



Accès aux documents (art. 24 ss LIPAD) : Activéco habitat – X. (journaliste) contre SIG

Recommandation du 19 juin 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 Tribune de Genève, a déposé une requête par courrier électronique du 8 avril 2014 auprès de SIG en sollicitant « l'accès aux coûts détaillés relatifs à l'application Activéco habitat (coûts de développement, de mise en œuvre, de promotion publicitaire, de connexion aux compteurs, etc.) ». Il était précisé que la requête portait à la fois sur les coûts internes et externes (mandats).
2. Par lettre du 11 avril 2014, SIG a informé la demanderesse qu'il ne ferait pas droit à cette requête, considérant que : « les informations concernant lesdits coûts relèvent de l'art. 26 al. 1 et 2 LIPAD qui précisent notamment que l'accès aux documents peut être refusé lorsque celui-ci est propre à révéler des informations couvertes par des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires ».
3. Par courriel adressé au Préposé cantonal le 17 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. Le 22 avril 2014, la Préposée adjointe a pris contact avec la direction générale de SIG et la responsable LIPAD de l'institution en vue d'un entretien préalable à la médiation.
5. L'entretien a eu lieu dans les locaux de SIG en date du 30 avril 2014.
6. Un entretien téléphonique est par ailleurs intervenu entre la préposée adjointe et la demanderesse qui a confirmé sa demande visant à obtenir « le détail des coûts liés à l'application Activéco habitat ».
7. La médiation, organisée dans les locaux du Préposé cantonal le 8 mai 2014, n'a pas abouti.
8. 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.
9. Avant de préparer sa recommandation, le Préposé cantonal a requis des informations complémentaires de la part de SIG lui demandant de motiver plus précisément son refus complet et de :
 - lui transmettre le document détaillant les coûts relatifs à l'application « Activéco habitat » et les différentes pièces comptables y afférents

- lui préciser plus avant la motivation du refus, en particulier la justification figurant dans la lettre relative à la révélation de secrets d'affaires.

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

10. 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.
11. 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).
12. 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.*
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. 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.
15. 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.
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 RIPAD).
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, le commentaire du PL 8356¹ précise 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'in-

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

fériorité 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 :

26. Le Préposé cantonal, considérant que SIG entre dans le champ d'application de la LIPAD, est bien soumis au principe de la transparence fixé par la loi.
27. Le 23 février 2014, SIG a lancé son service « Activéco habitat », destiné à tous les habitants du canton. Gratuit, cet outil propose aux clients de suivre l'évolution de leur consommation d'électricité mois après mois, en relevant eux-mêmes leur compteur d'électricité sur le site Internet dédié à cette opération (www.sig-activeco.ch). Les relevés génèrent ainsi un tableau de bord intelligent de la consommation du ménage et des conseils en ligne permettent de réaliser des économies. Disponible sur ordinateur, smartphone et tablette, l'outil, du fait qu'il a dû être intégré dans les systèmes informatiques de SIG, a notamment nécessité le développement de la sécurisation des données ou encore l'authentification des clients.
28. Suite à sa demande de renseignements complémentaires, le Préposé cantonal a été informé par SIG que l'institution a pour règle de ne pas communiquer les coûts de ses projets (internes et externes) dans le détail.
29. SIG précise que les coûts externes de l'application (coûts informatiques et coûts marketing) ont fait l'objet de quatre contrats comportant des clauses de confidentialité. Outre les aspects contractuels, SIG ne serait pas une entreprise publique comme les autres du fait du contexte de monopole. L'objectif de l'application ne consisterait pas seulement à aider les citoyens dans leur consommation, mais aussi à fidéliser les clients, dans l'optique de la libéralisation du marché de l'électricité qui s'ouvrira en 2018. De ce fait, si les coûts du service « Activéco habitat » devaient être dévoilés, cela donnerait un avantage aux concurrents, ce qui pourrait amener à une perte de futurs clients.
30. La transparence des institutions publiques est particulièrement importante dans les documents relatifs à la gestion financière des institutions.
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).
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 les coûts relatifs à l'application précitée 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.
36. Les clauses de confidentialité ne sauraient ainsi faire obstacle à la communication des coûts liés à l'application en cause, des coûts qui sont par ailleurs indubitablement documentés dans des pièces comptables dans le cadre de la comptabilité de SIG
37. Le Préposé cantonal ne peut être influencé par l'argument touchant à la prochaine libéralisation du marché, dès lors qu'à l'heure actuelle, la LIPAD est clairement applicable à cette institution publique et que de telles exceptions ne sont pas prévues. De plus, la divulgation des informations sur les coûts de l'application « Activéco habitat » ne mettraient pas SIG dans une situation d'infériorité par rapport à des concurrents.
38. Relevons par ailleurs que les administrations genevoise et vaudoise ont mis en ligne le 20 mars 2014 leur plate-forme commune « Votre police », dont elles ont récemment publié le prix.
39. 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 financières requises.

RECOMMANDATION

40. Se fondant sur les considérations qui précèdent, le Préposé cantonal recommande que SIG communique à la demanderesse le document détaillant les coûts relatifs à l'application « Activéco habitat ».
41. 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).
42. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à :
 - a. SIG (Alain Zbinden, directeur général adjoint), chemin du Château-Bloch 2, Case postale 2777, 1211 Genève 2
 - b. X. (demanderesse), journaliste, [REDACTED]

Stéphane Werly
Préposé cantonal