



## **Demande d'accès de X à l'OCLPF portant sur des documents utiles pour réaliser un calcul de rendement**

### **Recommandation du 11 mars 2021**

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

1. Par courrier du 28 août 2020 adressé à l'Office cantonal du logement et de la planification foncière (OCLPF), X, agissant pour le compte de sociétaires domiciliés au .., a requis *"les pièces utiles à l'établissement d'un calcul de rendement, soit notamment l'arrêté définitif du Conseil d'Etat, les justificatifs des charges courantes des trois derniers exercices précédant la sortie de l'immeuble du contrôle de l'Etat, le compte de réserve pour travaux et le dernier état locatif nominatif"*. X a expliqué que ces documents étaient nécessaires à la défense des intérêts de leurs mandants.
2. Le 22 septembre 2020, l'OCLPF s'est adressé à la régie Y, représentant les intérêts du bailleur, afin d'obtenir leur détermination sur la demande de X. L'OCLPF a précisé qu'il entendait donner droit à la requête sous réserve du caviardage des données personnelles dans les documents visés, sauf objection motivée du bailleur au 5 octobre 2020.
3. Le 15 octobre 2020, l'OCLPF a fait savoir à X que Me Z, avocat du bailleur, refusait la transmission des documents sollicités. Par courrier du 11 novembre 2020, l'OCLPF a informé X de l'opposition réitérée du bailleur à la transmission des documents et de son refus de transmettre les documents requis, soit :
  - une copie de l'arrêté du Conseil d'Etat du 26 février 2003
  - le dernier état locatif approuvé (du 21 septembre 2009)
  - le compte de réserve pour travaux du 18 août 2009.

Par ailleurs, s'agissant des justificatifs des charges courantes des trois derniers exercices précédant la sortie du contrôle étatique de l'immeuble considéré, l'OCLPF a indiqué qu'ils n'étaient pas en sa possession.

4. A l'appui de sa position, l'OCLPF a invoqué dans son courrier du 11 novembre 2020 les exceptions suivantes : l'art. 26 al. 2 let f LIPAD qui vise à ce que l'accès aux documents ne rende pas inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers ; l'art. 26 al. 2 let g LIPAD qui vise à protéger la sphère privée des administrés ou des institutions ; l'art. 26 al. 2 let j LIPAD qui vise à éviter la révélation de faits dont la communication donnerait un avantage indu à des tiers. L'OCLPF a ajouté considérer que l'immeuble étant hors de période de contrôle, la protection de données personnelles de tiers devait être prépondérante à l'accès aux documents. En outre, en cas de balance des intérêts, l'intérêt du propriétaire au maintien de sa sphère privée l'emportait sur l'intérêt des sociétaires de X. Finalement, une procédure était en cours et les documents sollicités devraient être requis et produits dans le cadre de ladite procédure.

5. Par courrier du 23 novembre 2020 adressé au Préposé cantonal, X a saisi ce dernier d'une demande de médiation. Elle y a expliqué que la demande intervenait dans le cadre d'une contestation du loyer initial et que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le bailleur, respectivement l'autorité administrative en possession d'informations utiles, devaient les communiquer en cas de procédure en contestation du loyer initial. En outre, elle a considéré que même si l'immeuble n'était plus soumis à la loi générale sur le logement et la protection des locataires du 4 décembre 1977 (LGL ; RSGe I 4 05), les documents sont en possession de l'institution et qu'il lui appartient de les transmettre, l'intérêt du bailleur n'étant pas prépondérant. Au contraire, l'intérêt des locataires aux documents nécessaires au calcul de rendement doit l'emporter.
6. La médiation a eu lieu le 26 janvier 2021, en présence de Mme Irène Costis Droz (Secrétaire générale adjointe et responsable LIPAD du Département du territoire), de M. A (juriste à l'OPLPF), de Me B (X), de Me Z et Me D (représentants du bailleur) et du Préposé cantonal. Elle n'a pas abouti.
7. Le 17 février 2021, X a requis qu'une recommandation soit rendue.
8. La Préposée adjointe a sollicité les documents querellés par courriel du 24 février 2021 ; ils lui ont été communiqués le lendemain.

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

9. 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).
10. 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).
11. 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"*.
12. 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).

13. 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).
14. 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.
15. 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).
16. 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).
17. 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).
18. 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).
19. 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.
20. Selon la Cour de justice, *"par souci d'harmonisation verticale et dans la mesure où les différentes législations sur la transparence visent le même but et reprennent des principes de base globalement identiques, la jurisprudence rendue sur la base de la LTrans peut en principe être transposée à la LIPAD"* (ATA/154/2016 du 23 février 2016, consid. 5.a).
21. Or, il ressort de la jurisprudence applicable à la LTrans que si l'institution publique décide de limiter ou de refuser l'accès à des documents officiels, elle doit alors démontrer que les conditions aux exceptions à la transparence sont réalisées dans le cas d'espèce (arrêt du TF 1C\_428/2016 du 27 septembre 2017, consid. 2.3). A cet égard, ses explications doivent être convaincantes, à savoir être précises et claires, complètes et cohérentes (arrêt du TAF A-6/2015 du 26 juillet 2017, consid. 4.1 ; Recommandation du PFPDT du 29 août 2018). Si l'institution publique ne parvient pas à renverser la présomption du libre accès aux documents officiels, elle supporte les conséquences du défaut de preuve et l'accès doit en principe être accordé (arrêt du TAF A-6755/2016 du 23 octobre 2017, consid. 3.2).
22. L'accès aux documents doit notamment être refusé s'il est propre à rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers (art. 26 al. 2 litt. f LIPAD). Cette lettre 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: *"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"*. Plus spécifiquement, la Cour de justice a considéré, dans le cadre d'une demande d'accès à une décision concernant une sanction administrative infligée à un médecin, qu'il y a un intérêt privé manifeste du médecin à ce que les sanctions disciplinaires le concernant, autres que celles publiées dans la FAO, ne soient pas dévoilées à des tiers et que cet intérêt s'opposait à la communication requise (ATA/767/2014 du 30 septembre 2014). Il est aussi utile de rappeler une affaire ayant trait à l'accès d'une pharmacie concurrente à un rapport d'inspection rédigé par le service du Pharmacien cantonal à Genève au sujet des locaux d'une pharmacie voisine. Dans cette affaire, la Cour de justice était arrivée à la conclusion que l'accès au rapport était possible, moyennant caviardage des données personnelles, car il ne contenait aucune information couverte par le secret médical ou encore par le secret des affaires ou de fabrication, l'exploitation de la pharmacie n'ayant pas encore commencé (ATA 525/2016, du 21 juin 2016) ; cette lecture avait été confirmée par le Tribunal fédéral : *« compte tenu de ce caviardage obligatoire, ... la Cour cantonale pouvait considérer sans arbitraire que la transmission litigieuse ne comporterait en définitive aucune donnée personnelle, et que l'art. 39 al. 9 LIPAD n'y faisait donc pas obstacle puisque cette disposition s'applique exclusivement en cas de transmission de données personnelles »* (arrêt du TF 1C\_338/2016 du 16 décembre 2016, considérant 2.2 in fine). La Cour de justice a également jugé que la liste des titulaires des autorisations d'exploiter un taxi de service privé contenant leurs noms et prénoms, adresse professionnelle, numéro de téléphone professionnel et numéro de plaques étant accessible, à l'exclusion de leur adresse privée, de la date d'octroi desdites autorisations et de leur numéro de téléphone privé. En effet, à la lecture de la loi sur les taxis, elle a considéré ces données comme publiques (ATA/919/2014 du 25 novembre 2014).

23. Conformément à l'art. 26 al. 2 litt g LIPAD, la transmission d'un document peut être refusée si elle porte atteinte à la sphère privée ou familiale. L'exposé des motifs mentionne à cet égard l'exemple suivant : *"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"* (MGC 2000 45/VIII p. 7698). *Par contre, une procédure disciplinaire à l'encontre d'un policier tombe clairement sous le coup de cette exception* (ATA/211/2009 du 28 avril 2009).
24. Pour autant que 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 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).
25. Les institutions et les tiers dont l'art. 26 vise à protéger les intérêts doivent être consultés avant qu'une suite favorable ne soit donnée à une demande d'accès susceptible de compromettre ces intérêts, et un bref délai leur être imparti pour faire part de leur éventuelle opposition à la communication du document (art. 28 al. 4 LIPAD). Le délai doit être fixé en considération de la nature de la requête et du temps

prévisible pour y répondre; il ne doit pas excéder en principe une semaine (art. 9 al. 5 RIPAD).

26. Lorsqu'une institution entend donner accès à un document nonobstant l'opposition d'une autre institution ou d'un tiers, elle leur indique qu'ils peuvent saisir le Préposé cantonal préalablement à toute communication. Elle confirme son intention par écrit en indiquant le délai figurant à l'art. 30 al. 2 et en informe le Préposé cantonal (art. 28 al. 5 LIPAD).
27. 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).
28. 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).
29. 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 ou, en l'occurrence, l'institution opposée à la communication des documents requis.
30. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
31. 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).
32. 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:**

33. A teneur de l'art. 6 al. 1 litt. c du règlement sur l'organisation de l'administration cantonale du 1<sup>er</sup> juin 2018 (ROAC; RSGe B 4 05.10), le Département du territoire comprend notamment l'OCLPF. Le Département du territoire fait partie de l'administration cantonale (art. 1 al. 1 litt. d ROAC). De la sorte, il est soumis à la LIPAD, conformément à son art. 3 al. 1 litt. a.

34. La présente demande concerne l'accès, par X, aux documents suivants: la copie de l'arrêté du Conseil d'Etat du 26 février 2003 ; le dernier état locatif approuvé (du 21 septembre 2009) ; le compte de réserve pour travaux du 18 août 2009, ainsi que les justificatifs des charges courantes des trois derniers exercices précédant la sortie du contrôle étatique de l'immeuble considéré.
35. Les justificatifs des charges courantes ne sont pas en possession de l'OCLPF, de sorte qu'ils ne peuvent être transmis. S'agissant des autres documents requis, il n'est pas contesté qu'ils sont en possession de l'institution publique et qu'il s'agit de documents au sens de l'art. 25 LIPAD.
36. Il ressort par ailleurs des échanges de correspondances entre les parties que, faute d'opposition du tiers concerné, l'OCLPF entendait donner accès aux documents. Ce n'est que lorsque le tiers concerné s'est opposé que l'institution publique a soulevé des exceptions à la transparence, qu'il convient d'examiner pour chacun des documents requis.
37. Il sied encore de relever que les documents querellés sont en possession de l'OCLPF en application de la LGL. L'art. 1 al. 1 LGL prévoit que « *L'Etat encourage la construction de logements d'utilité publique et s'efforce d'améliorer la qualité de l'habitat dans les limites et selon les critères fixés par la loi* » ; l'alinéa 2 litt b précise qu'à cet effet, l'Etat « *encourage la construction de logements, en particulier à but non lucratif, par voie notamment de caution simple d'emprunts hypothécaires, d'octroi de prêts avec ou sans intérêt, de subventions, d'avantages fiscaux, de mises à disposition, dans la mesure des disponibilités, de terrains à bâtir en droit de superficie, d'aide à l'équipement de terrains à bâtir. Il peut également faire usage des aides et moyens que les lois et ordonnances fédérales fournissent aux cantons dans le même dessein* ». Ainsi, même si les immeubles dont il est question ne sont à ce jour plus soumis au contrôle de l'Etat, ils l'étaient lorsque les documents requis ont été émis.
38. S'agissant de l'arrêté du Conseil d'Etat du 26 février 2003, la Préposée adjointe ne voit pas quelle exception s'opposerait à sa communication. Elle recommande donc que ce document soit transmis, moyennant caviardage des deux noms de personnes privées qui y figurent.
39. Le plan financier du 23 juillet 1998 en lien avec l'arrêté susmentionné contient, comme son nom l'indique, des données financières relatives à différents immeubles sis... L'on ne voit pas quel avantage indu sa transmission pourrait révéler à des tiers, ni en quoi la sphère privée ou les données personnelles de l'actuel propriétaire pourrait en être affectées, puisque le nom de ce dernier ne figure pas dans le document qui contient les données personnelles du propriétaire précédent. Rien ne s'oppose donc à la communication de ce document.
40. Concernant le dernier état locatif approuvé (du 21 septembre 2009), il porte sur une période où l'immeuble concerné était encore soumis au contrôle de l'Etat, tel que prévu par la LGL. Ce document contient un nombre important de données personnelles, puisque les noms et prénoms des locataires résidant dans les immeubles, ainsi que le montant de leur loyer y figurent. Afin que la protection des données personnelles des locataires concernés soit respectée, il convient que leurs noms et prénoms soient caviardés. Vu que l'état locatif dont il est question date de plus de dix ans, cette mesure suffit à ne pas les rendre identifiables.
41. Il sied encore d'examiner si une fois ce caviardage effectué, la transmission du document peut porter atteinte à la sphère privée du bailleur, donner un avantage indu

à des tiers ou rendre inopérantes des restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers. L'OCLPF a évoqué ces arguments sans les développer plus avant ; or, comme mentionné ci-dessus, si l'institution publique ne parvient pas à renverser la présomption du libre accès aux documents officiels, elle supporte les conséquences du défaut de preuve et l'accès doit en principe être accordé. En l'espèce, l'OCLPF a uniquement précisé que l'immeuble étant hors de période de contrôle, la protection de données personnelles de tiers devait être prépondérante à l'accès aux documents et qu'en cas de balance des intérêts, l'intérêt du propriétaire au maintien de sa sphère privée l'emportait sur l'intérêt des sociétaires de X. La Préposée adjointe ne partage pas cette analyse dans la mesure où les documents requis portent sur une période où l'immeuble était soumis au contrôle de l'Etat. En outre, le cas d'espèce présente la spécificité que le bailleur est une institution publique genevoise soumise elle-même à la LIPAD. Dès lors, elle ne saurait se soustraire à l'obligation de transparence qui pourrait lui incomber directement.

42. Ainsi, la Préposée adjointe recommande de transmettre l'état locatif approuvé (du 21 septembre 2009) à X, moyennant caviardage des noms et prénoms des locataires figurant dans ce document.
43. Finalement, s'agissant du compte de réserve pour travaux du 18 août 2009, ce qui a été dit ci-dessus concernant le dernier état locatif peut être repris *mutatis mutandis*, sans obligation de caviardage toutefois, aucun nom de tiers n'apparaissant dans ledit document.
44. S'agissant finalement de l'argument selon lequel la procédure en cours par devant le Tribunal des baux et loyers s'opposerait à la communication des documents requis ne saurait être retenu. En effet, dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a confirmé qu'il faut distinguer, d'une part, entre les documents élaborés en dehors d'une procédure judiciaire (et pas non plus explicitement en vue d'une telle procédure) et, d'autre part, les documents qui ont été ordonnés expressément dans le cadre d'une procédure judiciaire (par exemple un échange d'écritures ou une expertise mise en oeuvre par les autorités judiciaires). C'est seulement pour ces derniers que le principe de la transparence ne s'applique pas (Arrêt du Tribunal fédéral du 12 janvier 2021, 1C\_367/2020). Or en l'espèce, les documents querellés n'ont pas été créés expressément dans le cadre d'une procédure judiciaire.

## **RECOMMANDATION**

45. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande à l'Office cantonal du logement et de la planification foncière (OCLPF) de transmettre à la requérante les documents sollicités, à savoir l'arrêté du Conseil d'Etat du 26 février 2003, moyennant caviardage des deux noms y figurant ; le plan financier du 23 juillet 1998 ; le dernier état locatif approuvé (du 21 septembre 2009), moyennant caviardage des noms et prénoms de tous les locataires ; le compte de réserve pour travaux du 18 août 2009.
46. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, l'OCLPF doit rendre une décision sur la communication du document considéré (art. 30 al. 5 LIPAD).
47. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à :

- Me
- Mme Irène Costis Droz, Responsable LIPAD du DT
- Me

Joséphine Boillat  
Préposée adjointe

*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.*