



## **Demande d'accès de Mme X. au Département des finances et des ressources humaines (DF) de toute décision sur amende rendue à l'encontre d'un particulier**

### **Recommandation du 4 novembre 2020**

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

1. Le 1<sup>er</sup> septembre 2020, Mme X., journaliste à la rédaction du journal Le Temps, a adressé un mail à la Conseillère d'Etat en charge du Département des finances et des ressources humaines (DF), dans lequel elle sollicitait l'accès à *"toute décision sur amende prononcée par vos services concernant M. Y. (avec, le cas échéant, caviardage des données personnelles inutiles à la compréhension de l'affaire)"*. Elle invoquait l'intérêt public à disposer d'une information la plus complète possible sur l'issue d'une procédure fiscale diligentée contre une personnalité publique.
2. Par courrier du 9 septembre 2020, la précitée a répondu que l'art. 26 al. 2 litt. e, f, g et i LIPAD, de même que l'art. 11 de la loi de procédure fiscale (LPFisc), ne permettaient pas de répondre favorablement à la requête. En outre, elle ajoutait que *"l'article 4 lettre b chiffre 2 LIPAD qualifie de données personnelles sensibles les données personnelles qui portent sur des poursuites ou sanctions pénales ou administratives. Les décisions sur amende rendues par l'AFC entrent dans cette catégorie et leur communication ne pourrait intervenir que dans le cadre strict défini par l'article 39 alinéa 9 LIPAD. Or, une telle communication n'est pas prévue expressément par la loi ou un règlement, et pourrait également rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles de tiers, en raison de l'intérêt prépondérant de la personne concernée à la protection de ses données personnelles sensibles. De ce fait, l'amende en question pourrait également être soustraite du droit d'accès par la lettre f de l'article 26 al. 2 LIPAD. Finalement, une telle communication serait susceptible de porter atteinte à la sphère privée de la personne concernée et est donc exclue en vertu de l'article 26 alinéa 2 lettre g LIPAD. Quant à une éventuelle communication partielle, on ne voit pas de quels éléments personnels un bordereau d'amende pourrait être expurgé lorsque la requête porte précisément sur une personne déterminée"*.
3. La possibilité de saisir le Préposé cantonal d'une demande de médiation dans le délai de 10 jours était expressément mentionnée.
4. Par courrier recommandé du 17 septembre 2020, Mme X. a requis une médiation auprès du Préposé cantonal, conformément à l'art. 30 al. 1 LIPAD.
5. La médiation avec la Préposée adjointe a eu lieu le 7 octobre 2020, en présence de Mme X., Mme Laura Bertholon (responsable LIPAD du DF) et M. Z. (juriste à l'Administration fiscale cantonale).
6. La médiation n'a pas abouti.

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

7. En édictant la LIPAD, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> 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).
8. 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). A cet égard, l'introduction de la LIPAD a renversé le principe du secret de l'administration en faveur de celui de la publicité.
9. Selon l'art. 3 al. 1 litt. a LIPAD, la loi s'applique aux "*pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire cantonaux, ainsi que leurs administrations et les commissions qui en dépendent*".
10. 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 requête n'est pas honorée ou lorsque l'autorité tarde à répondre.
11. Il n'est pas nécessaire de motiver la demande (art. 28 al. 1 LIPAD).
12. 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. 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 (art. 10 al. 8 et 9 LIPAD).
13. 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).
14. 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.
15. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
16. Dans ce cadre, il doit veiller à ne rien divulguer des échanges survenus au cours de la procédure de médiation, ni dévoiler le contenu des documents dont la transmission est contestée. La recommandation doit être rédigée dans le respect des institutions et de la personnalité des personnes et institutions concernées (art. 10 al. 11 LIPAD).
17. 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 en sorte que lorsque c'est le Préposé can-

tonal qui veille à la médiation, c'est la Préposée adjointe qui rédige la recommandation et inversement.

18. 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. Aux termes de l'art. 24 al. 2 LIPAD, l'accès comprend dans la règle la consultation sur place des documents et l'obtention de copies des documents.
19. Conformément à l'art. 25 al. 1 LIPAD, les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution publique contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique.
20. Sont par exemple des documents les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions (art. 25 al. 2 LIPAD).
21. Le principe de transparence n'est pas absolu. L'accès aux documents peut être restreint par différentes exceptions s'il existe un intérêt prépondérant au maintien du secret prévu à l'art. 26 LIPAD. Selon l'exposé des motifs relatif au PL 8356 (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII p. 7694), "*Une marge d'appréciation subsiste nécessairement. Suivant les cas, les clauses d'exceptions pourront être complétées par voie réglementaire ainsi que, au besoin, par des directives administratives, dans les limites admises par le principe de la légalité*".
22. Sont notamment soustraits au droit d'accès institué par la LIPAD les documents dont l'accès est propre à: rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires ou administratives (art. 26 al. 2 litt. e LIPAD); rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers (art. 26 al. 2 litt. f LIPAD); porter atteinte à la sphère privée ou familiale (art. 26 al. 2 litt. g LIPAD); ou encore 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 litt. i LIPAD).
23. S'agissant de l'art. 26 al. 2 litt. e LIPAD l'exposé des motifs relatif au PL 8356 (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII p. 7696) précise: "*Ces deux dispositions [les lettres d et e] s'inscrivent dans le droit fil d'autres dispositions de la LIPAD relatives au pouvoir judiciaire et aux autorités de police, dans la mesure où les activités de ces institutions se trouvent pour l'essentiel régies par des lois spécifiques. Ces deux dispositions établissent ainsi un joint entre la LIPAD et ces lois, qui sont notamment la loi sur l'organisation judiciaire et les lois de procédure, en particulier le code de procédure pénale. Les enquêtes dont il est question à la lettre d peuvent toutefois aussi être des enquêtes disciplinaires menées à l'égard de membres du personnel de la fonction publique. En combinaison avec la lettre e visant notamment la loi sur la procédure administrative, il peut également s'agir des nombreuses enquêtes que l'application des lois peut commander de mener*".
24. L'art. 26 al. 2 litt. f LIPAD constitue un renvoi à l'art. 39 al. 9 LIPAD (ATA/758/2015 du 28 juillet 2005 consid. 9b; ATA/767/2014 du 30 septembre 2014 consid. 3c; ATA/919/2014 du 25 novembre 2014 consid. 4b). Or, selon l'art. 39 al. 9 LIPAD, la communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé n'est possible, alternativement, que si une loi ou un règlement le prévoit explicitement (litt. a) ou qu'un intérêt privé digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose (litt. b). Selon l'exposé des motifs relatif au PL 8356 (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII p. 7697): "*La lettre f coordonne quant à elle l'application de la LIPAD avec la législation (au*

sens large) sur la protection des données personnelles, dont l'application est d'ailleurs également réservée par l'article 2, alinéa 4 LIPAD".

25. Concernant l'art. 26 al. 2 litt. g LIPAD, l'exposé des motifs relatif au PL 8356 (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII p. 7697) énonce: "*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*".
26. Quant à l'art. 26 al. 2 litt. i LIPAD, il est indiqué (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII p. 7697-7698): "*L'exception tirée des différents secrets institués par la législation représente en réalité un cas particulier d'exceptions justifiées 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'infériorité par rapport à des concurrents en mettant ces derniers au bénéfice d'informations normalement confidentielles*".
27. En outre, sont également exclus du droit d'accès les documents à la communication desquels le droit fédéral ou une loi cantonale fait obstacle (art. 26 al. 4 LIPAD).
28. A teneur de l'art. 11 de la loi de procédure fiscale du 4 octobre 2001 (LPFisc; RS-Ge D 3 17), "<sup>1</sup> *Les personnes chargées de l'application de la législation fiscale ou qui y collaborent doivent garder le secret sur les faits dont elles ont connaissance dans l'exercice de leur fonction ainsi que sur les délibérations des autorités et refuser aux tiers la consultation des dossiers fiscaux et des rôles ou registres fiscaux.* <sup>2</sup> *Elles prêtent le serment de remplir leur fonction avec zèle et impartialité et de garder le secret le plus absolu sur toutes les déclarations, documents, opérations et communications dont elles ont eu connaissance.* <sup>3</sup> *Les personnes visées à l'article 12, alinéa 1, prêtent le serment prévu à l'alinéa 2 de la présente disposition.* <sup>4</sup> *Les dispositions de l'article 46 sont applicables aux membres des autorités visées à l'article 12, alinéa 1, lettres c et h.* <sup>5</sup> *Tout fonctionnaire public, qui a révélé sans autorisation à un tiers un renseignement porté à sa connaissance sur une déclaration, un rôle de contribuable, une pièce annexe fournie par le contribuable ou sur la situation de son compte d'impôts est passible de la révocation, sans préjudice des peines prévues à l'article 320 du Code pénal*".
29. Lorsque cela ne requière pas un travail disproportionné, 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 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).

30. En 2008, la loi a fait l'objet d'une révision importante. Au volet relatif à la transparence, le domaine de la protection des données personnelles a été ajouté. A ce titre, la loi a pour but de "*protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant*" (art. 1 al. 2 litt. b LIPAD). Dans cette autre matière, la loi "*tend d'abord à favoriser le confinement des informations susceptibles de porter atteinte à la personnalité*" (Rapport de la Commission judiciaire et de la police chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat sur la protection des données personnelles (LPDP) (A 2 12) PL 9870-A, p. 5). Ce volet est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2010.
31. Par données personnelles, il faut comprendre "*toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable*" (art. 4 litt. a LIPAD). Les données personnelles sensibles recouvrent les données personnelles sur: "*1 ° les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques, syndicales ou culturelles, 2 ° la santé, la sphère intime ou l'appartenance ethnique, 3 ° des mesures d'aide sociale, 4 ° des poursuites ou sanctions pénales ou administratives*" (art. 4 litt. b LIPAD).
32. Tant que les données n'ont pas été rendues anonymes, l'on se trouve face à des questions relatives à la protection de données personnelles.
33. L'art. 39 al. 9 LIPAD subordonne la communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé aux conditions alternatives qu'une loi ou un règlement le prévoit explicitement (litt. a), ou qu'un intérêt digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose (litt. b).

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

34. A teneur de l'art. 1 al. 1 litt. a du règlement sur l'organisation de l'administration cantonale du 1<sup>er</sup> juin 2018 (ROAC; RSGe B 4 05.10), le Département des finances et des ressources humaines fait partie de l'administration cantonale. De la sorte, il est soumis à la LIPAD, conformément à son art. 3 al. 1 litt. a.
35. La demande d'accès aux documents porte sur toute décision sur amende prononcée par l'Administration fiscale cantonale concernant M. Y.
36. La requérante soulève l'intérêt du public à disposer d'une information la plus complète possible sur l'issue d'une procédure fiscale diligentée contre une personnalité publique.
37. Par "*personnalité publique*", il faut entendre "*toutes les personnes qui occupent une position en vue dans la vie publique: hommes et femmes politiques, dirigeants de grandes entreprises, écrivains, artistes, vedettes du spectacle ou des sports, etc.*" (D. Barrelet/S. Werly, Droit de la communication, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2011, N. 1770). Au vu de sa fonction de [REDACTED] dans le canton de Genève, M. Y. est manifestement une personnalité publique.
38. Le Préposé cantonal comprend l'intérêt des médias à leur devoir d'informer le public, s'agissant en particulier d'informations relatives à une personne occupant une place importante dans la cité. Cela étant, à l'instar de tout citoyen, les personnalités publiques ont droit à ce que leurs données personnelles ne soient pas sans autre révélées à tout un chacun.

39. Le Préposé cantonal constate que l'art. 26 al. 2 litt. i LIPAD mentionne différents secrets, parmi lesquels le secret fiscal, constituant des cas particuliers d'exceptions justifiés par la protection de la sphère privée. A cet égard, l'art. 11 LPFisc prévoit que les personnes chargées de l'application de la législation fiscale ou qui y collaborent doivent garder le secret sur les faits dont elles ont connaissance dans l'exercice de leur fonction, ainsi que sur les délibérations des autorités et refuser aux tiers la consultation des dossiers fiscaux et des rôles ou registres fiscaux (al. 1), sous peine de sanctions, notamment celles prévues par l'art. 320 CP (al. 5). Ainsi, *in casu*, le secret fiscal s'oppose à la communication du document querellé.
40. Conformément à l'art. 26 al. 2 litt. f LIPAD, lorsque l'accès au document est propre à rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers, la transparence doit s'effacer. Cette norme constitue un renvoi à l'art. 39 al. 9 LIPAD, selon lequel la communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé n'est possible, alternativement, que si une loi ou un règlement le prévoit explicitement (litt. a) ou qu'un intérêt privé digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose (litt. b).
41. Présentement, le Préposé cantonal relève qu'il n'existe aucune loi ni aucun règlement prévoyant explicitement une telle transmission au sens de l'art. 39 al. 9 litt. a LIPAD. Au contraire, comme indiqué *supra*, l'art. 11 LPFisc interdit expressément la communication de données personnelles dans ce cas.
42. S'agissant de l'art. 39 al. 9 litt. b. LIPAD, le Préposé cantonal est d'avis que M. Y., qui d'ailleurs semble, sur une sollicitation antérieure de journaliste, s'être opposé à une telle communication (site Internet du GHI du 11 août 2020), bénéficie d'un intérêt prépondérant, en contradiction avec celui de la journaliste, à la non-transmission de ses données personnelles. En effet, une telle communication serait susceptible de porter notablement atteinte à sa sphère privée au sens de l'art. 26 al. 2 litt. g LIPAD. Cela est d'autant plus vrai que les décisions sur amende rendues par l'Administration fiscale cantonale entrent dans la catégorie des données personnelles sensibles au sens de l'art. 4 litt. b ch. 2 LIPAD.
43. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal estime que M. Y. possède un intérêt prépondérant à la protection de ses données personnelles sensibles. Partant, l'accès au document sollicité rendrait inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers, porterait atteinte à la sphère privée de M. Y. et révélerait des informations couvertes par le secret fiscal (art. 26 al. 2 litt. f, g et i LIPAD).
44. La solution qui consisterait à caviarder le nom de M. Y. sur le bordereau d'amende ne changerait rien à cette conclusion, dès lors que la demande porte précisément sur une personne déterminée. Une communication partielle au sens de l'art. 27 LIPAD est par conséquent exclue.

## RECOMMANDATION

45. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande au Département des finances et des ressources humaines de maintenir son refus de transmettre toute décision sur amende prononcée concernant M. Y.

46. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le Département des finances et des ressources humaines doit rendre une décision sur la prétention de la requérante.

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

- a. Mme X., [REDACTED].
- b. Mme Laura Bertholon, Département des finances et des ressources humaines, Secrétariat général, place de la Taconnerie 7, Case postale 3860, 1211 Genève 3.

Stéphane Werly  
Préposé cantonal

Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence remercie par avance l'institution publique de bien vouloir le tenir informé de la suite donnée à la présente recommandation en lui faisant parvenir une copie de sa décision.