

La jurisprudence relative aux art. 25 et 26 LIPAD : La notion de documents et les exceptions au droit d'accès

PREAMBULE

Avec l'entrée en vigueur de la LIPAD, un changement de paradigme s'est opéré, puisque la transparence de l'administration est devenue la règle et le secret l'exception. Au fil des ans, la jurisprudence a affiné la notion de « document » (art. 25 LIPAD), ainsi que la portée des exceptions à la transparence, lorsque, comme l'art. 26 al. 1 LIPAD le prévoit, un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose à la communication. Le Tribunal fédéral¹ a confirmé la portée générale de ce premier alinéa et le caractère exemplatif de l'énumération contenue au deuxième alinéa de l'art. 26 LIPAD.

Comme toute pesée des intérêts en présence implique une certaine marge d'appréciation, la jurisprudence est un guide utile pour opérer l'évaluation, même si l'examen doit intervenir au cas par cas. Rappelons d'emblée que la démonstration de l'existence d'une exception revient à l'institution publique qui l'invoque².

Le but de la présente fiche info est ainsi de présenter les précisions que la jurisprudence relative aux art. 25 et 26 LIPAD a apportées et de mieux faire connaître aux institutions publiques genevoises et aux particuliers intéressés la casuistique en la matière.

LES ART. 25 ET 26 LIPAD ET LES ART. 6 ET 7 RIPAD

L'art. 25 LIPAD prévoit :

¹ Au sens de la présente loi, les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique.

² Sont notamment des documents les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions.

³ Pour les informations n'existant que sous forme électronique, seule l'impression qui peut en être obtenue sur un support papier par un traitement informatique simple est un document.

⁴ 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.

L'art. 6 RIPAD précise cette disposition :

Constituent notamment des notes à usage personnel au sens de l'article 25, alinéa 4, de la loi, qu'elles soient manuscrites ou non et quels qu'en soient la forme ou le support :

a) les notes prises en vue de la rédaction future d'un document;

b) les notes de séance éventuellement prises à défaut d'une obligation légale ou réglementaire d'élaborer des procès-verbaux;

c) les notes prises dans le cadre d'un entretien d'embauche et les écrits ou tableaux établis dans la suite de la procédure, jusqu'à l'engagement ou la réponse négative à une postulation.

¹ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_604/2005 du 13 juin 2016, consid. 5.

² ATA/647/2001 du 11 octobre 2001.

La jurisprudence relative aux art. 25 et 26 LIPAD : La notion de documents et les exceptions au droit d'accès

L'art. 26 LIPAD dispose :

¹ Les documents à la communication desquels un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose sont soustraits au droit d'accès institué par la présente loi.

² Tel est le cas, notamment, lorsque l'accès aux documents est propre à :

- a) mettre en péril la sécurité de l'Etat, la sécurité publique, les relations internationales de la Suisse ou les relations confédérales;
- b) mettre en péril les intérêts patrimoniaux légitimes ou les droits immatériels d'une institution;
- c) entraver notablement le processus décisionnel ou la position de négociation d'une institution;
- d) compromettre l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par la loi;
- e) rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives;
- f) rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers;
- g) porter atteinte à la sphère privée ou familiale;
- h) révéler des informations sur l'état de santé d'une personne;
- i) révéler des informations couvertes par des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, le secret fiscal, le secret bancaire ou le secret statistique;
- j) révéler d'autres faits dont la communication donnerait à des tiers un avantage indu, notamment en mettant un concurrent en possession d'informations auxquelles il n'aurait pas accès dans le cours ordinaire des choses;
- k) révéler l'objet ou le résultat de recherches scientifiques en cours ou en voie de publication;
- l) révéler des délibérations et votes intervenus à huis clos ou compromettre les intérêts ayant justifié le huis clos d'une séance.

³ Les notes échangées entre les membres d'une autorité collégiale ou entre ces derniers et leurs collaborateurs sont exclues du droit d'accès institué par la présente loi.

⁴ Sont également exclus du droit d'accès les documents à la communication desquels le droit fédéral ou une loi cantonale fait obstacle.

⁵ L'institution peut refuser de donner suite à une demande d'accès à un document dont la satisfaction entraînerait un travail manifestement disproportionné.

Il est complété par l'art. 7 RIPAD :

¹ Les documents à la communication desquels un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose sont soustraits au droit d'accès institué par la loi.

² Sont notamment soustraits au droit d'accès les documents suivants :

- a) toute directive organisationnelle qui vise à aménager des mesures de surveillance ou de contrôle dans les domaines de la sécurité de l'Etat, de la sécurité publique, des relations internationales de la Suisse et de la fiscalité notamment, et qui ont pour but de prévenir la commission d'infractions à des lois ou des règlements;
- b) tout document par ailleurs couvert par un autre secret protégé par le droit fédéral, une loi ou un règlement;
- c) le dossier administratif du membre du personnel, au sens des articles 17 du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux, du 24 février 1999, 17 du règlement fixant le statut des membres du corps enseignant primaire, secondaire et tertiaire B, du 12 juin 2002, 61 du règlement fixant le statut du corps enseignant HES, du 10 octobre 2001, et 15 du règlement sur la collaboration hospitalo-universitaire et le statut du corps professoral, du 19 janvier 2011;

La jurisprudence relative aux art. 25 et 26 LIPAD : La notion de documents et les exceptions au droit d'accès

d) le fichier contenant l'ensemble des données relatives au personnel (système d'information des ressources humaines).

³ Sont également soustraits au droit d'accès au sens de l'article 26, alinéa 3, de la loi les notes, avis de droit, correspondances, courriels, rapports et autres écrits échangés :

a) entre membres du Conseil d'Etat, de délégations de celui-ci, du collège des secrétaires généraux ou des collèges spécialisés;

b) entre cadres supérieurs de la fonction publique ou collaborateurs de l'entourage immédiat des conseillers d'Etat et du chancelier d'Etat ainsi qu'entre ces cadres ou proches collaborateurs et les membres des collèges visés à la lettre a.

LA NOTION DE DOCUMENTS – ART. 25 LIPAD

Le droit d'accès aux documents ne comporte pas le droit à l'établissement d'un document inexistant, sauf si cet établissement peut résulter du traitement informatisé simple d'informations existantes, en particulier du tirage papier d'un fichier existant³.

Selon l'art. 25 LIPAD, un document est un support d'informations détenu par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique.

S'agissant du « **support d'informations** », la Cour de justice a ainsi eu l'occasion de préciser que les résultats extraits d'un outil informatique et imprimés sur un support papier sont des documents. Ce, y compris si un certain travail est nécessaire afin de sélectionner les onglets pertinents dans l'outil informatique⁴.

Le document doit être **détenu par l'institution** ; il importe peu qu'il ait été produit par l'institution ou simplement reçu par elle. Ainsi, le PPDT a-t-il retenu dans une recommandation que quand bien même un avis de droit n'a pas été commandé par une institution publique, il n'était pas contesté qu'il est en sa possession et qu'il contient des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique, de sorte que la procédure d'accès aux documents est pleinement applicable⁵.

Finalement, le document doit être **relatif à une tâche publique**. Le Tribunal fédéral a considéré que les documents relatifs au patrimoine financier de l'Etat qui n'est pas affecté à une fin d'intérêt public ne sont pas soumis au droit d'accès prévu par la LIPAD, la condition de "l'accomplissement d'une tâche publique" faisant défaut. Ainsi, en gérant un immeuble qui ne contient pas de logements sociaux, mais uniquement des appartements en loyer libre, l'Etat agit comme un particulier et n'accomplit pas une tâche publique⁶.

Sont par contre des documents relatifs à une tâche publique les directives émises par le Ministère public⁷, le grand livre d'une commune⁸, les documents contenant des informations sur la gestion du personnel, en l'espèce sur les conséquences financières du licenciement contraire au droit d'un fonctionnaire⁹ ou encore la politique d'admission du contenu des affiches qu'une institution publique accepte de voir posées sur ses espaces d'affichages¹⁰.

La jurisprudence a également permis de préciser la notion de **notes à usage personnel, brouillons et textes inachevés** qui ne sont pas soumis au droit d'accès.

³ MGC 2000 45/VIII 7695.

⁴ ATA/919/2014 du 25 novembre 2014.

⁵ Recommandation du 13 mars 2019, <https://www.ge.ch/ppdt/doc/documentation/Recommandation-13-mars-2019.pdf>

⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_379/2014 du 29 janvier 2015.

⁷ Arrêts du Tribunal fédéral 1C_604/2015 et 1C_606/2015 du 13 juin 2016.

⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_25/2017 du 28 août 2017.

⁹ ATA/758/2015 du 28 juillet 2015.

¹⁰ ATA/576/2017 du 23 mai 2017, consid. 7.

La jurisprudence relative aux art. 25 et 26 LIPAD : La notion de documents et les exceptions au droit d'accès

Ainsi, les notes personnelles prises par un auditeur dans le cadre de sa mission ne sont pas visées par le droit d'accès institué par la LIPAD¹¹, ni les courriers électroniques figurant dans un dossier litigieux envoyés d'un collaborateur à l'autre au sein de la police car ils constituent des échanges informels, tout comme les notes de service qui sont préparatoires à l'élaboration d'un autre document¹². A l'inverse par contre, un rapport définitif d'un fonctionnaire de police à son commandant sous forme d'un courriel, doublé d'une prise de position, est un document¹³.

Il en va de même d'un rapport d'inspection sur lequel un préavis du service du pharmacien cantonal est basé¹⁴.

LES EXCEPTIONS AU DROIT D'ACCES – LA LISTE EXEMPLATIVE DE L'ART. 26 AL. 2 LIPAD

La mise en péril de la sécurité de l'Etat, la sécurité publique, les relations internationales de la Suisse ou les relations confédérales

Un ordre de service de la police concernant la rémunération des informateurs privés a été considéré par la Chambre administrative de la Cour de justice¹⁵ comme tombant notamment sous l'exception relative à la sécurité publique. Elle a en effet considéré que « *communiquer [le document] au recourant reviendrait à dévoiler des techniques de travail et de tactique d'investigation de la police, et serait effectivement de nature à compromettre l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par la loi (art. 26 al. 2 let. d LIPAD) et ainsi l'accomplissement par la police des missions citées à l'art. 1 al. 3 let. a à c LPol et, par conséquent, à porter atteinte à la sécurité publique (art. 26 al. 2 let. a LIPAD)* ».

Dans la même affaire, s'agissant des données budgétaires, la Cour a retenu que la liste des versements pris individuellement, avec la mention de leur motif et du service de police qui les a requis, revenait à donner des renseignements sur les activités des différents services de police au cours des mois, leurs interactions entre eux ainsi qu'avec le SRC, de même que la nature des rémunérations. Ainsi, elle a conclu que « *des tentatives de déductions pouvant en être tirées quant aux montants par informateur ne pourraient pas être exclues. Ces informations doivent, au regard de l'intérêt prépondérant de la sécurité publique (art. 26 al. 2 let. a et d LIPAD), être soustraites à l'accès du recourant* ». Par contre, les montants annuels et le total général doivent être communiqués.

La mise en péril les intérêts patrimoniaux légitimes ou les droits immatériels d'une institution

Lorsqu'il a introduit cette exception, le législateur envisageait en particulier les cas dans lesquels les institutions apparaissent essentiellement comme des sujets de droit privé.

Ainsi, la Cour, dans un arrêt qui a été confirmé par le Tribunal fédéral, a-t-elle retenu qu'une assurance concernant des objets d'art mis à disposition par une fondation privée à la Ville pour qu'ils soient exposés dans un musée n'était pas publique (contrairement à la convention entre la Ville et ladite fondation), car elle était de nature à divulguer des informations sur les caractéristiques, le nombre et la valeur des objets mis à disposition du musée au fil des années. L'intérêt privé patrimonial de la fondation l'emportait sur l'intérêt public à la transparence¹⁶. L'on peut se demander si cette exception ne relève pas plutôt de la sphère privée des partenaires d'une institution publique que des intérêts patrimoniaux légitimes d'une institution.

Entraver notablement le processus décisionnel ou la position de négociation d'une institution

En lien avec cette exception, le Tribunal fédéral a considéré, s'agissant de directives du Ministère public, que le législateur ne visait pas des négociations avec des parties à une procédure pénale ; l'obligation de motiver plus en détail une décision s'écartant de la pratique généralement suivie ne saurait non plus constituer une entrave au processus décisionnel¹⁷.

¹¹ ACJC/253/2012 du 24 février 2012, consid. B. e.

¹² ATA/211/2009 du 28 avril 2009, consid. 7.

¹³ ATA/1141/2018 du 30 octobre 2018, consid. 6.

¹⁴ ATA/525/2016 du 21 juin 2016, consid. 4b.

¹⁵ ATA/949/2019 du 28 mai 2019.

¹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_359/2011 du 7 décembre 2011.

¹⁷ Arrêts du Tribunal fédéral 1C_604/2015 et 1C_606/2015 du 13 juin 2016.

La jurisprudence relative aux art. 25 et 26 LIPAD : La notion de documents et les exceptions au droit d'accès

Le Tribunal administratif a retenu que le fait que l'émetteur d'un rapport n'ait plus la maîtrise du processus décisionnel, entièrement concentré dans les mains du destinataire et que le rapport date de plus de deux ans sans qu'une décision n'ait été prise à son sujet, sont des éléments plaidant en faveur de la publicité dudit rapport, car on ne voit pas quel processus décisionnel pourrait être entravé par sa remise¹⁸. S'agissant de procès-verbaux du Conseil administratif de la Ville de Genève, ils ont été considérés accessibles lorsque les extraits ne donnent aucune indication sur la façon dont les magistrats de la ville ont été amenés à arrêter les critères, ni d'indication sur la position adoptée par l'un ou l'autre des membres de l'autorité collégiale et ne font que donner le résultat du processus décisionnel, de manière objective¹⁹.

A l'inverse, la Cour a retenu que des annexes à des contrats qui contenaient des indications sur le potentiel énergétique de certains sites étaient susceptibles de divulguer des données couvertes par le secret d'affaires, d'avantager des concurrents, d'affaiblir la position de l'institution publique (les SIG en l'occurrence) dans ses négociations avec des partenaires potentiels, et partant, tombaient sous le coup de l'exception prévue par l'art. 26 al. 2 litt. c LIPAD²⁰. Un raisonnement similaire avait été tenu concernant la comptabilité d'un des secteurs d'activités des HUG, vu les négociations serrées entre prestataires de soins et assureurs²¹.

Rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives

La jurisprudence a rappelé l'application de ce principe dès lors que la transmission du document entrerait directement en contradiction avec les dispositions pénales limitant l'accès au dossier, car il portait précisément sur le complexe de faits à élucider²².

Toutefois, lorsque le lien entre le document et la procédure en cours est ténu, cette exception ne saurait trouver application ; la Cour a considéré, s'agissant d'un document en lien avec une procédure pendante pour violation du secret de fonction, que « *en aucun cas, l'éventuelle admission du recours et la divulgation du rapport au recourant, après caviardage, ne permettraient en soi d'exempter l'auteur éventuel de la fuite initiale envers la presse de tous reproches pénaux. Un document peut parfaitement initialement être secret, puis ultérieurement devenir accessible au public, sans que cette accessibilité rende admissible une éventuelle violation initiale du secret de fonction. Cela est d'autant plus vrai lorsque, comme en l'espèce, une procédure doit être suivie et des mesures visant à anonymiser le document en question doivent être réalisées avant sa divulgation* »²³.

Rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers

La Cour de justice a précisé la coordination entre le volet « transparence » de la LIPAD et le volet « protection des données » : « *l'exception au droit d'accès prévue à l'art. 26 al. 2 let. f LIPAD vise à ce que l'accès aux documents ne rende pas inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers. Ces restrictions légales-ci sont prévues à l'art. 39 LIPAD (ATA/758/2015 du 28 juillet 2015 consid. 9; ATA/767/2014 précité). La communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé est réglée par l'art. 39 al. 9 LIPAD* »²⁴.

Sur la base de cette exception, la Cour de justice a refusé l'accès à la convention transactionnelle entre un employé et une institution soumise à la LIPAD considérant que la protection de la sphère privée du travailleur l'emportait, dès lors que ce dernier n'était pas d'accord avec la communication²⁵. De même, la Cour de justice a considéré qu'il y a un intérêt privé manifeste d'un médecin sanctionné par une amende administrative à ce que les sanctions disciplinaires le concernant, autres que celles publiées dans la FAO, ne soient pas dévoilées à des tiers²⁶. Dans le même sens, suite à une demande d'accès à un rapport du Groupe de confiance, la Cour a retenu que les informations obtenues au cours de ces entretiens sont couvertes par une totale confidentialité en vertu de l'art. 8 RPPers et que l'intérêt privé prépondérant des personnes concernées par ces entretiens s'opposait à l'accès aux documents concernés²⁷.

¹⁸ ATA/647/2007 du 18 décembre 2007 et ATA/427/2020 du 30 avril 2020.

¹⁹ ATA/576/2017 du 23 mai 2017.

²⁰ ATA/560/2015 du 2 juin 2015.

²¹ ATA/621/2005 du 20 septembre 2005.

²² ATA/297/2004 du 6 avril 2004.

²³ ATA/427/2020 du 30 avril 2020, consid. 8.

²⁴ ATA/213/2016 du 8 mars 2016, consid. 7b.

²⁵ ATA/341/2015 du 14 avril 2015, consid. 13.

²⁶ ATA/767/2014 du 30 septembre 2014.

²⁷ ATA/753/2013 du 12 novembre 2013.

La jurisprudence relative aux art. 25 et 26 LIPAD : La notion de documents et les exceptions au droit d'accès

Porter atteinte à la sphère privée ou familiale

La question de l'accès à des conventions de départ entre membres de la fonction publique et institution publique peut tomber sous le coup de cette exception, le Tribunal fédéral n'ayant toutefois pas exprimé une position tranchée à cet égard²⁸. La Cour de justice a considéré que l'intérêt public à connaître les conséquences sur les ressources publiques d'une violation du droit par la commune dans la gestion de son personnel l'emportait sur l'intérêt privé de l'ancien membre du personnel, mais a prescrit des mesures de caviardage pour préserver autant que faire se peut son anonymat²⁹.

Révéler des informations couvertes par des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, le secret fiscal, le secret bancaire ou le secret statistique

La Cour a retenu que la simple insertion d'une clause de confidentialité dans un contrat entre une institution publique et un tiers ne saurait faire échec au principe de la transparence³⁰.

Le Préposé cantonal a rendu une recommandation le 26 octobre 2015 considérant que l'accès au courrier d'un avocat adressé au Conseil d'Etat pouvait être refusé sur la base du secret professionnel³¹.

Révéler d'autres faits dont la communication donnerait à des tiers un avantage indu, notamment en mettant un concurrent en possession d'informations auxquelles il n'aurait pas accès dans le cours ordinaire des choses

La Cour de justice a considéré qu'un rapport d'inspection concernant une autorisation d'exploiter remis à un concurrent ne tombait pas sous le coup de cette disposition, car il ne contient pas d'informations couvertes par un secret (médical, des affaires ou de fabrication) et n'était dès lors pas de nature à lui procurer un avantage³².

L'ART. 26 AL. 3 LIPAD : LES NOTES ECHANGEES ENTRE LES MEMBRES D'UNE AUTORITE COLLEGIALE OU ENTRE CES DERNIERS ET LEURS COLLABORATEURS SONT EXCLUES DU DROIT D'ACCES INSTITUE PAR LA LOI

Selon le Tribunal fédéral, "seuls les documents faisant état d'une proposition ou d'une opinion exprimée par un membre de l'autorité collégiale peuvent être concernés"³³. Ainsi, un rapport d'un mandant externe ayant pour but de proposer une vision intégrée de la fonction RH et destiné au Conseil administratif ne peut être soustrait au droit d'accès.

La Cour de Justice a retenu que des documents adressés à une tierce personne ne peuvent être considérés comme des documents internes³⁴. Ne tombe pas non plus sous le coup de cette exception une note adressée à la commandante de la police par un officier de police, car la commandante de la police est par définition une personne physique unique et non une autorité collégiale, ni Conseillère d'Etat ni secrétaire générale³⁵.

Par contre, deux rapports datés et signés d'une cellule juridique de l'administration dont le destinataire est le Conseil d'Etat, s'inscrivent dans le cadre des rapports qu'entretient cette autorité collégiale avec ses collaborateurs et sont donc soustraits à l'accès du public, selon la Cour³⁶.

²⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_273/2015 du 18 septembre 2015.

²⁹ ATA/758/2015 du 28 juillet 2015.

³⁰ ATA/154/2016 du 23 février 2016.

³¹ <https://www.ge.ch/ppdt/doc/documentation/Recommandation-26-octobre-2015.pdf>.

³² ATA/525/2016 du 21 juin 2016.

³³ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_277/2016 du 29 novembre 2016

³⁴ ATA/195/2010 du 23 mars 2010.

³⁵ ATA/1141/2018 du 30 octobre 2018, consid. 6.

³⁶ ATA/295/2010 du 4 mai 2010.

La jurisprudence relative aux art. 25 et 26 LIPAD : La notion de documents et les exceptions au droit d'accès

L'ART. 26 AL. 5 LIPAD : L'INSTITUTION PEUT REFUSER DE DONNER SUITE A UNE DEMANDE D'ACCES A UN DOCUMENT DONT LA SATISFACTION ENTRAINERAIT UN TRAVAIL MANIFESTEMENT DISPROPORTIONNE

La jurisprudence a dessiné les contours de cette exception :

- Un travail de tri et de caviardage portant sur huit volumes et sur cinq classeurs fédéraux, détenus par l'autorité de surveillance des offices des poursuites et de faillites est un travail considérable au vu de l'importance et de la masse desdits documents³⁷;
- La recherche des subventions versées à une association durant une période de près de 20 ans est manifestement disproportionnée au vu de l'étendue de la période visée et du fait que la recherche porte sur une période antérieure à la mise en œuvre de la LIPAD³⁸.
- La mise à disposition de dix arrêts en application de la loi sur la responsabilité de l'État et des communes est estimée à une durée de six heures et ne constitue pas un travail manifestement disproportionné³⁹.
- L'établissement d'une liste de chauffeurs de taxi se trouvant dans un système informatique et nécessitant huit heures de travail environ n'est pas disproportionnée⁴⁰.

Mise à jour: 25.08.2020

³⁷ ATA/231/2006 du 2 mai 2006, consid. 5.

³⁸ ATA/564/2008 du 4 novembre 2008.

³⁹ ATA/307/2008 du 10 juin 2008.

⁴⁰ ATA/ 919/2014 du 25 novembre 2014.

Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (PPDT) est une autorité indépendante qui renseigne, conseille et surveille l'application de la LIPAD par les autorités et institutions publiques genevoises. N'hésitez pas à appeler en cas de questions au n° de téléphone 022 546 52 40 ou à adresser un courriel à ppdt@etat.ge.ch