

## Quelques bonnes pratiques en matière de transparence passive à l'attention des institutions publiques

L'entrée en vigueur de la LIPAD, le 1er mars 2002, a apporté un changement de paradigme au sein de l'administration, puisque, sauf intérêt public ou privé prépondérant, les documents en mains des institutions publiques genevoises sont accessibles à toute personne qui en demande l'accès (art. 24 ss LIPAD).

Il est donc recommandé aux institutions publiques de prendre en compte ce changement de paradigme: de manière générale, la gouvernance des documents officiels devrait être basée sur le principe qu'ils peuvent faire l'objet d'une demande d'accès.

La présente fiche informative est en partie la reprise d'une contribution intitulée "Principes de procédure poussés dans les cordes par celui de la transparence" de Christian Flueckiger<sup>1</sup>, Préposé à la protection des données et à la transparence des cantons du Jura et de Neuchâtel. Elle a pour but de présenter quelques bonnes pratiques en matière de transparence à l'attention des institutions publiques, afin de prévenir certains écueils.

### LE PRINCIPE : LA TRANSPARENCE

Le changement de paradigme en faveur de la transparence de l'administration entraîne un certain nombre de conséquences pour cette dernière. Il ressort en effet de la jurisprudence applicable à la loi fédérale sur la transparence (LTrans), qui peut être transposée à la LIPAD selon la Cour de justice, car "les différentes législations sur la transparence visent le même but et reprennent des principes de base globalement identiques" (ATA/154/2016 du 23 février 2016, consid. 5.a), que certaines obligations incombent à l'institution publique qui décide de limiter ou refuser l'accès à des documents officiels.

Il lui appartient en effet de 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).

L'institution publique doit ainsi motiver toute limitation ou refus d'accès à un document, faute de quoi elle supporte les conséquences du défaut de preuve.

### DEMANDE D'ACCES IMPRECISE OU PORTANT SUR DES DOCUMENTS VOLUMINEUX

La partie requérante n'a pas nécessairement connaissance des documents en mains de l'administration. Sa demande peut donc apparaître imprécise ou trop volumineuse. Dans ces cas, l'entité sollicitée ne devrait pas hésiter à contacter la partie demanderesse pour délimiter et clarifier l'objet de la requête. En effet, il est fréquent que les difficultés procédurales soient dues à une instruction insuffisante de la demande d'accès. Cette instruction préalable permet souvent d'éviter de perdre beaucoup de temps à rassembler des documents qui ne correspondent finalement pas à ce que la partie requérante sollicite.

<sup>1</sup> Flueckiger Christian, Principes de procédure poussés dans les cordes par celui de la transparence, in Boillat Joséphine/Werly Stéphane (éd.), 20 ans de transparence à Genève, sui generis, Zurich 2022, [https://suigeneris-verlag.ch/img/uploads/pdf/oa\\_pdf-033-1675100892.pdf](https://suigeneris-verlag.ch/img/uploads/pdf/oa_pdf-033-1675100892.pdf)

**DEMANDE D'ACCES PORTANT SUR UN DOCUMENT INEXISTANT**

La LIPAD ne prévoit pas le droit à l'établissement d'un document. Seul l'art. 25 al. 3 LIPAD dispose que "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".

Il ressort également de l'exposé des motifs relatif à la loi que le droit individuel d'accès aux documents ne comporte pas le droit à l'établissement d'un document inexistant, sauf, précisément, si cet établissement peut résulter du traitement informatisé simple d'informations existantes, en particulier du tirage papier d'un fichier existant (MGC 2000 45/VIII 7693).

Toutefois, les institutions publiques saisies ont parfois avantage à élaborer un document, car c'est la solution la moins chronophage, comme l'illustre une affaire (qui ne concernait pas l'application du droit genevois, mais soleurois) portée jusque devant les juges du Tribunal fédéral: un journaliste avait requis d'un Office AI (OAI) soleurois de lui communiquer par écrit le nombre de cas dans lesquels deux médecins experts avaient retenu une incapacité de travail excédant 40 %, propre à ouvrir le droit à des prestations d'invalidité. L'OAI avait répondu qu'il ne détenait pas un tel document, ni une telle statistique. Le Tribunal fédéral l'a finalement condamné à fournir l'accès à une centaine de dossiers anonymisés, dans lesquels les deux médecins étaient intervenus, afin que la partie demanderesse puisse établir la statistique elle-même (ATF 144 I 170, JdT 2019 I p. 50).

**PROCESSUS DE CAVIARDAGE POUR PRESERVER DES INTERETS PREPONDERANTS**

L'art. 27 LIPAD prévoit ce qui suit : "<sup>1</sup> Pour autant que cela ne requiert 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 en vertu de l'article 26.

<sup>2</sup> 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."

Anticiper en favorisant la remise d'un document caviardé plutôt que de refuser l'accès permet souvent d'éviter une procédure subséquente et devrait épargner beaucoup de temps à rédiger des actes juridiques durant la procédure contentieuse.

Comme le propose Christian Flueckiger dans sa contribution, "le caviardage peut prendre les formes suivantes:

1. Identifier et attribuer un numéro à chaque personne reconnaissable ou/et exceptions figurant dans le catalogue. (Par exemple : Mme A. = 1 ; M. B. = 2 ; Mme C. = 3 ; mise en danger de la sécurité = 4 ; secret d'affaire = 5).
2. Caviarder les passages en leur attribuant un numéro et en indiquant celui concerné selon la liste du ch. 1 (par exemple : 1/3 ; 2/4 ; 3/1 ; ...).
3. Établir une liste comprenant les justifications du caviardage. Pour ce faire, selon les cas, il est possible de motiver ces arguments en reprenant la numérotation du ch. 1 ou celle du ch. 2.
4. Si une ou plusieurs personnes restent reconnaissables, dont l'intérêt privé pourrait encore être atteint (par exemple le directeur du service audité), il faut leur offrir le droit d'être entendues, mais uniquement sur les passages qui les concernent. En leur offrant ce droit, il est souhaitable de relever qu'en principe l'opposition doit porter sur l'étendue du caviardage et l'accès aux passages les concernant, mais pas sur l'ensemble du document.

## Quelques bonnes pratiques en matière de transparence passive à l'attention des institutions publiques

5. Dès que les personnes reconnaissables ont proposé ou admis un caviardage à leur convenance, ou dès que ce dernier est terminé lorsqu'aucune donnée personnelle est en jeu, le document devrait, en principe, être remis, à la partie demanderesse, caviardé et en indiquant les voies de droit, au lieu de refuser l'accès total au document tant que la procédure n'est pas terminée, comme on le rencontre (trop !) régulièrement en pratique. La procédure qui suit devrait alors ne porter que sur l'étendue et le bienfondé du caviardage<sup>3</sup>.

### REDACTION DE DOCUMENTS

Au vu du principe de la transparence, il est conseillé d'inviter les auteurs de rapports à les rédiger en ayant à l'esprit que le document sera accessible. Cela permet d'éviter ultérieurement des difficultés liées au caviardage.

Ainsi, par exemple:

- Réduire au strict minimum les passages qui contiennent des données personnelles et les regrouper, si possible, en fin de document ou dans une annexe.
- Séparer aussi clairement que possible les parties d'analyses de celles qui entrent dans le catalogue des exceptions.
- Faire figurer dans des annexes, si possible, les éléments couverts par des exceptions à la transparence.

### CONCLUSION

En ayant notamment les principes susmentionnés à l'esprit, les rédacteurs de documents officiels et les institutions publiques éviteront quelques difficultés liées aux demandes d'accès.

Ils auront, dès l'élaboration du document, pris en compte la présomption du caractère public de ce dernier. Le document sera dès lors rédigé en conséquence, ce qui permettra d'éviter ou de faciliter un caviardage ultérieur. La motivation en cas d'éventuelle limitation ou refus d'accès en sera également facilitée.

17.04.2023

<sup>3</sup> Flueckiger Christian, *op. cit.*, p.168.

**Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (PPDT) est une autorité indépendante qui renseigne, conseille et surveille l'application de la LIPAD par les autorités et institutions publiques genevoises. N'hésitez pas à appeler en cas de questions au n° de téléphone 022 546 52 40 ou à adresser un courriel à [ppdt@etat.ge.ch](mailto:ppdt@etat.ge.ch)**