



Demande d'accès au dossier émis par un Département rapporteur à l'attention du Conseil d'Etat

Recommandation du 27 septembre 2021

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

1. En date du 19 mai 2021, Me X a écrit au Conseil d'Etat suite à un recours déposé par ce dernier auprès du Tribunal fédéral concernant son mandant, M. Y. Il y a noté que selon l'extrait de l'arrêté produit à l'appui du recours, une décision a été prise par le Conseil d'Etat sur la base d'une suggestion du Département rapporteur et a demandé copie du dossier complet constitué dans ce cadre.
2. Le 7 juillet 2021, le Conseil d'Etat a informé Me X qu'il ne saurait donner une suite positive à sa requête visant à obtenir toute documentation relative à la séance du Conseil d'Etat à l'issue de laquelle il a été décidé de porter par devant le Tribunal fédéral le litige concernant son mandant. En effet, ces documents doivent être considérés comme une aide à la prise de décision d'une autorité collégiale et sont donc exclus à la communication, conformément aux art. 26 al. 3 LIPAD et 7 al. 3 RIPAD. Le Préposé pouvait être saisi.
3. Par courrier du 19 juillet 2021, Me X a saisi le Préposé cantonal d'une demande de médiation, invoquant également le droit d'accès de son mandant à ses données personnelles.
4. La médiation a eu lieu le 17 août 2021, en présence de M. Y (requérant), Me X (avocat du requérant), Mme Z (juriste à la Direction des affaires juridiques du DIP), et du Préposé cantonal.
5. Le 13 septembre 2021, la Préposée adjointe a rédigé un courriel afin d'obtenir les documents querellés.
6. Elle a pu consulter ces derniers le 21 septembre 2021.

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^{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 (MGC 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).
9. A ce propos, l'exposé des motifs à l'appui du 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" (MGC 2000 45/VIII 7676).

10. S'agissant des séances du Conseil d'Etat, l'art.10 LIPAD prévoit qu'elles ne sont pas publiques. En effet, le législateur a consacré le principe de non publicité "*afin de permettre des échanges de vues et la maturation des décisions dans les meilleures conditions possibles de liberté et afin de sauvegarder les intérêts publics et privés opposés à une divulgation dont la prise en compte et l'évocation sont nécessaires à la prise de bonnes décisions" (MGC 2000 45/VIII 7680).* Cette disposition est précisée par l'art. 30 al. 2 du Règlement pour l'organisation du Conseil d'Etat de la République et canton de Genève (RCE ; RsGe B 1 15 03) selon lequel, sauf autorisation du conseil, ses membres doivent s'abstenir de renseigner des tiers sur les délibérations et les opinions émises au cours d'une séance. L'art. 19A LIPAD dispose que le Conseil d'Etat informe notamment sur les objets et les résultats de ses délibérations. En outre, l'art. 5 de la loi sur l'exercice des compétences du Conseil d'Etat et l'organisation de l'administration (LECO ; RsGe B 1 15) prévoit que les procès-verbaux des séances du Conseil d'Etat ne sont pas publics. Finalement, l'art. 6 al. 2 LIPAD dispose que le caractère non public d'une séance ne restreint pas le devoir d'information et le droit d'accès aux documents prévus aux chapitres III et IV de la LIPAD.
11. La chambre administrative de la Cour de Justice a statué sur la portée de dispositions similaires visant les exécutifs communaux. Elle a retenu que « *le fait que ces séances se soient tenues de manière non publique n'empêche pas l'application pleine et entière des dispositions du chapitre III de la LIPAD relatif à l'accès aux documents (art. 6 al. 2 LIPAD).* Dès lors, eu égard aux règles précitées, celle énoncée à l'art. 43 al. 3 LAC n'a pas d'autre portée que de prévoir l'absence d'un droit d'accès direct au procès-verbal des séances du Conseil administratif, mais n'a pas pour effet d'interdire aux administrés – et non seulement aux habitants de la commune – (art. 22 al. 3 LIPAD) d'y avoir accès dans certains cas en suivant la procédure prévue par la LIPAD et aux conditions de celle-ci » (ATA/1099/2017 du 18 juillet 2017). En l'espèce, elle avait considéré que l'accès aux extraits des procès-verbaux requis devait être autorisé.
12. 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).
13. 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.
14. 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).
15. 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).

16. 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).
17. 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).
18. 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.
19. Sont notamment exclus du droit d'accès les documents dont l'accès est propre à entraver notablement le processus décisionnel ou la position de négociation d'une institution (art. 26 al. 2 litt. b LIPAD) ; de même, les notes échangées entre les membres d'une autorité collégiale ou entre ces derniers et leurs collaborateurs sont exclues du droit d'accès institué par la LIPAD (art. 26 al. 3 LIPAD). Cette disposition a pour but de réserver aux autorités collégiales un espace de délibération et de préparation de leurs décisions collectives en dehors de tout regard extérieur et d'empêcher les membres du collège 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 (MGC 2000 45/VIII 7698).
20. Cette exception s'applique aussi longtemps que le message n'a pas été transmis à l'extérieur de l'autorité collégiale (ATA/195/2010) ou qu'il s'agit de documents qui s'inscrivent dans le cadre des rapports qu'entretient une autorité collégiale avec ses collaborateurs dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives (ATA/295/2010). Il en va de même des fiches d'élaboration du plan financier quadriennal 2020-2023 relatives au processus d'internalisation d'activités de convoyage des détenus, en tant qu'elles constituent des écrits échangés entre des cadres de la fonction publique (les directeurs financiers) et leur magistrat respectif, mais également entre les membres du Conseil d'Etat, dans le cadre de l'élaboration du plan financier quadriennal (ATA/1173/2020 du 24 novembre 2020, consid. 10b).
21. Selon le Tribunal fédéral, "*seuls les documents faisant état d'une proposition ou d'une opinion exprimée par un membre de l'autorité collégiale peuvent être concernés. Etendre l'application de cette disposition à n'importe quel document, quel qu'en soit le contenu, sous prétexte qu'il aurait été produit à l'intention de l'autorité dans la perspective d'une prise de décision, va de manière insoutenable à l'encontre du principe de transparence posé par la loi*" (arrêt du Tribunal fédéral 1C_277/2016 du 29 novembre 2016).
22. L'art. 26 al. 3 LIPAD est précisé par l'art. 7 al. 3 RIPAD qui prévoit notamment que sont également soustraits au droit d'accès les notes, avis de droit, correspondances, courriels, rapports et autres écrits échangés entre membres du Conseil d'Etat. Le législateur voulait ainsi renforcer l'exception tirée du risque d'entrave notable au processus décisionnel mentionné à l'article 26, alinéa 2, lettre c (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII pp 7698).
23. 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).

24. 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.
25. 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).
26. 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).
27. 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.
28. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
29. 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).
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^{er} 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. 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).
33. 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*". Est réservé le cas dans lequel la requête implique un traitement informatique, des recherches ou des opérations dont le temps excède la demi-heure (art. 24 al. 2 LIPAD).
34. L'art. 46 LIPAD traite des restrictions au principe consacré par l'art. 44 LIPAD: "*L'accès aux données personnelles ne peut être refusé que si un intérêt public ou privé prépondérant le justifie, en particulier lorsque: a) il rendrait inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives; b) la protection de données personnelles sensibles de tiers l'exige impérativement; c) le droit fédéral ou une loi cantonale le prévoit expressément.* ² *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*".
35. 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.
36. Selon l'art. 49 LIPAD, une institution publique qui n'entend pas donner suite à une prétention fondée sur les art. 44, 47 ou 48 LIPAD doit transmettre la requête au Préposé cantonal avec ses observations afin qu'il rende une recommandation écrite à son attention.

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

37. Conformément à l'art. 3 al. 1 litt. a LIPAD, le pouvoir exécutif est soumis à la LIPAD, qui trouve ainsi application.
38. Le demandeur a sollicité copie du dossier complet constitué pour aider le Conseil d'Etat à prendre sa décision de recourir auprès du Tribunal fédéral, ainsi que les procès-verbaux de la séance.
39. Les documents querellés consistent ainsi en un courrier du 28 avril 2021 ainsi que des extraits de l'ordre du jour des séances du Conseil d'Etat des 28 avril et 5 mai 2021. La Préposée adjointe a été informée que les extraits de procès-verbaux relatifs au dossier avaient été intégralement produits avec le recours, de sorte que le demandeur en a connaissance. Ils ne lui ont ainsi pas été soumis.

40. Le demandeur sollicite l'accès à ces documents à la fois selon le volet "transparence" de la LIPAD et selon le volet "accès à ses données personnelles".
41. Au regard du volet « transparence » de la loi, force est de constater que le courrier du 28 avril 2021 tombe sous le coup de l'exception prévue par les art. 26 al. 3 LIPAD et 7 al. 3 RIPAD, au vu de son émetteur et de ses destinataires. Il s'agit en effet d'un courrier entre conseillers d'Etat qui a pour but d'orienter la prise de décision du Conseil. Il ne saurait donc être transmis. Sa communication serait en effet contraire à la volonté du législateur qui entendait réserver aux autorités collégiales un espace de délibération et de préparation de leurs décisions collectives en dehors de tout regard extérieur et d'empêcher les membres du collège d'exercer un jeu de pouvoir des uns sur les autres sur la scène publique, ainsi que de permettre aux collaborateurs des membres d'autorités collégiales d'exprimer librement leurs opinions et propositions à l'intention de ces derniers (MGC 2000 45/VIII 7698).
42. Le requérant sollicite l'accès au courrier du 28 avril 2021 également au titre de l'accès aux données personnelles le concernant. Son nom y est en effet mentionné à plusieurs reprises.
43. Conformément à l'art. 46 al. 1 LIPAD, l'accès aux données personnelles ne peut être refusé que si un intérêt privé ou public prépondérant le justifie. En l'espèce, les données personnelles sollicitées sont contenues dans un document émis afin d'orienter une prise de décision du Conseil d'Etat et voué à circuler uniquement entre les membres dudit Conseil. Transmettre ce document au requérant au titre de l'accès à ses données personnelles reviendrait à contourner l'intérêt public protégé par l'application de l'art. 26 al. 3 LIPAD, intérêt public qui doit être considéré comme prépondérant en l'espèce.
44. S'agissant des extraits d'ordres du jour des séances du Conseil d'Etat relatifs au dossier du requérant, ils sont formulés de manière tellement générique qu'il est impossible de les rattacher à un dossier spécifique. Aucune mention du requérant n'y est en effet faite. Dès lors, les autres éventuelles mentions y figurant pourraient induire en erreur sur la portée à leur donner de sorte que la Préposée adjointe est d'avis que ce document ne saurait être communiqué.
45. Aucune donnée personnelle du requérant ne figurant sur ces documents, un examen au regard des art. 44 et suivants LIPAD n'a pas à intervenir.

RECOMMANDATION

46. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande au Conseil d'Etat de ne pas transmettre au requérant le courrier du 28 avril 2021, ni les extraits d'ordre du jour des séances des 28 avril et 5 mai 2021.
47. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le Conseil d'Etat doit rendre une décision sur la communication des documents considérés (art. 30 al. 5 LIPAD).
48. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à:

- Me X
- M. A, responsable LIPAD, Directeur à la direction des affaires juridiques, Chancellerie d'Etat, rue Henri-Fazy 2, case postale 3964, 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.