation, organisée dans les locaux du Préposé cantonal le 19 juin 2014, n'a pas abouti.
17. 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.
18. Le 27 juin 2014, par lettre adressée au Préposé cantonal, M. D., responsable LIPAD pour le DF, a rappelé que le Conseil d'Etat est lié par une clause de confidentialité avec Y., laquelle fait partie intégrante du contrat et lui interdit de communiquer les documents sollicités. En outre, l'accès à ces derniers serait propre à entraver le processus décisionnel du Conseil d'Etat au sens de l'art. 26 al. 2 let. c LIPAD. Par ailleurs, le principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.; art. 15 Cst-Ge) serait mis à mal, en ce sens que cela donnerait à certains groupes d'intérêts des informations, voire des moyens de pressions, que d'autres n'ont pas utilisés et pourrait infléchir la décision en amont de son adoption.
19. Par courrier du 21 juillet adressé au Préposé cantonal, le Conseil de X. a persisté dans ses conclusions.
20. Avant de préparer sa recommandation, le Préposé cantonal a requis des informations complémentaires de la part du directeur général de l'Office du personnel de l'Etat (OPE), en date du 25 juillet 2014. Il a ainsi pu prendre connaissance des documents querellés.
21. A titre liminaire, le Préposé cantonal constate, s'agissant de ces derniers:
 - Le rapport méthodologique du système de classification des fonctions au système de rémunération n'a pas encore été rédigé à la date de la présente recommandation. Il sera établi à la fin du processus.
 - De même, le document listant les différences entre les statuts LPol/LPris et LPac et l'incidence sur les critères de pondération pour l'ensemble des emplois référence concernés, le document descriptif des conséquences SCORE sur les cotisations et les rentes de la caisse de pension de la police et de la prison et le document descriptif des mécanismes des cotisations de la caisse de pension de la police et de la prison, consécutifs à l'introduction d'un changement de système de rémunération, n'existent pas à l'heure actuelle.
 - Le descriptif du plan de promotion interne à l'Etat et du système retenu pour la police et la prison, si l'on fait abstraction de police 2015, ressort du système actuel, lequel est public.
 - Seuls donc doivent faire l'objet de la présente recommandation les deux documents suivants: l'ensemble des résumés d'études de chaque métier référence de la police, des agents de détention et des inspecteurs techniques de l'OCV, ainsi que les résultats concernant l'ensemble de la catégorie 00, management; la liste exhaustive des notations des emplois référence de la police et des agents de détention.
22. Le 31 juillet 2014, l'entreprise Y. a fait savoir au Préposé cantonal que la clause de confidentialité qui la lie ne saurait être violée, et, qu'au surplus, elle avait d'ores et déjà communiqué sur un grand nombre de points protégés par cette dernière, laquelle se présente comme suit: « *Le client s'engage à traiter strictement confidentiellement toutes les informations et documents qui sont employés respectivement les docu-*

ments de travail élaborés durant les travaux, en particulier les instruments pour la récolte des informations et pour l'évaluation, comme les résumés d'étude remplis, le catalogue des critères et ses annexes, les indicateurs, la description du processus et les notations des profils des emplois métiers de référence. Cette obligation de confidentialité comprend l'interdiction de donner ou de permettre l'accès à tout ou partie de ces informations à des tiers, et elle subsiste après la fin du contrat ».

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

23. 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.
24. Le Conseil d'Etat, pouvoir exécutif de la République et canton de Genève, est une institution publique au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LIPAD.
25. L'entreprise Y. est une personne morale chargée de remplir des tâches publiques au sens de l'art. 3 al. 2 let. b LIPAD.
26. 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.
27. 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.
28. Le demandeur a déposé sa requête auprès du Conseil d'Etat et a reçu une réponse négative. En tant que partie à la procédure de demande d'accès, il est légitimé à déposer une demande de médiation.
29. 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.
30. L'art. 10 al. 8 LIPAD 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).
31. 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).
32. La loi précise que le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).

33. 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).
34. 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.
35. 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.
36. Il n'est pas nécessaire de motiver la demande (art. 28 al. 1 LIPAD).
37. 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* ».
38. 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* ».
39. Selon l'art. 25 al. 4 LIPAD, « *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 présente loi* ».
40. 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).
41. Le Tribunal fédéral a été amené à se pencher sur la notion de transparence des autorités judiciaires au sens de la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration du 17 décembre 2004 (LTrans; RS 152.3). Selon lui, « *Das Öffentlichkeitsprinzip dient der Transparenz der Justiz-Verwaltung und soll das Vertrauen des Bürgers in die staatlichen Institutionen und ihr Funktionieren fördern; es bildet zudem eine wesentliche Voraussetzung für eine sinnvolle demokratische Mitwirkung am politischen Entscheidungsprozess und für eine wirksame Kontrolle der staatlichen Behörden* »¹ (trad.: *Le principe de publicité sert la transparence de l'administration de la justice et doit encourager la confiance des citoyens dans les institutions publiques et leur fonctionnement; en outre, il constitue une condition essentielle pour une participation démocratique rationnelle dans le processus de prise de décision politique et pour un contrôle efficace des services publics de l'Etat*).
42. 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).
43. L'exposé des motifs à l'appui du PL 8356² avance à cet égard: « *La sauvegarde du processus décisionnel représente une exception classique au droit d'accès aux do-*

¹ ATF 133 II 209.

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

cuments. 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 ».

44. 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.
45. Selon l'exposé des motifs à l'appui du PL 8356³: « 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 ».
46. L'accès aux documents peut aussi 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).
47. Sur ce point, l'exposé des motifs à l'appui du PL 8356⁴ 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:

48. Le Préposé cantonal portera uniquement son attention sur les deux documents litigieux (à l'exception de ceux n'entrant pas dans la définition de « document », comme les notes à usages personnel, les brouillons et les textes inachevés), soit l'ensemble des résumés d'études de chaque métier référence de la police, des agents de détention et des inspecteurs techniques de l'OCV et les résultats concernant l'ensemble de

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

⁴ https://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/540311/45/540311_45_partie41.asp.

la catégorie 00, management, ainsi que la liste exhaustive des notations des emplois référence de la police et des agents de détention.

49. Le Préposé cantonal considère que le Conseil d'Etat entrant dans le champ d'application de la LIPAD, il est bien soumis au principe de la transparence fixé par la loi.
50. Il en va de même de l'entreprise Y., en tant qu'elle est une personne morale chargée de remplir des tâches publiques. Elle a en effet été mandatée par l'Etat de Genève pour analyser les fonctions étatiques et participer à l'élaboration d'une nouvelle grille salariale.
51. La requête de médiation a été déposée le 17 avril 2014 par X., soit dans le délai de 10 jours à compter de la confirmation écrite du Conseil d'Etat de refuser l'accès aux documents sollicités.
52. Elle se situe à une date correspondant à la période où Y. et l'OPE essayaient de trouver une solution aux requêtes formulées. Ces réflexions ont abouti à trois séances de formation de deux jours (16 et 17 avril, 8 et 9 mai, 19 et 20 mai 2014) avec les partenaires sociaux (34 représentants des membres du personnel), dont X.
53. A cette occasion, Y. et l'OPE ont mis à disposition une documentation (dans un classeur ou par projection) décrivant les outils de travail, le processus et les résultats. Un exercice sur l'évaluation des emplois métier de référence a été présenté, lors duquel différentes définitions des indicateurs ont été mises à disposition.
54. Dans le détail, le classeur remis à cette occasion contenait les documents suivants:
 - Présentation du projet SCORE, description de l'évaluation des emplois métier (principe et méthode d'évaluation des fonctions, processus de notation, méthode de travail) et exercice de notation (avec 3 critères: formation, communication, sollicitation physique et 3 emplois métiers de référence: secrétaire, psychologue, cantonnier);
 - Elaboration de la grille des emplois métiers;
 - Principe et méthode d'évaluation des emplois métiers;
 - Concept et structure des critères d'évaluation des emplois métiers;
 - Critères et conceptions;
 - Critères de sélection des emplois métiers de référence;
 - Planification de l'évaluation des emplois métiers, test;
 - Questionnaire pour l'évaluation des emplois métiers et explications complémentaires;
 - Objectifs et règles directrices pour la conduite de l'interview des titulaires;
 - Technique de communication: écoute active, reformulation et questions ouvertes;
 - Objectifs et règles directrices pour la rédaction des résumés d'étude et instructions pour la rédaction des résumés d'études;
 - Grille des emplois référence et fonctions de référence;
 - Fonctions SEF par domaine fonctionnel et emploi-référence SCORE.

55. Ainsi, s'agissant des deux documents querellés, le Préposé cantonal constate que si la liste exhaustive des notations des emplois référence de la police et des agents de détention a certes été montrée à l'écran, elle n'a pas été distribuée, en raison de la clause de confidentialité. Des résumés d'études de chaque métier référence de la police, des agents de détention et des inspecteurs techniques de l'OCV, ainsi que les résultats concernant l'ensemble de la catégorie 00, management ont été montrés, par le biais d'exemples. L'ensemble de ces résumés n'a toutefois pas été dévoilé.
56. Reste donc la question de savoir si les deux documents sollicités doivent être remis au demandeur.
57. Il s'agit en premier lieu d'examiner si la communication desdits documents serait de nature à **entraver notablement le processus décisionnel du Conseil d'Etat**.
58. Le Préposé cantonal constate que le projet SCORE a pour but de permettre un processus décisionnel qui doit tendre vers l'adoption, par le Conseil d'Etat, d'un projet de loi réformant la grille salariale des collaborateurs de l'Etat de Genève au travers d'une modification de la loi concernant le traitement et les diverses prestations allouées aux membres du personnel de l'Etat, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers du 21 décembre 1973 (LTrait; RSGe B 5 15). Cela est confirmé par la présentation du Conseil d'Etat, le 7 novembre 2013, annonçant l'ouverture du projet SCORE auprès des organisations représentatives du personnel.
59. A teneur de l'art. 109 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2013 (Cst-Ge; RSGe A 2 00):
- « ¹ Le Conseil d'Etat dirige la phase préparatoire de la procédure législative.
- ² Il peut présenter des projets de loi, des amendements et des propositions au Grand Conseil.
- ³ Dans ses rapports au Grand Conseil, il relève les conséquences économiques, financières, écologiques et sociales à long terme des projets législatifs.
- ⁴ Il promulgue les lois. Il est chargé de leur exécution et adopte à cet effet les règlements et arrêtés nécessaires.
- ⁵ Lorsque le Grand Conseil adopte un projet de loi qui n'a pas été déposé par le Conseil d'Etat, ce dernier peut, avant de promulguer la loi, le représenter au Grand Conseil avec ses observations, dans un délai de 6 mois. Si, après en avoir délibéré de nouveau, le Grand Conseil adopte le projet élaboré précédemment, le Conseil d'Etat promulgue la loi ».
60. A teneur de l'art. 110 Cst-Ge:
- « Les communes, les partis politiques et les milieux représentatifs sont invités à se prononcer lors des travaux préparatoires concernant des actes législatifs et des conventions intercantionales importants, ainsi que sur les autres projets de grande portée ».
61. Le droit genevois reste muet à ce jour sur la conduite de telles procédures de consultation. Tout au plus peut-on voir dans les nombreuses commissions officielles instituées à Genève la manifestation d'une volonté de faire participer la société civile au fonctionnement de l'Etat (loi sur les commissions officielles du 18 septembre 2009, LCOF; RSGe A 2 20; règlement sur les commissions officielles du 10 mars 2010, RCOF; RSGe A 2 20.01) ou une possibilité de l'Association des communes genevoises d'étudier et traiter les dossiers susceptibles de répondre aux besoins de l'ensemble ou d'une partie de ses membres ou des groupements intercommunaux (art. 60A al. 2 de la loi sur l'administration des communes du 13 avril 1984, LAC; RSGe B 6 05).

62. Au niveau fédéral, la procédure de consultation est la phase de la procédure législative préliminaire durant laquelle on examine si des projets fédéraux d'une grande portée politique, financière, économique, écologique, sociale ou culturelle sont pertinents quant au fond, s'ils sont exécutables et s'ils ont des chances d'être acceptés. Les projets en question sont soumis à cet effet aux cantons, aux partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale, aux associations faïtières des communes, des villes et des régions de montagne, aux associations faïtières de l'économie et aux autres milieux concernés dans les cas d'espèce. La procédure de consultation est ordonnée par le Conseil fédéral et organisée par le département compétent quant au fond. Toute personne peut se prononcer sur un projet, même si elle n'a pas été invitée à participer à la consultation. Les réponses des participants à la consultation sont évaluées avant que le Conseil fédéral fixe les grandes lignes de son projet. Dans le cas d'un projet destiné au Parlement, les Chambres fédérales ont connaissance des résultats de la consultation lorsqu'elles examinent le projet d'acte. Les bases juridiques de la procédure de consultation sont la loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation (LCo; RS 172.061) et l'ordonnance du 17 août 2005 sur la procédure de consultation (OCo; RS 172.061.1).
63. Le Préposé cantonal constate que le législateur a voulu expressément exclure du droit d'accès tout ce qui relève de la phase préparatoire, soit toutes les situations où une institution entrant dans le champ d'application de la LIPAD initie un processus devant aboutir à l'adoption d'une décision, par exemple un projet de loi. Le fondement de la règle est de pouvoir, par rapport au processus engagé, donner à l'institution le temps de la réflexion, le temps de l'échange entre les membres de l'institution, la marge de manœuvre nécessaire, le temps d'arrêter la décision finale nécessitant toujours des ajustements et, cas échéant et dans l'intervalle, le temps de pouvoir engager sereinement une consultation.
64. Si la phase de consultation ne fait pas l'objet de dispositions légales dans le canton de Genève, elle entend, de manière générale, associer les milieux intéressés à la définition de la position du Conseil d'Etat et à l'élaboration de ses décisions. Elle permet de déterminer si un projet du Conseil d'Etat est matériellement correct, exécutable et susceptible d'être bien accueilli. Dans ce cadre, le dossier soumis à consultation est accessible au public.
65. Or, le Préposé cantonal estime que le projet SCORE a dépassé le stade de la phase préparatoire, dès lors qu'il est abouti et a été présenté aux milieux intéressés. Il se situe donc, selon lui, dans la phase de consultation.
66. A ce stade, la transparence exige une manière de gérer clairement le processus de consultation. Le projet devrait donc être accessible, non pas seulement pas le biais de mails ou de projections aux syndicats intéressés, mais par un dossier complet.
67. Au surplus, la communication des deux documents querellés ne serait pas de nature à entraver notablement le processus décisionnel du Conseil d'Etat, car, étant donné l'aboutissement du projet, notre gouvernement a pu se donner le temps de la réflexion par rapport au processus engagé et commencer sereinement une consultation. De plus, la remise des documents n'entraverait pas la marge de négociation du Conseil d'Etat avec le X. ou tous les autres partenaires sociaux pendant le processus.
68. 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 deux documents querellés impliquerait une atteinte notable à la sphère privée de Y.

69. 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.
70. S'opposent dans le cas présent l'intérêt privé dont se prévaut le Conseil d'Etat, soit le respect de la clause de confidentialité signée avec Y., et l'intérêt du public à pouvoir obtenir des documents susceptibles de l'intéresser.
71. Le cas est différent de celui de la communication au public des honoraires perçus par un avocat mandaté par une institution, exemple précédemment invoqué.
72. Dès lors qu'il a trait à **la clause de confidentialité**, il convient de traiter dans la même analyse l'exception tirée de l'art. 26 al. 2 let. i LIPAD.
73. 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 Vertragspartei 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*).
74. 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.
75. 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.
76. 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.
77. 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.

78. Le Préposé cantonal va maintenant examiner si les définitions des indicateurs doivent être considérées comme des informations couvertes par des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires (art. 26 al. 2 let. i LIPAD).
79. Selon la jurisprudence⁵ et la doctrine⁶, il y a secret d'affaires et de fabrication uniquement si l'état de fait remplit les conditions suivantes de manière 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).
80. Le Préposé cantonal doit vérifier si, dans le cas concret, ces conditions sont réalisées, le simple fait que Y. estime que de tels secrets figurent dans les documents ne suffisant pas. Bien plus, il doit analyser et prendre position de manière indépendante sur l'existence d'un intérêt de Y. justifiant le maintien du secret.
81. S'agissant des deux premières conditions, le Préposé cantonal constate que les informations contenues dans les deux documents querellés se réfèrent à une activité se déroulant dans une situation de concurrence. Y. développe et réalise des concepts de ressources humaines taillés sur mesure à ses clients. L'originalité et la singularité des concepts imaginés impliquent que des informations, ni évidentes ni généralement accessibles, sont inconnues.
82. Sur le plan subjectif, Y. a démontré au Préposé cantonal, dans sa lettre du 31 juillet 2014, en quoi elle serait personnellement touchée par la divulgation des documents. Elle a rendu vraisemblable l'existence d'une atteinte substantielle à sa compétitivité d'entreprise privée dans le domaine. Elle a en effet développé une méthode exclusive pour laquelle le secret est l'un des éléments de sa réussite économique. Dès lors, lever ce secret, lequel apparaît comme sa raison d'être, pourrait entraîner la fin des avantages financiers que Y. retire de ses prestations.
83. La condition objective est également réalisée, en ce sens que, dans ce cas particulier, il existe des éléments protégés par le secret, lesquels fondent un intérêt de l'entreprise au maintien du secret.
84. Le Préposé cantonal est d'avis que la divulgation des deux documents, avec les informations et les données y contenues, ne serait-ce que partiellement, porterait un préjudice difficilement réparable à la société, dès lors que les concurrents pourraient notamment prendre connaissance et utiliser sans autre les méthodes utilisées. Certes, Y. a déjà rendu publics certains documents ayant trait au même sujet (par exemple: « *La nouvelle politique salariale - du système de classification des fonctions au système de rémunération, daté de novembre 2009* »⁷). Pourtant, l'on ne peut pas en déduire un accès subséquent pour toute démarche similaire.
85. Le Préposé cantonal arrive à la conclusion que les informations relatives à Y., contenues dans les deux documents querellés, doivent être considérées comme des secrets d'affaires ou de fabrication, et qu'il existe dès lors un intérêt de Y. au maintien total du secret.

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

⁶ Isabelle Häner, in *Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, BSK*, Art. 7 N 33, 3^{ème} 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*, 7^{ème} éd., Berne 2010, § 22 ch. 3.

⁷ http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/etat_droit/personnel_etat/fichiers_pdf/Rapport_POLSAL_Methodo_nov2009.pdf.

86. Par ailleurs, l'intérêt privé dont se prévaut le Conseil d'Etat, soit le respect de la clause de confidentialité signée avec Y., l'emporte sur l'intérêt du public à pouvoir obtenir des documents susceptibles de l'intéresser.
87. Ainsi, le Préposé cantonal est d'avis que, pour protéger la méthode exclusive de Y., les deux documents querellés ne doivent pas être transmis au X., car les exceptions tirées de l'art. 26 al. 2 lit. g et i LIPAD sont réalisées.
88. Le Préposé cantonal estime toutefois que la demande des syndicats ne vise pas à percer le secret de la méthode de Y., mais à s'assurer que l'évaluation des métiers de police a été faite correctement. Il propose ainsi au Conseil d'Etat de trouver le moyen de répondre à l'attente des syndicats. C'est au gouvernement qu'il appartient de réfléchir à la production d'une démarche *ad hoc* pour remplir le but susmentionné. D'ailleurs, une telle démarche irait dans le sens voulu par le législateur, la LIPAD proposant de répondre partiellement à une demande plutôt que de refuser entièrement (art. 27 LIPAD).
89. Bien que le sujet n'ait pas fait l'objet de discussions, le Préposé cantonal rappelle que même en vue de l'accomplissement de leurs tâches publiques, les institutions soumises à la LIPAD ont des intérêts patrimoniaux et détiennent des droits immatériels qui ne doivent pas pouvoir être mis en péril par la communication de certains documents (art. 26 al. 2 lit. b LIPAD). A cet égard, les œuvres à contenu scientifique ou technique sont notamment des œuvres au sens de l'art. 2 al. 2 let. d de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (LDA; RS 231.1. LDA). La question de savoir si les documents querellés contiennent des informations dont la révélation serait de nature à porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle de Y., personne morale chargée de remplir des tâches publiques, peut cependant rester ouverte.
90. Le Préposé cantonal fait remarquer que la transparence des institutions publiques est particulièrement importante dans les documents relatifs à la gestion financière des institutions.
91. A cet égard, si le contrat conclu entre l'OPE et Y. n'a pas à être rendu public en raison de l'atteinte notable à la sphère privée des cocontractants, le montant des honoraires perçus par Y. du fait de son mandat devrait être rendu public, dès lors qu'il s'agit de l'utilisation des ressources d'une institution chargée de l'accomplissement de tâches de droit public. En effet, cette information pourrait sans nul doute favoriser la libre formation de l'opinion publique des citoyens et leur participation à la vie publique. Il faut reconnaître que la balance des intérêts en présence, soit la protection de la sphère privée de Y., d'une part, et celui des citoyennes et citoyens genevois de connaître l'utilisation des fonds publics, soit en particulier le coût du projet SCORE, d'autre part, penche en faveur de l'information du public.

RECOMMANDATION

92. Se fondant sur les considérations qui précèdent, le Préposé cantonal recommande au Conseil d'Etat de ne pas communiquer au demandeur les documents demandés, soit:

- L'ensemble des résumés d'études de chaque métier référence de la police, des agents de détention et des inspecteurs techniques de l'OCV et les résultats concernant l'ensemble de la catégorie 00;
- La liste exhaustive des notations des emplois référence de la police et des agents de détention.

93. Le Préposé cantonal recommande toutefois au Conseil d'Etat de trouver le moyen de répondre à l'attente des syndicats par la production d'une démarche *ad hoc*.

94. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le Conseil d'Etat doit rendre une décision sur la communication du document considéré (art. 30 al. 5 LIPAD).

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

- a. Conseil d'Etat, Rue de l'Hôtel-de-Ville 2, Case postale 3964, 1211 Genève 3.
- b. Z., avocat X. (demandeur), ...

Stéphane Werly
Préposé cantonal