



Demande d'accès aux fiches d'élaboration du plan financier quadriennal relatives au processus d'internalisation des activités de convoyage des détenus à Genève

Recommandation du 10 mars 2020

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

1. Par courrier du 11 septembre 2019, X., [REDACTED], a saisi le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après le Préposé cantonal) d'une demande de médiation.
2. Il expliquait avoir, le 27 août 2019, écrit au Département de la sécurité, de l'emploi et de la santé (DSES) pour obtenir les fiches d'élaboration du plan financier quadriennal relatives au processus d'internalisation des activités de convoyage des détenus à Genève.
3. Etait fournie à l'appui de sa requête la réponse succincte du DSES du 3 septembre 2019 indiquant que les documents demandés étaient couverts par l'exception de l'art. 26 al. 3 LIPAD.
4. La médiation a eu lieu le 14 octobre 2019, en présence de X., Y., Z., Mme Laurence Dick Aune (responsable LIPAD du DSES) et de la Préposée adjointe.
5. A l'issue de la rencontre, il a été convenu que la requête restait en suspens, en attente d'un retour de la responsable LIPAD du DSES.
6. Le 8 novembre 2019, cette dernière a fait parvenir le mail suivant au Préposé cantonal: « *Préalablement et à toutes fins utiles, je souhaite rappeler que seuls les documents définitifs sont des documents au sens de la LIPAD, à l'exclusion des brouillons et autres textes inachevés, art. 25 al. 4 LIPAD. Dans le cas d'espèce, les fiches d'élaboration du plan financier quadriennal (PFQ), relatives à la prise en charge des activités de convoyage, sont des documents qui ont évolué et se sont modifiés en fonction/au fur et à mesure des différentes discussions du Conseil d'Etat. Ainsi, elles ne sont pas des documents définitifs, de sorte que, à ce titre-là déjà, l'accès auxdites fiches ne peut être accordé. Seul le PFQ définitif est publié, en parallèle à la finalisation et au dépôt du budget. Ultérieurement, chaque année, si le projet en cause porte sur plusieurs années, les fiches sont aussi modifiées en fonction des nouvelles données financières et votes du Grand Conseil. Je souhaite également rappeler que si le législateur a bien ancré le principe d'un droit d'accès aux documents en possession des institutions, à l'art. 24 LIPAD, il a également prévu des exceptions audit droit, selon la liste non exhaustive de l'art. 26 LIPAD. Ainsi, par exemple, les notes échangées entre les membres du Conseil d'Etat ou entre ceux-ci et leurs collaborateurs sont exclus du droit d'accès institué par la loi (art. 26 al. 3 LIPAD). Par-là, le législateur a clairement inscrit le principe de la protection de la collégialité. Dans le cas en l'espèce, les fiches d'élaboration du dossier concernant le convoyage des détenus sont des documents qui ont fait l'objet des discussions et arbitrages au sein du collège des Conseillers d'Etat, de sorte que l'accès auxdites fiches ne peut être accordé à ce titre là également. Ceci étant rappelé, je pense aussi utile de rappeler les étapes des différents projets relatifs au convoyage des détenus,*

ne serait-ce que pour permettre de clarifier ce qui est recherché par le demandeur. En effet, les étapes furent nombreuses jusqu'au vote tout récent de la loi sur le convoyage et la surveillance des détenus hors des établissements pénitentiaires, dont le délai référendaire expirera le 11 décembre 2019. Ainsi, il y eut:

- **Dépôt du PL 11661 (LOPP) par le CE**, le 30 avril 2015, relatif à l'organisation des établissements et le statut du personnel pénitentiaires:

. Ce PL 11661 a notamment été amendé par l'ajout d'un alinéa 2 à l'art. 7, afin de préciser: Toutes les autres tâches de la compétence du département en vertu de la loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale, du 27 août 2009, et qui sont exercées par l'office cantonal de la détention, sont réalisées par des membres du personnel de l'Etat subordonnés à la direction générale dudit office.

. La LOPP a été votée le 3 novembre 2016 avec une disposition transitoire, art. 36 al. 5, fixant que: « En dérogation à l'article 7, alinéa 2, les contrats existants au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi, conclus entre le département et les prestataires privés et portant sur les conduites de détenus, les conduites médicales et les surveillances hospitalières, ainsi que sur la surveillance externe et interne des établissements pénitentiaires, peuvent être exécutés jusqu'à leur terme prévu, mais ne peuvent être reconduits par le département. Au plus tard 5 ans après l'entrée en vigueur de la présente loi, ces tâches seront exercées par des agents publics ».

- **Dépôt du PL 11662 (LCTD n°1) par des députés**, le 6 mai 2015, relatif au convoyage et transport des détenus:

. Ce PL 11662 - 2 dispositions - détermine à son art. 1 que « Les tâches de convoyage, de transport et de surveillance des détenus sont effectuées par du personnel de police assermenté et soumis à la loi sur la police, du 26 octobre 1957 ». L'objectif était de clarifier le fait que le transport des détenus faisant partie des tâches régaliennes de l'Etat compte tenu des risques que cette activité implique pour la société, elle doit être effectuée par des personnes assermentées à cet effet.

. Ce PL - légèrement amendé -, a été adopté par le GC le 24 février 2017, mais le Conseil d'Etat, faisant application de l'article 109 al. 5 Cst-GE a sursis à la promulgation de la loi en proposant de déposer une nouvelle teneur dudit projet de loi, ce qui a été fait (RD 1198 / PL 11662-C).

- **Dépôt du RD 1198/PL 11662-C (LCSD n°2) par le CE**, le 11 octobre 2017, visant à donner une assise légale claire aux tâches de convoyage des personnes détenues et définissant en outre la catégorie spécifique de personnel de l'Etat (des ASP III) habilité à effectuer cette tâche. C'est l'internalisation du convoyage, objet de la demande de X.

. Ce PL 11662 n°2 - 9 dispositions - précise ainsi à son art. 1 que « Le département chargé de la sécurité (ci-après: département) exécute les tâches de convoyage des personnes détenues, consistant en leur transport sécurisé de ou vers un établissement pénitentiaire ou un autre lieu de privation de liberté ».

. Ce PL 11662 n°2 a été voté par le GC le 18 octobre 2019 et publié dans la FAO du 1^{er} novembre 2019.

. La L 11662 indique également à son art. 8 Dispositions transitoire, amendé, que « En dérogation aux articles 1 et 2, les contrats existants au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi, conclus entre le département et les prestataires privés et portant sur les conduites de détenus, les conduites médicales et les surveillances hospitalières, peuvent être exécutés jusqu'à leur terme prévu, mais ne peuvent être reconduits par le département. Au plus tard le 1^{er} mars 2022, ces tâches seront exercées par des agents publics.

C'est donc dans ce cadre-là, évolutif mais que récemment clarifié (vote du 18.10.2019) tant sur le fond (art. 1 L 11662) que quant à son délai de mise en œuvre (avant mars 2022, art. 8 L 11662), que le DSES a été amené à introduire les

éléments financiers idoines tant dans le Projet de budget 2020 que dans les fiches du PFQ 2020-2023, ce afin de compléter le socle d'ETP nécessaires à la mise en œuvre de la loi L 11662 pour une internalisation complète du convoyage dans le délai fixé par ladite loi, soit d'ici 2023.

Finalement et peut-être surtout, il convient de rappeler que si la LIPAD permet de demander l'accès à des documents - pouvant a minima être déterminés, de surcroît sans occasionner un travail disproportionné -, elle ne donne en revanche pas un droit à l'obtention de tout ce qui permettrait de contrôler l'activité de l'administration - même sur une thématique précise -, dans la mesure où c'est notamment à la Cour des comptes que le législateur a confié le contrôle de la bienfaisance des tâches effectuées par l'administration ».

7. En date du 14 novembre 2019, X. a envoyé le mail ci-après au Préposé cantonal:
« Suite aux derniers échanges de mails, je vous annonce maintenir ma demande initiale d'accéder aux fiches d'élaboration du plan financier quadriennal concernant l'internalisation du convoyage des détenus à Genève, ainsi que tout autre document qui détaillerait cette projection budgétaire et l'agenda de mise en œuvre. Le but de la LIPAD, "favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique", implique justement que les citoyens puissent comprendre comment travaille l'administration. Les documents sur lesquels s'appuient le processus budgétaire font partie des éléments importants pour comprendre le fonctionnement de la vie publique. Les fiches en question ou tout autre document contenant les informations demandées sont assurément des documents officiels, soit des "supports d'informations détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique (art. 25. al. 1 LIPAD)". Contrairement aux arguments avancés, nous estimons que les fiches d'élaboration du plan quadriennal n'entrent pas dans le cadre des exceptions prévues par la LIPAD: même si nous reconnaissons le caractère évolutif de ces documents rédigés en plusieurs versions, chacune d'entre elles constitue un document définitif qui ne peut être assimilé à un brouillon. Ainsi, nous souhaiterions accéder à la dernière version existante/approuvée ou du moins celle qui ont permis l'élaboration du PFQ 2020-2023. Soustraire du droit d'accès tous les documents qui pourraient éventuellement être mis à jour ne correspond pas à la volonté du législateur qui parle de documents "brouillons ou inachevés". Par analogie à la loi fédérale, nous renvoyons à la question 2.2.4 de la FAQ sur la mise en œuvre du principe de transparence de l'Office fédéral de la justice* qui indique: "chaque mise à jour d'un document correspond à [un stade définitif d'élaboration]. Il s'agit à chaque fois d'un nouveau document officiel au sens de la LTrans. Une solution contraire signifierait que des documents qui doivent être régulièrement mis à jour tels que des banques de données ne pourraient jamais tomber sous le coup de la LTrans, [...]. Une telle conception aurait pour résultat de vider la LTrans de sa substance, ce qui ne serait pas conforme à la volonté du législateur." "Par ailleurs, sachant que nous n'avons pu consulter ces documents, nous ne pouvons nous rendre compte d'une éventuelle violation possible du principe de collégialité du gouvernement, effectivement protégée par l'exception de l'art. 26 al. 3 LIPAD dont l'interprétation par le Tribunal fédéral est claire (ATF 1C_277/2016 cons.3.5.): "Seuls les documents faisant état d'une proposition ou d'une opinion exprimée par un membre de l'autorité collégiale peuvent être concernés.". Si des avis divergents des conseillers d'Etat étaient contenus dans ces fiches, nous estimons qu'ils pourraient être aisément caviardés. Un refus d'accès complet à ces documents officiels dont le contenu principal semble être approuvé (du moins tacitement) par le collègue - puisqu'ils constituent la base du PFQ -, nous semble disproportionné. Enfin, il vous revient à présent de juger de la nécessité d'agender une nouvelle séance de conciliation. Nous y sommes favorables, seulement si le contenu de son ordre du jour laisse envisager une réelle avancée du dossier ».

8. Par courriel du 28 novembre 2019, la responsable LIPAD du DSES a indiqué avoir transmis la requête à la Direction des affaires juridiques de la Chancellerie d'Etat (DAJ), suite à son départ à la retraite.
9. Le 21 janvier 2020, A., conseillère à la DAJ, a rédigé le message suivant au Préposé cantonal: « *Nous revenons vers vous dans le cadre de ce dossier. Suite à notre analyse, nous souhaitons vous informer que nous partageons entièrement la position qui vous a été communiquée par Mme Laurence Dick Aune en date du 8 novembre 2019 et souhaiterions ajouter, pour le surplus, les éléments suivants. En préambule, nous rappellerons que X. a demandé, dans son courrier de novembre 2019 que vous aviez transmis à Mme Dick Aune, à pouvoir accéder à la dernière version existante/approuvée, ou du moins celles qui ont permis l'élaboration du plan financier quadriennal (ci-après PFQ) 2020-2023. Par conséquent, nous vous ferons part de nos quelques éléments de réflexion en rappelant tout d'abord quelques éléments sur l'élaboration du PFQ, puis en distinguant entre: ce que nous appellerons les fiches "provisoires" d'élaboration du PFQ, à savoir les fiches antérieures à la décision du Conseil d'Etat, et la fiche "finale" reflétant les décisions du Conseil d'Etat.*

A. Processus d'élaboration du PFQ

Conformément à l'article 13 de de la loi sur la gestion administrative et financière de l'Etat, du 4 octobre 2013 (LGAF; D 1 05):

- *Le plan financier quadriennal de l'Etat est élaboré chaque année par le Conseil d'Etat pour les 3 ans suivant le budget. Il est présenté par politiques publiques; pour le surplus, son établissement suit les mêmes règles que celles qui prévalent à l'élaboration du budget (al. 1);*
- *Le plan financier quadriennal sert de cadre à l'élaboration des projets de budgets annuels et des nouvelles demandes de crédits d'investissement (al. 4);*
- *Le plan financier quadriennal est transmis au Grand Conseil sous la forme d'un rapport divers (al. 5).*

L'article 7 du règlement sur la planification financière et le contrôle budgétaire, du 20 août 2014 (RPFGB; D 1 05.04) précise, quant à lui, entre autres, que:

- *Le plan financier quadriennal de l'Etat est un outil d'aide à la décision du Conseil d'Etat et du Grand Conseil en vue d'atteindre l'objectif de l'équilibre des comptes à moyen terme et la reconstitution de la réserve conjoncturelle si elle vient à être épuisée (al. 1);*
- *Il est actualisé chaque année et sert de base au plan financier quadriennal de la période suivante (al. 4).*

Enfin, l'article 67, al. 5 de la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève, du 13 septembre 1985 (LRGC; B 1 01), prévoit que le Conseil d'Etat présente chaque année le projet de budget pour l'année suivante et les données actualisées du PFQ, au plus tard le 15 septembre.

Conformément à ce qui précède, le plan financier quadriennal 2020-2023 a été transmis au Grand Conseil sous la forme d'un rapport divers, qui figure en annexe des travaux parlementaires sur la loi budgétaire (voir PL 12576-A, p. 196 ss: <http://ge.ch/grandconseil/data/texte/PL12576A.pdf>). Il a été publié par ailleurs sur le site internet de l'Etat de Genève le 17 septembre 2019 (<https://www.ge.ch/document/plan-financier-quadriennal-2020-2023>).

B. En ce qui concerne les fiches provisoires

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rappeler, dans l'arrêt non publié 1C_277/2016, du 29 novembre 2016:

- *Que l'article 26 LIPAD fixe les exceptions au droit d'accès [...]*
- *Que l'article 26, alinéa 3 LIPAD concrétise et renforce la protection du processus décisionnel en précisant que les notes échangées entre les membres d'une*

autorité collégiale ou entre ces derniers et leurs collaborateurs sont exclues du droit d'accès [...]

L'ATF 136 II 399 auquel fait référence l'arrêt suscité précise, quant à lui, que le législateur a estimé que le fait de donner accès à ces documents compromettrait le bon fonctionnement du gouvernement en tant qu'acte collégial. La révélation du processus décisionnel pourrait mettre au jour des divergences d'opinion, alors que le principe de collégialité exige que les membres du Conseil fédéral défendent les décisions prises par le collège. Pour cette raison, le secret qui protège ces documents est maintenu, même après la décision du Conseil fédéral, et indépendamment de l'existence d'un intérêt particulier au maintien du secret.

En l'espèce, X. sollicite la production des fiches d'élaboration du plan financier quadriennal (ci-après PFQ), soit des documents de travail produits dans le cadre du processus d'élaboration dudit PFQ par le Conseil d'Etat, conformément à l'article 13 LGAF susmentionné, et qui fondent les décisions qui sont finalement prises par le Conseil d'Etat en la matière.

Comme indiqué par Mme Dick Aune, les fiches d'élaboration du PFQ sont, de manière générale mais également spécifiquement en ce qui concerne l'internalisation du convoiage, des documents qui évoluent et se modifient au fur et à mesure des différentes discussions du Conseil d'Etat.

Ces documents n'ont donc de valeur qu'à un moment donné, alors que le processus de décision relatif aux diverses options possibles n'est pas abouti, et que la réflexion et les arbitrages politiques sur ces mêmes éléments sont en cours.

Les fiches "provisoires" d'élaboration du PFQ ne constituent ainsi qu'une étape dans le processus de décision du Conseil d'Etat et ne peuvent donc pas être appréciées pour elles-mêmes, indépendamment du reste du processus décisionnel. Ainsi, ces documents revêtent non seulement un caractère provisoire, mais également celui de document exclu du droit d'accès au sens de l'article 26, alinéa 3 LIPAD.

En effet, la production de ces fiches aurait pour effet de divulguer le processus de formation de la volonté du Conseil d'Etat dans le cas d'espèce. Très concrètement, la comparaison entre les chiffres articulés dans les fiches "provisoires" d'élaboration du PFQ et les chiffres définitifs arrêtés par le Conseil d'Etat et figurant dans la fiche finale, aurait pour conséquence de divulguer d'éventuelles divergences d'opinion entre magistrats, alors que le principe de collégialité exige que les membres du collège défendent les décisions prises par ce dernier. Ainsi, contrairement à ce qui est invoqué par X., nous ne sommes pas dans le cas, appréhendé par l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_277/2016, d'un document qui ne r v lerait absolument rien sur le processus de décision qui s'en est suivi et sur les opinions qui ont pu être formulées dans ce cadre.

Au demeurant, nous souhaiterions également mentionner que l'énumération de l'article 26, alinéa 2 LIPAD n'a qu'un caractère exemplatif ("notamment") visant à illustrer le principe évoqué à l'alinéa 1, selon lequel "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". Ainsi, et même s'il n'est pas expressément mentionné dans la liste d'exemples, nous considérons que le bon fonctionnement du Conseil d'Etat représente un intérêt public prépondérant. Ainsi, le Conseil d'Etat doit pouvoir bénéficier de toute la latitude nécessaire durant ses séances, et doit pouvoir se distancer de la proposition et du projet de décision qui lui sont soumis, sans avoir à dévoiler ces dernières et le déroulement de ses délibérations. Dans ce cadre précis, la libre formation de la décision d'une autorité collégiale doit ainsi être prépondérante, à notre sens, par rapport à la libre formation de l'opinion du public (article 2 let a LIPAD).

Nous considérons donc qu'en application de la jurisprudence susmentionnée, les fiches "provisoires" sont exclues du droit d'accès au sens de la LIPAD, tant par leur

côté évolutif et provisoire, que par leur nature de document élaboré à l'attention du Conseil d'Etat pour prise de décision, et s'inscrivent dans le cadre des rapports qu'entretient cette autorité collégiale avec ses collaborateurs, dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives (ATA/295/2010 du 04.05.2010, consid. 7), ainsi que dans le cadre du bon fonctionnement de la libre formation de la décision d'une autorité collégiale.

C. En ce qui concerne la fiche finale reprenant les chiffres validés par le Conseil d'Etat

Même s'il reflète les projections financières des quatre années à venir, le PFQ est élaboré et mis à jour chaque année. Par conséquent, les seules données déterminantes et qui "engagent" réellement le Conseil d'Etat et le Grand Conseil sont celles de l'année sur laquelle porte la discussion du budget au Grand Conseil. Or, si l'on examine les travaux parlementaires relatifs au budget, on peut constater que le nombre d'ETP supplémentaires envisagé par le Conseil d'Etat pour le convoyage des détenus pour l'année 2020 s'élève à 35 ETP (PL 12576-A, p. 15 et p. 151). Force est dès lors de constater que, dans la mesure où il peut avoir l'information concernant l'année 2020 par le biais de documents publiquement accessibles, X. n'a pas à recevoir un autre document lui confirmant ce chiffre. S'agissant des années 2021 et 2022, de par la nature même du PFQ, leurs chiffres sont amenés à évoluer et être modifiés lors de la préparation du projet de loi du Conseil d'Etat établissant le budget administratif de l'Etat de Genève pour l'exercice 2021 (LBU-2021) (D 3 70) et du PFQ 2021-2024, ce d'autant que le Grand Conseil a refusé l'ensemble des ETP demandés par le Conseil d'Etat dans le cadre de la LBU-2020. Il n'y a dès lors pas lieu de fournir de document les concernant. En tout état de cause, lors des travaux parlementaires, l'année prochaine, à l'occasion de la préparation de la LBU-2021, un nouveau PFQ sera établi et les chiffres contenus dans le PFQ 2020 réévalués et modifiés. X. pourra alors connaître le nombre d'ETP envisagé pour l'année 2021 ».

10. Suite à sa demande, le Préposé cantonal a pu consulter les documents querellés le 27 février 2020.

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

11. En édictant la LIPAD, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2002, le législateur a érigé la transparence au rang de principe aux fins de renforcer tant la démocratie que le contrôle de l'administration, valoriser l'activité étatique et favoriser la mise en œuvre des politiques publiques (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII 7671 ss).
12. S'agissant de son volet relatif à l'accès aux documents en mains des institutions publiques, la LIPAD a ainsi pour « *but de favoriser la libre information de l'opinion et la participation à la vie publique* » (art. 1 al. 2 litt. a LIPAD).
13. A ce propos, l'exposé des motifs relatif à l'avant-projet (PL 8356) relève: « *La transparence des activités étatiques et para-étatiques visée par la LIPAD a pour finalité de favoriser la libre formation de l'opinion publique et la participation des citoyens à la vie publique. En raison de l'importance que les collectivités publiques ont prises dans la vie moderne, une transparence accrue dans leur fonctionnement est de nature à permettre une meilleure formation de l'opinion publique. Elle est propre également à renforcer l'intérêt des citoyens pour le fonctionnement des institutions et à les inciter à mieux s'investir dans la prise des décisions démocratiques. Dans une démocratie semi-directe, qui appelle fréquemment les citoyens aux urnes sur les sujets les plus variés, la recherche d'une participation accrue grâce à une opinion publique librement formée présente un intérêt majeur* ».

14. Toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la loi (art. 24 al. 1 LIPAD). L'accès aux documents comprend la consultation sur place et l'obtention de copies des documents (art. 24 al. 2 LIPAD).
15. Il n'est pas nécessaire de motiver la demande (art. 28 al. 1 LIPAD). Le droit d'accès aux documents est ainsi un droit reconnu à chacun, sans restriction liée notamment à la démonstration d'un intérêt digne de protection.
16. Les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution publique contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique (art. 25 al. 1 LIPAD).
17. Sont notamment des documents les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions (art. 25 al. 2 LIPAD).
18. 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 (art. 25 al. 3 LIPAD).
19. 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 loi (art. 25 al. 4 LIPAD). L'exposé des motifs à l'appui du PL 8356 précise que ces restrictions à la notion de document « *doivent s'interpréter à la lumière du principe général de transparence institué par la LIPAD. A défaut, tout texte pourrait échapper au droit d'accès tant qu'il appelle encore un complément, même mineur, contrairement à l'esprit de cette législation. Ainsi, par exemple, un avant-projet de loi soumis à consultation interne, destiné à être encore modifié, constitue un document au sens de la LIPAD, dont l'accès ne peut être refusé que si l'une des exceptions au droit d'accès est réalisée* » (MGC 2000 45/VIII 7695).
20. Le principe de transparence n'est pas absolu. L'accès aux documents est restreint par différentes exceptions s'il existe un intérêt prépondérant au maintien du secret prévu à l'art. 26 LIPAD.
21. Sont notamment soustraits au droit d'accès institué par la LIPAD les notes échangées entre les membres d'une autorité collégiale ou entre ces derniers et leurs collaborateurs (art. 26 al. 3 LIPAD). L'art. 7 al. 3 LIPAD précise à cet égard: « *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* ». S'agissant de l'art. 26 al. 3 LIPAD, l'exposé des motifs relatif au PL 8356 indique: « *En excluant purement et simplement du droit d'accès aux documents, les notes échangées entre les membres d'autorités collégiales (comme le Conseil d'Etat et les exécutifs communaux) ainsi qu'entre eux et leurs collaborateurs, l'article 26, alinéa 3 renforce l'exception tirée du risque d'entrave notable au processus décisionnel mentionnée à l'article 26, alinéa 2, lettre c. Il s'agit de permettre la libre formation de l'opinion du collège gouvernemental, en mettant ses membres à l'abri des pressions auxquelles les exposerait la communication de leur opinion souvent provisoire formulée au stade antérieur à la prise collective de décisions. Comme il est admis que les séances du Conseil d'Etat*

et des exécutifs communaux doivent se tenir à huis clos (cf. art. 7 et 11 LIPAD), il faut préserver à ces autorités collégiales un espace de délibération et de préparation de leurs décisions collectives en dehors de tout regard extérieur. Le caractère catégorique de cette exception, en particulier le fait qu'une décision contraire de l'autorité collégiale elle-même ne soit pas réservée, se justifie par le souci d'engager chacun de ses membres dans le processus collégial et de les empêcher d'exercer un jeu de pouvoir des uns sur les autres sur la scène publique. Il s'agit aussi de permettre aux collaborateurs des membres d'autorités collégiales d'exprimer librement leurs opinions et propositions à l'intention de ces derniers ».

22. Un accès partiel doit être préféré à un simple refus d'accès à un document dans la mesure où seules certaines données ou parties du document considéré doivent être soustraites à la communication. Les mentions à soustraire au droit d'accès doivent être caviardées de façon à ce qu'elles ne puissent être reconstituées et que le contenu informationnel du document ne s'en trouve pas déformé au point d'induire en erreur sur le sens ou la portée du document (art. 27 al. 1 et 2 LIPAD).
23. En ce qui concerne particulièrement la procédure d'accès aux documents, en application de l'art. 30 al. 1 LIPAD, toute personne peut déposer une demande en médiation lorsque sa demande n'est pas honorée ou lorsque l'autorité tarde à répondre.
24. Le Préposé cantonal mène la procédure de médiation 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. Il entend les parties et peut les réunir. Il s'efforce de les amener à un accord. Il leur soumet, si nécessaire, des propositions (art. 10 al. 8 et 9 RIPAD).
25. 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).
26. S'agissant des parties à la médiation, il y a toujours d'un côté une institution publique cantonale ou communale genevoise, soit l'entité auprès de laquelle l'accès au document est sollicité, et de l'autre le demandeur.
27. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
28. 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).
29. 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.

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

30. A teneur de l'art. 4 al. 1 litt. c du règlement sur l'organisation de l'administration cantonale du 1^{er} juin 2018 (ROAC; RSGe B 4 05.10), le Département de la sécurité, de l'emploi et de la santé (DSES) fait partie de l'administration cantonale. De la sorte, il est soumis à la LIPAD, conformément à son art. 3 al. 1 litt. a.
31. Selon le site Internet de l'Etat de Genève: « *Le plan financier quadriennal (PFQ) constitue un outil d'aide à la décision des autorités, en vue de garantir l'atteinte, à moyen terme, de l'objectif d'équilibre des finances publiques. Il vise à estimer les disponibilités et les besoins financiers pour les quatre prochaines années, selon un ordre de priorités défini. Il permet ainsi d'évaluer les impacts financiers à moyen terme des décisions politiques du Conseil d'Etat et du Grand Conseil, en chiffrant sur quatre ans les coûts et les recettes des différentes politiques publiques. Il fixe le cadre général d'établissement des projets de budgets annuels. Le principe d'une planification financière quadriennale est fixé par l'article 152 de la Constitution du canton de Genève. Les modalités de cette planification sont précisées dans l'article 13 de la Loi sur la gestion administrative et financière de l'Etat (LGAF): le PFQ comprend une estimation des besoins financiers, établis selon un ordre de priorités, et une évaluation des moyens financiers y relatifs; il est actualisé chaque année et sert de cadre à l'élaboration des projets de budgets annuels; son élaboration suit les mêmes règles que celles qui s'appliquent au budget. La loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève indique pour sa part (article 66), que le Conseil d'Etat doit présenter un programme de législature accompagné d'un PFQ dans un délai de six mois suivant sa prestation de serment* » (<https://www.ge.ch/budget-comptes-notations/plan-financier-quadriennal>).
32. En l'espèce, le requérant sollicite la production des fiches d'élaboration du plan financier quadriennal relatives au processus d'internalisation des activités de convoyage des détenus à Genève, soit des documents de travail produits dans le cadre du processus d'élaboration dudit plan par le Conseil d'Etat, conformément à l'art. 13 LGAF, et qui fondent les décisions qui sont finalement prises par le Conseil d'Etat en la matière.
33. Le premier motif de refus de transmettre les documents querellés se base sur l'art. 25 al. 4 LIPAD, selon lequel notamment les brouillons ou autres textes inachevés ne constituent pas des documents au sens de la loi.
34. Le Préposé cantonal relève qu'en édictant cette disposition, le législateur entendait préserver la faculté des institutions de réfléchir, de consulter, de rédiger plusieurs projets avant d'arrêter leur choix et de limiter de la sorte 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.
35. Le Préposé cantonal comprend que les fiches d'élaboration du plan financier quadriennal constituent des documents qui évoluent et se modifient au fur et à mesure des différentes discussions du Conseil d'Etat.
36. Il s'agit ainsi d'examiner si ces fiches peuvent être assimilées ou non à des documents soumis à la LIPAD ou s'il s'agit de brouillons ou autres textes inachevés ne répondant pas à la définition de documents selon l'art. 25 al. 4 LIPAD.
37. Le Préposé cantonal remarque que la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration du 17 décembre 2004 (LTrans; RS 152.3) permet l'accès aux documents officiels, soit « *toute information: a. qui a été enregistrée sur un*

quelconque support; b. qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a été communiquée, et c. qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique » (art. 5 al. 1). En revanche, ne doivent pas être considérés comme tels les documents qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration (art. 5 al. 3 lit. b). A ce sujet, selon l'art. 1 al. 2 de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration du 24 mai 2006 (OTrans; RS 152.31): « *Un document a atteint son stade définitif d'élaboration: a. lorsque l'autorité dont il émane l'a signé, ou b. lorsque son auteur l'a définitivement remis au destinataire notamment à titre d'information ou pour que celui-ci prenne position ou une décision »*.

38. Dans leur document intitulé « *Mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration fédérale: questions fréquemment posées du 7 août 2013* », p. 11, l'Office fédéral de la justice et le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence indiquent: « *Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, il y a lieu de considérer que le critère pour déterminer si la loi s'applique ratione temporis n'est pas le début du processus pour établir un document mais le moment précis où un document atteint son stade définitif d'élaboration. Chaque mise à jour d'un document correspond à ce moment. Il s'agit à chaque fois d'un nouveau document officiel au sens de la LTrans. Une solution contraire signifierait que des documents qui doivent être régulièrement mis à jour tels que des banques de données ne pourraient jamais tomber sous le coup de la LTrans, dès lors qu'ils ont été initialement créés avant son entrée en vigueur. Une telle conception aurait pour résultat de vider la LTrans de sa substance, ce qui ne serait pas conforme à la volonté du législateur »* (<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/oeffentlichkeitsprinzip/faq-f.pdf>).
39. Comme le rappelle l'exposé des motifs à l'appui du PL 8356, les restrictions à la notion de document doivent s'interpréter à la lumière du principe général de transparence institué par l'art. 1 al. 2 LIPAD, faute de quoi tout texte pourrait échapper au droit d'accès tant qu'il appelle encore un complément, même mineur, contrairement à l'esprit de cette législation. De la sorte, à titre exemplatif, un avant-projet de loi soumis à consultation interne, destiné à être encore modifié, constitue un document au sens de la LIPAD, dont l'accès ne peut être refusé que si l'une des exceptions au droit d'accès est réalisée (MGC 2000 45/VIII 7695).
40. Au vu de la comparaison avec le droit fédéral et de l'exposé des motifs à l'appui du PL 8356, le Préposé cantonal estime que les fiches querellées, quand bien même elles sont amenées à être modifiées, ne constituent pas des brouillons ou autres textes inachevés, mais des documents définitifs soumis à la LIPAD.
41. Reste à examiner si ces documents peuvent être soustraits au droit d'accès selon l'art. 26 al. 3 LIPAD.
42. Le Préposé cantonal a pris note du fait que cette exception a pour objectif de permettre la libre formation de l'opinion du collège gouvernemental, en mettant ses membres à l'abri des pressions auxquelles les exposerait la communication de leur opinion souvent provisoire formulée au stade antérieur à la prise collective de décisions.
43. Présentement, se pose la question de savoir si la communication des documents serait propre à entraver l'espace de délibération et de préparation des décisions collectives du Conseil d'Etat.

44. Le Préposé cantonal rappelle que, dans un arrêt portant sur deux extraits du procès-verbal du Conseil administratif relatifs au contenu des dispositions prises par ce dernier dans le domaine du contrôle du contenu des affiches apposées sur le domaine public de la Ville de Genève, la Cour de Justice n'a pas retenu l'exception de l'entrave au processus décisionnel, dès lors que ces extraits ne donnaient aucune indication sur la façon dont les magistrats de la Ville avaient 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 faisaient que donner le résultat du processus décisionnel, de manière objective (ATA/578/2017 du 23 mai 2017).
45. Dans le présent cas, le DSES et la Direction des affaires juridique de la Chancellerie estiment que la production des fiches querellées aurait pour effet de divulguer le processus de formation de la volonté du Conseil d'Etat.
46. A la lecture des documents, le Préposé cantonal constate effectivement que la comparaison entre les chiffres articulés dans les fiches provisoires d'élaboration du plan quadriennal financier et les chiffres définitifs arrêtés par le Gouvernement et figurant dans la fiche finale aurait pour conséquence de divulguer d'éventuelles divergences d'opinion entre magistrats, alors que le principe de collégialité exige que les membres du collège défendent les décisions prises par ce dernier.
47. Il convient certes d'éviter d'attenter au bon fonctionnement du Gouvernement genevois en tant qu'autorité collégiale. Cela étant, le Préposé cantonal est d'avis que les passages pouvant amener à relever des divergences d'opinion entre magistrats peuvent aisément être caviardés. Une fois ces mentions soustraites, le contenu informationnel des documents ne s'en trouverait pas déformé au point d'induire en erreur sur leur sens ou leur portée.
48. En conséquence, le requérant devrait obtenir l'accès aux documents querellés, après caviardage des données personnelles et des avis divergents des conseillers d'Etat.

RECOMMANDATION

49. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande au Département de la sécurité, de l'emploi et de la santé de transmettre au requérant les fiches d'élaboration du plan financier quadriennal relatives au processus d'internalisation des activités de convoyage des détenus à Genève, caviardés des données personnelles et des avis divergents des conseillers d'Etat.
50. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le Département de la sécurité, de l'emploi et de la santé doit rendre une décision sur la communication des documents considérés (art. 30 al. 5 LIPAD).
51. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à:

- X., [REDACTED].
- Mme Perrine Duteil, Responsable LIPAD du DSES, Rue de l'Hôtel-de-Ville 14, 1204 Genève

Stéphane Werly
Préposé cantonal

Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence remercie par avance l'institution publique concernée de l'informer de la suite qui sera donnée à la présente recommandation.