



Demande d'accès adressée au Département du territoire (DT) relative à un dossier concernant le précédent propriétaire d'un immeuble

Recommandation du 7 février 2023

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

1. Par courrier du 27 décembre 2022 adressé au Préposé cantonal, Me X, agissant pour le compte de Y, a demandé la tenue d'une médiation au sens de l'art. 30 LIPAD, sa mandante s'étant vu refuser l'accès au dossier ouvert par le Département du territoire (DT) concernant M. Z en lien avec l'appartement de 4 pièces au 1^{er} étage sis ...
2. A l'appui de sa demande, Me X a indiqué les éléments suivants:
 - Sa mandante est propriétaire depuis janvier 2015 de l'immeuble sis ...
 - Elle est actuellement en litige avec le DT au sujet de la fixation du loyer d'un appartement après travaux de rénovation.
 - Les travaux de rénovation ont été réalisés par l'ancien propriétaire de l'immeuble, M. Z.
 - Le DT demande à la mandante de Me X de rembourser à une locataire de M. Z des montants à titre de trop-perçu de loyers, raison pour laquelle elle souhaite avoir accès au dossier que le DT a ouvert concernant M. Z.
3. C'est dans le contexte mentionné au point 2 que, par courrier du 17 octobre 2022, Me X a demandé l'accès au dossier concernant M. Z en lien avec l'appartement de 4 pièces au 1^{er} étage sis ...
4. Le 22 novembre 2022, l'Office cantonal du logement et de la planification foncière (OCLPF) s'est déterminé ainsi: *"En ce qui concerne la demande de votre mandante de consulter les pièces d'une éventuelle procédure administrative ouverte à l'encontre de l'ancien propriétaire de l'immeuble en question, soit M. Z, le Département n'est pas en mesure de donner une suite favorable, faute d'être partie à une telle procédure"*.
5. Me X a réitéré sa demande le 24 novembre 2022, invoquant l'application des art. 24 et suivants LIPAD.
6. Le 23 décembre 2022, le DT lui a indiqué ne pas pouvoir donner une suite favorable à la demande, car sa mandante ne disposait pas d'un intérêt digne de protection lui conférant l'accès à ces pièces.
7. Le 27 décembre 2022, Me X a saisi le Préposé cantonal.

8. Une médiation a eu lieu le 30 janvier 2023, en présence de Me X et Me A (conseils de la requérante), de Mme B (responsable LIPAD du DT), de M. C (juriste à l'OCLPF), de M. D (juriste à l'OAC) et du Préposé cantonal.
9. Elle n'a pas abouti.
10. Le même jour, le DT a transmis le dossier querellé à la Préposée adjointe en vue de la rédaction d'une recommandation.

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

11. Selon l'art. 9 al. 3 Cst-GE, l'activité publique s'exerce de manière transparente, conformément aux règles de la bonne foi, dans le respect du droit fédéral et du droit international. Conformément à l'art. 28 al. 2 Cst-GE, toute personne a le droit de prendre connaissance des informations et d'accéder aux documents officiels, à moins qu'un intérêt prépondérant ne s'y oppose.
12. 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).
13. 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).
14. 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 prise 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).
15. Le volet relatif à la transparence s'applique aux institutions publiques cantonales et communales genevoises désignées à l'art. 3 al. 1 de la loi, en particulier aux « *pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire cantonaux* » (litt. a) et aux « *établissements et corporations de droit public cantonaux* », ainsi qu'aux personnes morales de droit privé subventionnées (art. 3 al. 2 litt. a et b LIPAD).
16. 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).
17. 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.

18. 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).
19. 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).
20. 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).
21. 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).
22. 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.
23. 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).
24. 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).
25. Sont notamment exclus du droit d'accès les documents dont l'accès est propre à compromettre l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par la loi (art. 26 al. 2 litt. d LIPAD) ou 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). L'exposé des motifs à l'appui du PL 8356 précise: « *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* » (MGC 2000 45/VIII 7696). En 2016, le Tribunal fédéral avait estimé que la LIPAD ne s'appliquait pas aux procédures (civiles, pénales ou administratives) pendantes: « *Il est vrai que la LIPAD ne s'applique pas aux procédures, civiles, pénales et*

administratives en cours. Le législateur genevois a certes considéré qu'il n'y avait pas de raison de principe de soustraire le pouvoir judiciaire au principe de la transparence sur ses activités. Toutefois, pour les procédures pendantes, les règles relatives à la consultation du dossier sont fixées par les différentes lois de procédure » (arrêt 1C_604/2015, du 13 juin 2016, cons. 4.4). Le Tribunal fédéral a précisé les contours de cette jurisprudence et a estimé 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 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).

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 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).
27. 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.
28. 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).
29. 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).
30. 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.
31. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
32. 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).

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

33. Le Département du territoire est l'un des sept départements de l'administration cantonale (art. 1 al. 1 litt. d du règlement sur l'organisation de l'administration cantonale du 1^{er} juin 2018; ROAC; RSGe B 4 05.10). De la sorte, la LIPAD lui est applicable (art. 3 al. 1 litt. a).
34. Présentement, la requérante sollicite l'accès au dossier ouvert par le DT concernant M. Z en lien avec l'appartement de 4 pièces au 1^{er} étage sis ..., appartement dont elle est l'actuelle propriétaire.
35. La demande porte ainsi sur l'accès à un dossier relatif à une éventuelle procédure administrative concernant un tiers.
36. Sans dévoiler le contenu des documents dont la transmission est requise, il s'agit de documents expressément élaborés ou collectés dans le cadre de la procédure susmentionnée. Lesdits documents contiennent de surcroît des données personnelles de tiers.
37. L'art. 24 al. 1 LIPAD pose le principe du droit d'accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la loi.
38. Selon l'art. 26 al. 2 litt. e LIPAD, sont exclus du droit d'accès 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 et administratives.
39. Ainsi, la Préposée adjointe considère, conformément à la position du Tribunal fédéral (arrêt 1C_604/2015, du 13 juin 2016, cons. 4.4 et arrêt 1C_367/2020, du 12 janvier 2021) que, pour les procédures pendantes et les documents élaborés ou collectés dans ce cadre, les règles relatives à la consultation du dossier sont fixées par les différentes lois de procédure, en l'occurrence la LPA.
40. Dès lors, en l'espèce, au vu des caractéristiques des documents requis, la LIPAD doit céder le pas à la LPA, de sorte que l'accès aux documents susmentionnés doit être examiné sous l'angle de cette dernière loi.

RECOMMANDATION

41. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande au Département du territoire de maintenir son refus de communiquer à la requérante le dossier ouvert par le DT concernant M. Z en lien avec l'appartement de 4 pièces au 1^{er} étage sis ..., appartement dont elle est l'actuelle propriétaire.
42. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le Département du territoire doit rendre une décision sur la communication des documents considérés (art. 30 al. 5 LIPAD).
43. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à:

- Me X

- Mme B, responsable LIPAD, Département du territoire, Secrétariat général, rue de l'Hôtel-de-Ville 14, case postale 3880, 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.