



Demande d'accès à des documents internes au Service d'évaluation des fonctions

Recommandation du 5 juin 2023

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

1. Dans un courriel du 24 janvier 2023 adressé au Préposé cantonal, Me A., agissant pour lui-même et des clients taxateurs, a requis de ce dernier la tenue d'une séance de médiation. Il expliquait avoir vainement tenté d'obtenir de la part de la Caisse cantonale genevoise de chômage et de l'Office du personnel de l'Etat (OPE) tous les documents, numériques ou papier, établis lien avec la réévaluation de fonction des taxateurs au sein de la Caisse cantonale de chômage.
2. Le 31 janvier 2023, les Préposés ont écrit au précité qu'ils s'interrogeaient sur la pertinence d'une séance de médiation, dès lors qu'au vu des échanges transmis, il apparaissait que le Département de l'économie et de l'emploi (DEE) n'aurait pas plus de documents que ce qui lui avait été communiqué.
3. Le même jour, le requérant a répondu qu'il restait des documents à transmettre, puisqu'il ne possédait que le résultat de l'évaluation, et non son calcul précis.
4. Le 6 février 2023, la responsable LIPAD du DEE a précisé aux Préposés ce qui suit: *« Avant qu'une séance de médiation ne soit agendée, je vous informe avoir encore examiné avec notre Direction des ressources humaines ce qu'il en était de la demande LIPAD de Me A.. Il ressort de différents échanges intervenus avec Madame B. (courriel du 13 janvier 2023) et Monsieur C. (courriel du 1^{er} février 2023) – échanges qui vous sont joints en annexes – qu'il n'existe aucun autre document que celui déjà transmis à Me A., à savoir le résultat de l'évaluation. S'agissant du courriel du 1^{er} février 2023 de Monsieur C., je précise que les documents auxquels il est fait référence sont la demande d'évaluation et le cahier des charges. Au vu de ce qui précède, le DEE n'est pas en mesure de satisfaire davantage à la demande de Me A., faute d'autre document existant ».*
5. Dans la foulée, le demandeur a indiqué qu'il contestait ce qui précède: *« Mes mandants n'ont reçu que le résultat de l'évaluation, rien d'autre, et en particulier aucun document permettant de contrôler le raisonnement opéré pour parvenir au profil retenu, et singulièrement à la classification validée. L'OPE, à tout le moins, détient forcément moult autres documents à ce sujet ».*
6. Une médiation a eu lieu le 6 mars 2023, en présence du requérant, d'une de ses clientes (taxatrice), de Mme Laurence Lang (responsable LIPAD du DEE), de Mme D. (responsable des ressources humaines du DEE), de Mme Laura Bertholon (responsable LIPAD du Département des finances et des ressources humaines – DF –) et de la Préposée adjointe.
7. Postérieurement à la séance, des documents concernant l'évaluation des fonctions sont parvenus au requérant.

8. En date du 25 avril 2023, ce dernier a toutefois a fait savoir aux Préposés que la demande conservait son actualité, « *en tant que les documents internes au SEF doivent être contrôlés par votre autorité, puisqu'il s'agit des seuls moyens permettant de retracer l'évaluation communiquée. Il faut donc que vous ayez accès à ces documents* ».
9. Le jour suivant, la Préposée adjointe a indiqué qu'elle avait transmis la requête au Préposé cantonal, pour recommandation.
10. Le 4 mai 2023, le Préposé cantonal a sollicité la responsable LIPAD du DF pour que lui parviennent les documents querellés.
11. En date du 17 mai 2023, le Préposé cantonal a pu prendre connaissance de ces derniers.

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

12. 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.
13. 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).
14. 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).
15. 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).
16. 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).
17. 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).

18. 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.
19. 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).
20. 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).
21. 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).
22. 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).
23. Aux termes de l'art. 6 LIPAD (notes à usage personnel), « *Constituent notamment des notes à usage personnel au sens de l'article 25, alinéa 4, de la loi, qu'elles soient manuscrites ou non et quels qu'en soient la forme ou le support : a) les notes prises en vue de la rédaction future d'un document; b) les notes de séance éventuellement prises à défaut d'une obligation légale ou réglementaire d'élaborer des procès-verbaux; c) les notes prises dans le cadre d'un entretien d'embauche et les écrits ou tableaux établis dans la suite de la procédure, jusqu'à l'engagement ou la réponse négative à une postulation* ».
24. L'exposé des motifs relatif à la loi précise que les notes à usage personnel doivent être comprises comme les notes prises à l'usage exclusif de celui qui les prend, et non les notes adressées même confidentiellement à une personne déterminée. Le but est de permettre aux rédacteurs de travailler dans des conditions de sérénité avant qu'il ne soit possible d'accéder au produit de leur travail. Cependant, ces restrictions à la notion de document « *doivent s'interpréter à la lumière du principe général de transparence institué par la LIPAD. A défaut, tout texte pourrait échapper au droit d'accès tant qu'il appelle encore un complément, même mineur, contrairement à l'esprit de cette législation. Ainsi, par exemple, un avant-projet de loi soumis à consultation interne, destiné à être encore modifié, constitue un document au sens de la LIPAD, dont l'accès ne peut être refusé que si l'une des exceptions au droit d'accès est réalisée* » (MGC 2000 45/VIII 7694). Il est intéressant ici de se référer à l'art. 1 al. 2 OTrans (« *Un document a atteint son stade définitif d'élaboration: a. lorsque l'autorité dont il émane l'a signé, ou b. lorsque son auteur l'a définitivement remis au destinataire notamment à titre d'information ou pour que celui-ci prenne position ou une décision* »), ainsi qu'à son al. 3 (« *On entend par document destiné à l'usage personnel, toute information établie à des fins professionnelles mais qui est utilisée exclusivement par son auteur ou par un cercle restreint de personnes comme moyen auxiliaire, tel que des notes ou des copies de travail* »). Parmi les indices plaidant en défaveur d'un document final, se trouvent la présence d'un suivi de modification sur le texte, le caractère informel de certaines notes par exemple; les communications internes à des fins de relecture ou corrections sont également considérées comme des notes internes (Bühler, Basler Kommentar, n°26-27 ad art. 5 LTrans). Les notes personnelles prises par un auditeur dans le cadre de sa mission constituent des brouillons non achevés qui ne sont pas visés par le droit d'accès institué par la LIPAD (ACJC/253/2012 du 24 février 2012,

consid. b. e). Le titre du document n'est pas décisif pour la qualification de notes personnelles ou non; seuls le contenu et/ou le but du document le sont (Cottier, La transparence au crible de la jurisprudence, p. 51).

25. La Cour de justice a considéré qu'un rapport définitif d'un fonctionnaire de police à son commandant sous forme d'un courriel, doublé d'une prise de position, est un document auquel l'exception de l'art. 25 al. 4 LIPAD n'est pas applicable (ATA/1141/2018 du 30 octobre 2018, consid. 6). La jurisprudence semble avoir évolué, car près de 10 ans auparavant, la Cour de justice avait considéré ce qui suit: « a. Les courriers électroniques figurant dans le dossier litigieux sont des messages envoyés d'un collaborateur à l'autre au sein de la police. Au vu de leur contenu, ces communications n'ont rien des documents dont la loi donne une liste exemplative (messages officiels, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions). Ils constituent des échanges informels entre les membres du personnel de l'administration et ne revêtent pas la qualité de documents au sens de cette loi (art. 25 al. 4 LIPAD; pièces 1). b. Il en va de même des notes de service – ou "mémos" personnels – établis par les membres de l'administration et qui sont préparatoires à l'établissement des documents susmentionnés. Ces notes constituent des brouillons non achevés qui ne sont pas visés par le droit d'accès institué par la LIPAD (art. 25 al. 4 LIPAD; pièces 4 et 11) » (ATA/211/2009 du 28 avril 2009, consid. 7).
26. Finalement, un rapport d'inspection sur lequel un préavis du service du pharmacien cantonal est basé constitue un « document au sens de l'art. 25 al. 1 et 2 LIPAD, contenant des renseignements relatifs à l'octroi ou non de l'autorisation d'exploiter une pharmacie »; il ne s'agit pas de notes internes (ATA/525/2016 du 21 juin 2016, consid. 4b).
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. 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).
29. 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).
30. 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).

31. 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.
32. 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).
33. 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).
34. 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.
35. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
36. 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:

37. Le Département des finances et des ressources humaines (DF) est l'un des sept départements de l'administration cantonale (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). De la sorte, la LIPAD lui est applicable (art. 3 al. 1 litt. a).
38. Présentement, le requérant sollicite l'accès aux « *documents internes au SEF* » (Service de l'évaluation des fonctions). Il s'agit de notes de deux collaboratrices du Département et d'un document intitulé « *Notes personnelles de l'analyse n° 12'800* ».
39. Selon l'art. 25 al. 4 LIPAD, 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.
40. Le Préposé cantonal doit donc examiner si les documents querellés doivent ou non être considérés comme des documents au sens de la LIPAD.

41. S'agissant tout d'abord des notes de deux collaboratrices du DF, le Préposé cantonal constate que les notes prises l'ont été sur du papier libre et non sur un papier à en-tête du Département, indice plaidant en faveur d'un caractère informel. Dès lors, pour lui, ces notes manuscrites ont été rédigées à l'usage exclusif de leurs auteurs, sans accès possible par d'autres personnes. Ces notes ne constituent donc pas des documents.
42. Concernant ensuite le document intitulé « *Notes personnelles de l'analyse n° 12'800* », il sied de relever tout d'abord que le titre du document n'est pas décisif pour la qualification de notes personnelles ou non; seuls le contenu et/ou le but du document le sont.
43. En l'occurrence, le Préposé cantonal remarque qu'il s'agit de notes préparatoires (non manuscrites et peu structurées au demeurant) à l'établissement d'un rapport final (seul le contenu pertinent y serait ensuite retranscrit). Il n'en reste pas moins qu'elles sont susceptibles d'être lues par d'autres personnes, même à titre confidentiel. D'ailleurs, huit personnes sont citées comme participantes à l'entretien.
44. Le Préposé cantonal est ainsi d'avis qu'il ne s'agit pas de notes personnelles au sens de l'art. 25 al. 4 LIPAD, quand bien même le rapport n'est pas final. Il sied à ce propos de rappeler que, selon les travaux préparatoires de la loi, « *Ainsi, par exemple, un avant-projet de loi soumis à consultation interne, destiné à être encore modifié, constitue un document au sens de la LIPAD, dont l'accès ne peut être refusé que si l'une des exceptions au droit d'accès est réalisée* » (MGC 2000 45/VIII 7694). Le raisonnement aurait été différent s'il s'agissait de mémos personnels établis par un membre d'une institution publique et qui sont préparatoires à l'établissement du rapport final. Dans cette hypothèse, les mémos personnels restent à l'usage exclusif de celui qui les rédige, seul le rapport final étant alors susceptible d'être transmis à d'autres personnes.
45. En conséquence, les « *Notes personnelles de l'analyse n° 12'800* » constituent un document et non des notes à usage personnel au sens de l'art. 25 al. 4 LIPAD et de l'art. 6 RIPAD. En particulier, il ne s'agit pas de notes prises en vue de la rédaction future d'un document comme l'entend l'art. 6 litt. a RIPAD. L'accès à ces notes ne peut être refusé que si l'une des exceptions au droit d'accès est réalisée.

RECOMMANDATION

46. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande au Département des finances et des ressources humaines (DF) de maintenir son refus de transmettre les documents internes au SEF et de transmettre les « *Notes personnelles de l'analyse n° 12'800* », caviardée de données personnelles, faute d'exception soulevée pour s'opposer à l'accès.
47. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le Département des finances et des ressources humaines 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 A., [REDACTED]
- Mme Laura Bertholon, responsable LIPAD, Département des finances et des ressources humaines (DF), Secrétariat général, place de la Taconnerie 7, Case postale 3860, 1211 Genève 3

Stéphane Werly
Préposé cantonal

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.