



Demande d'accès au Département des finances et des ressources humaines (DF) à un rapport de diagnostic concernant ■, ainsi qu'aux échanges de courriels entourant ce rapport

Recommandation du 12 avril 2021

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

1. Par courrier du 4 novembre 2020, Me X, pour le compte de sa mandante Mme Y, a saisi le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après le Préposé cantonal) d'une demande de médiation « *aussi bien fondée sur le droit d'accès aux documents que sur les données la concernant directement* ».
2. Il explique que sa mandante a eu connaissance le 28 octobre 2020 d'un rapport rédigé suite à une enquête menée par Mme A, sur mandat de l'Etat de Genève, enquête pour laquelle le traitement des données personnelles serait intervenu sans aucune base légale. Il souhaite avoir accès au rapport litigieux, ainsi qu'à « *tout le dossier constitué en amont (mandat, engagement de confidentialité, conditions de rémunérations, respect des exigences d'indépendance, conditions d'un audit externe et indépendant, etc.) comme aval (procès-verbaux, convocations, échanges, notes, pièces remises, etc.)* » afin de permettre notamment à sa mandante d'exercer son droit de rectification.
3. Étaient fournis à l'appui de sa requête divers échanges de correspondance, à savoir un courrier du 28 octobre 2020 de Me X au Conseil d'Etat le « *mettant formellement en demeure de surseoir à toute communication sur la base de ce rapport, sous peine de violation de la loi* », un courrier du 29 octobre 2020 de Me X à Mme A sollicitant la remise du dossier complet constitué dans le cadre de l'établissement du rapport, la réponse de cette dernière informant transmettre la demande à son mandant, ainsi qu'un courrier du 2 novembre 2020 de Me Z à Me X l'informant être le conseil habituel de Mme A et qu'il reviendrait vers lui.
4. Par courriel du 6 novembre 2020 à Me X, le Préposé cantonal a rappelé qu'il importait que l'institution publique concernée se détermine dans un premier temps avant qu'il ne soit saisi ; ainsi, au vu des courts délais depuis la formulation de la demande, il convenait d'attendre la détermination des institutions requises et que faute de détermination dans les délais prévus, une médiation serait alors mise sur pied.
5. Le 2 décembre 2020, le Conseil d'Etat a transmis à Me X les contrats conclus entre l'Etat de Genève et Mme A ; il a souligné qu'il n'y avait pas de procès-verbaux d'audition qui avaient été établis, mais uniquement des notes personnelles de Mme A. Pour le surplus, il soulignait que les demandes de mesures provisionnelles urgentes n'avaient plus d'intérêt actuel.
6. Le lendemain, Me X a sollicité une médiation auprès du Préposé cantonal, précisant que sa requête était étendue à tous les échanges intervenus en marge des contrats.

7. Par courriel du 14 décembre 2020, le Préposé cantonal a invité Me X et sa mandante, ainsi que le responsable LIPAD de la Chancellerie, M. E, à une rencontre de médiation fixée le 11 janvier 2021.
8. Le Préposé cantonal a été informé que l'invitation à la médiation avait été transmise au Département des finances et des ressources humaines (ci-après le DF) qui est compétent pour ce dossier.
9. Par courrier du 21 décembre 2020, Mme la Conseillère d'Etat en charge du DF a relevé que le Conseil d'Etat avait donné suite à la demande d'accès formulée par Me X et que l'extension de la requête intervenue dans son courriel du 3 décembre 2020 devait être considérée comme une nouvelle demande d'accès sur laquelle le Conseil d'Etat n'avait pas pu se prononcer, de sorte que convoquer une médiation était prématuré. Elle ajoute notamment que le lendemain, Mme Y pourrait aller consulter le rapport établi par Mme A, de sorte que la médiation agendée le 11 janvier 2021 est prématurée.
10. Le 23 décembre 2020, le Préposé cantonal a ainsi annulé la séance de médiation du 11 janvier et indiqué rester dans l'attente de la détermination du DF sur les demandes complémentaires de Me X, ce dont il a informé les parties.
11. Par courriel du même jour, Me X s'est opposé à ce report, considérant que sa requête initiale visait « tout le dossier ». Il a relancé le Préposé cantonal par courriel du 3 janvier 2021. Ce dernier a indiqué qu'il ne pouvait que se référer à son courriel du 23 décembre 2020 et rester attentif aux délais.
12. Par courriel du 25 janvier 2021, le DF s'est déterminé ainsi : Mme Y est en possession des contrats de mandat conclus avec Mme A et a eu connaissance des rapports émis par cette dernière. S'agissant des autres documents, le DF a noté qu'ils n'étaient pas identifiables et qu'il s'agissait de documents qui ne sauraient être transmis en vertu des articles 25 al. 4 et 6 RIPAD, ainsi que des articles 26 al. 3 LIPAD et 7 al. 3 RIPAD. Le DF considérait ainsi qu'une séance de médiation n'avait pas lieu d'être.
13. Le 15 mars 2021, le Préposé cantonal a invité les parties à une rencontre de médiation qui a eu lieu le 22 mars 2021, en présence de Me X, M. B, directeur de l'Office du personnel de l'Etat, Mme C, cheffe du service juridique de l'Office du personnel de l'Etat, M. D, secrétaire général adjoint et responsable LIPAD du DF, ainsi que du Préposé cantonal.
14. Elle n'a pas abouti.
15. Le même jour, le DF a remis à la Préposée adjointe, en vue de l'émission d'une recommandation, les deux rapports querelés. Les autres documents sollicités lui ont été remis le 31 mars 2021, accompagnés d'un courrier exposant les motifs à l'appui du refus de transmettre lesdits documents.
16. Il y est indiqué que le rapport de diagnostic sollicité s'inscrit dans le cadre d'un mandat qui relève des ressources humaines et qui visait à la protection de la personnalité des membres du personnel, soit dans le cadre des art. 2A LPAC, 2B RPAC, ainsi que des art. 6 LTr et 2 al. 2 OLT 3. Il est encore précisé que la démarche de la mandataire a consisté à auditionner des membres du personnel des services concernés et de consigner leurs déclarations, auxquels l'anonymat a été garanti et doit continuer à l'être, l'intérêt privé des personnes auditionnées l'emportant sur l'intérêt public à la remise du rapport à des tiers au titre de la

transparence. Il est souligné que la démarche est équivalente à celle effectuée par le Groupe de confiance sur la base du RPPers, dont les actions informelles sont couvertes par une totale confidentialité. En outre, la protection des témoins, garantie par la constitution genevoise, est évoquée, ainsi que les exceptions prévues à l'art. 26 al. 2 let e, f et h LIPAD. Un accès partiel viderait le document originel de son contenu informationnel. Finalement, une plainte pénale aurait été déposée consécutivement au rapport, de sorte que sa transmission serait de nature à compromettre le déroulement de procédures pouvant en résulter (art. 26 al. 2 let d LIPAD). Finalement, au regard des prétentions que la requérante pourrait faire valoir quant à l'accès à ses données personnelles, un accès en consultation a été conféré ; toutefois, une transmission du rapport est exclue car elle reviendrait à rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès du dossier prévues dans la procédure RH engagée (art. 46 al. 1 let a LIPAD) et porterait atteinte aux droits de tiers.

17. Ainsi, la présente recommandation porte sur l'accès aux documents dont l'accès a été refusé, à savoir : les rapports de diagnostic des 20 octobre et 12 novembre 2020, les courriels du 8 septembre 2020, des 2, 7, 9, 12 et 16 octobre 2020, du 3 novembre 2020, du 6 janvier 2021 et ses annexes.

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

18. 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).
19. Ainsi, s'agissant de son volet relatif à l'accès aux documents en mains des institutions publiques, la LIPAD a pour « *but de favoriser la libre information de l'opinion et la participation à la vie publique* » (art. 1 al. 2 litt. a LIPAD).
20. A ce propos: « *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* » (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII 7676).
21. L'adoption de la LIPAD a renversé le principe du secret de l'administration pour faire primer celui de la publicité. L'administré n'a depuis lors plus besoin de justifier d'un intérêt particulier pour consulter des documents et son droit d'accès est plus étendu que celui découlant du droit d'être entendu.
22. 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. Selon 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.
23. Les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution publique contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche

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

24. Les travaux préparatoires de la loi précisent que l'art. 25 al. 4 LIPAD « *exclut de la notion de document les notes à usage personnel (à savoir les notes prises à l'usage exclusif de celui qui les prend, et non les notes adressées même confidentiellement à une personne déterminée) ainsi que les brouillons ou autres textes inachevés. Quand bien même elles concerneraient l'accomplissement de tâches publiques, des notes à usage personnel de collaborateurs de la fonction publique relèvent en quelque sorte de la sphère privée de ces derniers. Il importe par ailleurs que les rédacteurs de documents puissent faire évoluer leurs textes et travailler dans des conditions de sérénité avant qu'il ne soit possible d'accéder au produit de leur travail* » (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII 7694).
25. De surcroît, l'art. 3 litt. a LIPAD indique « *Le traitement de données personnelles par les institutions publiques n'est pas soumis à la présente loi lorsqu'il se limite à la prise de notes à usage personnel* ».
26. 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 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).
27. 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.
28. Il en va notamment ainsi lorsque l'accès aux documents est propre à rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives (art. 26 al. 2 litt. e LIPAD).
29. À l'art. 26 litt. d et e, le commentaire du PL 8356 précise notamment ce qui suit: « *Ces deux dispositions 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* » (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII 7696).
30. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a estimé qu'il faut distinguer, d'une part, entre les documents élaborés en dehors d'une procédure judiciaire (ni 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 œuvre 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).

31. En outre, l'accès aux documents doit 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"* (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII 7697).
32. La Cour de justice a précisé la portée de cette disposition ; elle n'a notamment pas retenu d'intérêt digne de protection d'un requérant d'avoir accès aux éléments transmis par l'institution par laquelle il avait été licencié à la Cour des Comptes; en effet, lesdits éléments concernaient la gestion des ressources humaines de la commune de manière générale et non la qualité de son travail en particulier et ne pouvaient dès lors être utiles au requérant dans le cadre de son licenciement (ATA/213/2016 du 8 mars 2016 consid. 9). Dans un autre arrêt, elle a refusé l'accès à la convention transactionnelle entre un employé et une fondation soumise à la LIPAD, l'intérêt public à la communication de données concernant le fonctionnement d'une collectivité ou d'une institution soumise à la LIPAD cédant le pas à la protection de la sphère privée du travailleur, dès lors que ce dernier n'était pas d'accord avec leur communication (ATA/341/2015 du 14 avril 2015 consid. 13). Finalement, s'agissant d'une demande d'accès à un rapport du Groupe de confiance, la Cour a retenu ce qui suit: *"les entretiens effectués à cette période se sont inscrits dans le cadre des démarches informelles des art. 13 ss RPPers et ont concerné spécifiquement la situation d'une personne autre que la recourante. Dès lors, les informations obtenues au cours de ces entretiens sont couvertes par une totale confidentialité en vertu de l'art. 8 RPPers. L'intérêt privé prépondérant des personnes concernées par ces entretiens s'opposant à l'autorisation d'accès aux documents concernés, la chambre de céans ne pourra donner suite à la requête de la recourante et ordonner la production du rapport établi par le groupe de confiance"* (ATA/753/2013 du 12 novembre 2013). A l'inverse, la Cour de justice a retenu que rien ne s'opposait à la transmission d'un rapport ayant pour objectif de fournir un bilan descriptif et analytique de la fonction RH au sein d'une administration. Le rapport ne contenait aucun des propos individuels tenus lors des entretiens ayant servi de base à l'étude et ne faisait apparaître aucun nom qui ne soit pas déjà connu (notamment par le biais d'une publication sur le site internet de l'administration), ni aucun élément qui donnerait accès à un dossier administratif nominatif ; dès lors, selon la Cour, *"il apparaît que le rapport litigieux ne comporte aucune donnée personnelle susceptible de porter atteinte à la sphère privée, ni aucun élément couvert par une exception prévue par la loi. Le rapport litigieux devra donc être produit dans son intégralité"* (ATA/578/2017 du 23 mai 2017 consid. 4e).
33. Il n'est pas nécessaire de motiver la demande ou de faire valoir un intérêt privé particulier (art. 28 al. 1 LIPAD).

34. Selon l'art. 28 al. 6 LIPAD, lorsqu'une institution entend rejeter une demande d'accès, elle en informe le requérant en lui indiquant qu'il peut saisir le Préposé cantonal d'une demande de médiation dans le délai de 10 jours figurant à l'art. 30 al. 2.
35. 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.
36. 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).
37. 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).
38. 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.
39. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
40. 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).
41. En 2008, la LIPAD a fait l'objet d'une révision importante: la protection des données personnelles a été ajoutée au volet transparence. De la sorte, un autre objectif figure désormais dans le texte: protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant (art. 1 al. 2 litt. b). En la matière, la loi poursuit un objectif pratiquement opposé à celui de la transparence « *puisque'elle 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).
42. Les institutions publiques ont l'obligation de respecter les principes fondamentaux que la LIPAD pose à ses art. 35 à 38, en particulier:
- **Légalité** (art. 35 al. 1 LIPAD). Les institutions publiques ne peuvent traiter de telles données que si l'accomplissement de leurs tâches légales le rend nécessaire. En cas de traitement de données personnelles sensibles, l'art. 35 al. 2 précise que « *Des données personnelles sensibles ou des profils de la personnalité ne peuvent être traités que si une loi définit clairement la tâche*

considérée et si le traitement en question est absolument indispensable à l'accomplissement de cette tâche ou s'il est nécessaire et intervient avec le consentement explicite, libre et éclairé de la personne concernée ».

- **Bonne foi** (art. 38 LIPAD). Les données doivent avoir été obtenues de manière loyale, en toute connaissance des personnes concernées. Le principe de transparence de la collecte de données a pour but de veiller à ce que les personnes dont les données sont traitées soient bien informées de ces traitements. A noter que l'art. 38 al. 2 LIPAD réserve *"les cas dans lesquels le caractère reconnaissable de la collecte compromettrait l'engagement, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes menées légalement sur le respect de conditions ou d'obligations légales"*.
 - **Proportionnalité** (art. 36 LIPAD). Seules peuvent être collectées les données personnelles aptes et nécessaires à atteindre un but déterminé.
 - **Finalité** (art. 35 al. 1 LIPAD). Les données personnelles ne doivent être traitées que dans le but indiqué lors de leur collecte, prévu par une loi ou qui ressort des circonstances.
 - **Exactitude** (art. 36 LIPAD). Quiconque traite des données personnelles doit s'assurer qu'elles sont correctes (par exemple qu'elles ont été saisies correctement ou qu'il n'y a pas eu confusion). A défaut, elles doivent être corrigées ou mises à jour.
 - **Sécurité** (art. 37 LIPAD). Les données doivent être protégées, tant sur le plan technique que juridique, conformément aux risques présentés par la nature des données en cause, à la lumière de l'ingérence à la sphère privée des personnes concernées.
43. La loi donne un « droit d'accès » à chacun à ses données personnelles propres (art. 44 à 46 LIPAD).
44. Par données personnelles, il faut entendre « *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 sont celles qui concernent: « *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).
45. Le droit d'accès aux données personnelles institué par l'art. 44 al. 1 LIPAD traite de la possibilité pour une personne de demander au responsable de l'institution publique requise si des données la concernant sont traitées et, le cas échéant, que soient communiquées: « *a) toutes les données la concernant contenues dans un fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données; b) sur demande, les informations relatives au fichier considéré contenues dans le catalogue des fichiers*» (art. 44 al. 2 LIPAD).
46. A la forme, l'art. 45 LIPAD prévoit que « *la communication de ces données et informations doit être faite sous une forme intelligible et, en règle générale, par écrit et gratuitement* ».
47. Conformément à l'art. 46 al. 1 LIPAD, l'accès aux données personnelles ne peut être refusé que si un intérêt public ou privé prépondérant le justifie, en particulier lorsque: il rendrait inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives; la protection de données

personnelles sensibles de tiers l'exige impérativement; le droit fédéral ou une loi cantonale le prévoit expressément. Un accès partiel ou différé doit être préféré à un refus d'accès dans la mesure où l'intérêt public ou privé opposé reste sauvegardé (art. 46 al. 2 LIPAD).

48. A propos de cette disposition, notre Haute Cour a estimé, dans un cas où un recourant, parallèlement à la saisie de la juridiction civile du litige l'opposant à l'Etat, tentait d'obtenir, par le biais de la LIPAD, l'accès à des données personnelles: "*L'art. 46 LIPAD institue des restrictions au droit d'accès fondées sur l'existence d'un intérêt public ou privé prépondérant. Les "restrictions au droit d'accès à des dossiers" (al. 1 let. a) constituent l'un de ces motifs. Cette disposition s'applique aux restrictions au droit d'accès proprement dit, soit aux dispositions du droit de procédure restreignant, pour les parties ou des tiers, l'accès à des dossiers de procédure (cf. les art. 101 ss CPP et 53 al. 2 CPC) [...] Quoi qu'il en soit, une décision rejetant une demande de production de pièces en mains d'une partie concerne l'administration des preuves et ne peut être assimilée à une restriction d'accès au dossier de la procédure civile, les pièces requises n'en faisant d'ailleurs pas encore partie. Au demeurant, ni l'arrêt attaqué, ni le Département n'indiquent quel intérêt prépondérant, public ou privé lié à la procédure civile en cours s'opposerait à ce que le recourant ait accès à son dossier personnel. Le Département évoque dans sa décision l'intérêt de l'Etat à recouvrer sa créance, mais cet intérêt fait précisément l'objet de la procédure civile et rien n'indique que la consultation du dossier personnel du recourant pourrait d'une manière ou d'une autre compromettre ce recouvrement. L'argumentation retenue sur ce point n'apparaît dès lors pas soutenable*" (arrêt 1C_642/2017, du 28 mai 2018, cons. 2.3).
49. L'art. 47 LIPAD détermine les prétentions que toute personne physique ou morale de droit privé peut exiger des institutions publiques à propos des données la concernant, soit qu'elles s'abstiennent de procéder à un traitement illicite, le cas échéant qu'elles mettent fin à un tel traitement et en suppriment les effets, ou qu'elles constatent le caractère illicite de ce traitement, qu'elles détruisent celles qui ne sont pas pertinentes ou nécessaires (sauf disposition légale contraire), rectifient, complètent ou mettent à jour celles qui sont respectivement inexactes, incomplètes ou dépassées, ou fassent figurer, en regard de celles dont ni l'exactitude ni l'inexactitude ne peuvent être prouvées, une mention appropriée, à transmettre également lors de leur communication éventuelle.
50. Selon l'art. 49 al. 1 LIPAD, toute requête fondée sur l'art. 44 doit être adressée par écrit au responsable en charge de la surveillance de l'organe dont relève le traitement considéré. Conformément à l'al. 2, le responsable saisi traite la requête avec célérité. S'il y a lieu, il la transmet au responsable compétent. Selon l'al. 3, s'il fait intégralement droit aux prétentions du requérant, il l'en informe. Par contre, selon l'al. 4, s'il n'entend pas y faire intégralement droit ou en cas de doute sur le bien-fondé de celles-ci, il transmet la requête au Préposé cantonal avec ses observations et les pièces utiles.
51. L'art. 40 al. 1 LIPAD précise que « *Les institutions publiques détruisent ou rendent anonymes les données personnelles dont elles n'ont plus besoin pour accomplir leurs tâches légales, dans la mesure où ces données ne doivent pas être conservées en vertu d'une autre loi*».

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

52. A teneur de l'art. 1 al. 1 litt. a du règlement sur l'organisation de l'administration cantonale du 1^{er} 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.

53. La demande qui fait l'objet de la présente recommandation porte sur les documents suivants : les rapports de diagnostic des 20 octobre et 12 novembre 2020, les courriels du 8 septembre 2020, des 2, 7, 9, 12 et 16 octobre 2020, du 3 novembre 2020 et celui du 6 janvier 2021 et ses annexes. Elle présente la particularité de devoir, s'agissant de certains documents requis, être examinée tant à l'aune de la transparence qu'au regard de l'accès à ses propres données personnelles.
54. S'agissant des **rapports diagnostic des 20 octobre et 12 novembre 2020**, ils peuvent être traités conjointement, dans la mesure où le second est identique au premier, hormis quelques compléments.
55. Le DF s'oppose à la transmission de ces rapports, notamment car elle rendrait inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles de tiers ou révélerait des informations sur l'état de santé d'une personne (art. 26 al. 2 litt. f et h LIPAD). L'art. 26 al. 2 litt. f LIPAD renvoie à l'art. 39 al. 9 LIPAD s'agissant de la possibilité de divulguer à une personne de droit privé des documents contenant des données personnelles. Cette dernière norme requiert l'existence d'un intérêt digne de protection du requérant, devant être mis en balance avec l'intérêt privé des personnes au sujet desquelles lesdites données sont traitées.
56. La Préposée adjointe constate que des données personnelles concernant plusieurs collaboratrices et collaborateurs figurent dans ces rapports. Des données personnelles concernant la requérante y figurent également. Les propos recueillis l'ont été sous garantie d'anonymat et de confidentialité dans le cadre d'un mandat qui relevait des ressources humaines et qui visait à la protection de la personnalité des membres du personnel.
57. Dès lors, il ne fait aucun doute qu'en cas de demande d'accès par un citoyen non concerné (et bénéficiant ainsi uniquement de l'intérêt public à la transparence), la protection des données des personnes concernées, reconnaissables pour certaines malgré l'anonymat, s'oppose à la transparence, l'exception de l'art. 26 al. 2 litt. f. trouvant application.
58. En l'espèce, la requérante fait toutefois partie des personnes auditionnées dans le cadre de ce rapport et des données personnelles la concernant y figurent. Ainsi, il convient de mettre en balance les différents intérêts en présence, à savoir d'une part, l'intérêt de la requérante à consulter un rapport dans lequel figurent des éléments la concernant et, d'autre part, l'intérêt des personnes auditionnées au respect de la confidentialité de leurs propos consignés dans ledit rapport. L'on peut à cet égard considérer qu'une communication du rapport de diagnostic porterait une atteinte à la sphère privée des collaborateurs et collaboratrices entendus dans le cadre d'entretiens pour lesquels la confidentialité a été assurée ; il en irait de même s'agissant des collaboratrices ou collaborateurs faisant l'objet de doléances. Ainsi, l'intérêt privé des personnes concernées par ces entretiens apparaît prépondérant et s'oppose à l'accès au document querellé. Cette appréciation va dans le sens de l'appréciation de la Cour de Justice dans son arrêt du 12 novembre 2013 concernant un rapport du Groupe de confiance (ATA/73/2013), ainsi que de celle du Préposé cantonal dans un avis de droit du 20 janvier 2014 sur le même sujet¹. Le fait que le rapport n'ait pas été émis par le Groupe de confiance et sans base réglementaire explicite garantissant la confidentialité des échanges ne change rien à ce qui

¹ <https://www.ge.ch/ppdt/doc/documentation/AD-recommandation-groupe-confiance.pdf>

précède. En effet, la balance des intérêts opérée tend à conclure que la protection de la sphère privée des personnes entendues l'emporte sur l'intérêt de la requérante à connaître l'ensemble des propos communiqués.

59. Toutefois, du fait que des données personnelles de la requérante figurent dans ledit rapport, la question doit également être examinée au regard des droits de la personne concernée quant à ses données personnelles (art. 44 ss LIPAD) et non pas uniquement selon les règles sur l'accès aux documents (art. 24 ss LIPAD).
60. En l'occurrence, l'art. 44 LIPAD offre à la requérante la possibilité d'obtenir les données personnelles qui la concernent, sauf si un intérêt prépondérant justifie d'en refuser l'accès, conformément à l'art. 46 LIPAD. En l'espèce, les droits des personnes entendues, tels que décrits ci-dessus, pourraient s'opposer à une telle transmission. Cependant, au vu du rapport concerné qui a par ailleurs pu être consulté par la requérante en décembre 2020, et qui préserve l'anonymat des personnes entendues, il convient de considérer que les passages concernant Mme Y doivent lui être transmis, afin qu'elle puisse, le cas échéant, faire valoir ses droits. Ce ne sont donc que les extraits du rapport qui la concernent qui doivent lui être communiqués. Les données personnelles de tiers ou les dires concernant des tiers doivent être caviardés. De la sorte, l'accès partiel accordé permettra de sauvegarder leur intérêt privé opposé (principe de proportionnalité: art. 46 al. 2 LIPAD). Finalement, s'agissant de l'art. 46 al. 1 litt a LIPAD disposant que l'accès aux données personnelles peut être refusé dans les cas où il rendrait inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives, il ne saurait trouver application en l'espèce, dans la mesure où la requérante a d'ores et déjà pu consulter le document querellé.
61. S'agissant des **autres documents querellés**, aucune donnée personnelle concernant Mme Y, à l'exception du courriel du 6 janvier 2021, n'y figure, de sorte que l'examen n'interviendra qu'au regard des règles relatives à la transparence, hormis pour le courriel susmentionné.
62. Le DF s'oppose à leur transmission, notamment car il ne s'agirait pas de documents au sens de la loi (art. 25 al. 4 et 6 RIPAD) ou il s'agirait d'échanges entre les membres d'une autorité collégiale et leurs collaborateurs (art. 26 al. 3 LIPAD et 7 al. 3 RIPAD).
63. Si les messages sont des documents au sens de l'art. 25 al. 2 LIPAD, la Préposée adjointe a pu constater que certains des courriels dont il est question tombent sous le coup des art. 26 al. 3 et 7 al. 3 RIPAD au vu de leur émetteur et de leur destinataire. Elle a également relevé que l'art. 26 al. 2 litt f et h LIPAD s'oppose à la transmission d'autres courriels qui contiennent des données personnelles de tiers, parfois des données sensibles. Un accès partiel à ces documents n'est pas envisageable, dans la mesure où le contenu informationnel s'en trouverait déformé.
64. Restent à examiner les courriels du 9 octobre 2020 de 15h30, 16h10 et 19h57, ainsi que le courriel du 6 janvier 2021 et de ses annexes. Rien ne s'oppose à la communication des trois premiers courriels pour autant que les données personnelles y figurant soient caviardées afin de préserver la protection des données des personnes concernées.
65. Concernant le courriel du 6 janvier 2021, aucune exception de s'oppose à sa transmission, moyennant caviardage du nom des personnes figurant dans ce message, à l'exception des informations concernant la requérante. Parmi ses annexes, seul le courriel du 3 janvier 2021 saurait être transmis moyennant

caviardage du nom des personnes figurant dans ce message, à l'exception des informations concernant la requérante. Les mêmes exceptions que celles relevées ci-dessus s'opposent à la transmission des autres annexes.

RECOMMANDATION

66. Au vu de ce qui précède, la Préposée adjointe recommande au DF de transmettre à la requérante uniquement les passages des rapports diagnostic des 12 et 20 novembre 2020 qui la concernent, ainsi que les courriels du 9 octobre 2020 de 15h30, 16h10 et 19h57, celui du 6 janvier 2021 et son annexe (courriel du 3 janvier 2021) moyennant caviardage du nom des personnes figurant dans ces messages, à l'exception des informations concernant la requérante.
67. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le DF doit rendre une décision sur la communication des documents considérés (art. 30 al. 5 LIPAD).
68. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à :
- M. X, avocat,
 - M. D, Responsable LIPAD du DF, Place de la Taconnerie 7, CP 3860, 1211 Genève 3

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.