



## **Demande d'accès à des agendas des membres du personnel et à des échanges de courriels dans le cadre de la campagne électorale d'une Conseillère d'Etat**

### **Recommandation du 9 août 2023**

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

1. Par courriel du 25 mai 2023, X a sollicité la mise sur pied d'une médiation auprès du Préposé cantonal. Le 11 avril 2023, il avait requis auprès du Département de l'économie et de l'emploi (DEE) l'accès à l'agenda de A depuis janvier 2023, ainsi que les échanges écrits ou numériques qu'elle aurait eus dans le cadre de la campagne électorale de D, Conseillère d'Etat. La demande a été étendue, par courrier du 24 avril 2023, à deux autres membres du personnel du Secrétariat général, B et C.
2. Le 12 mai 2023, le DEE, par la voix de sa magistrate, a répondu que, conformément aux art. 28 al. 2 litt. d et e LIPAD, l'accès aux documents requis ne pouvait pas être octroyé. En effet, le requérant avait procédé à une dénonciation pénale en lien avec les documents sollicités, de sorte que l'enquête pénale faisait obstacle à la remise des documents et que les règles de procédure pénale trouvaient application en lieu et place de la LIPAD. Le DEE concluait toutefois à une remise différée des documents dès la clôture de la procédure pénale, conformément à l'art. 27 al. 3 LIPAD.
3. Suite à ce courrier, le 25 mai 2023, le Préposé cantonal a été sollicité afin qu'une médiation soit mise sur pied.
4. Deux rencontres de médiation ont eu lieu les 19 et 26 juin 2023 avec le Préposé cantonal, X (requérant), Me Y (conseil du requérant), Mme Z (responsable LIPAD du DEE) et Mme E (Directrice adjointe des affaires juridiques de la Chancellerie d'Etat).
5. La médiation a abouti à un engagement oral, selon lequel la détermination du Ministère public serait demandée afin de savoir si l'enquête pénale s'opposait à la transmission des documents. Si tel n'était pas le cas, les documents seraient remis. Dans l'éventualité contraire, une recommandation devrait être rendue conformément à l'art. 30 al. 5 LIPAD.
6. Par courrier du 20 juin 2023, le DEE s'est adressé au Ministère public afin de lui exposer ce qui précède et lui a demandé de lui indiquer s'il était autorisé à transmettre les documents sollicités dans le cadre de la procédure LIPAD.
7. Par courriel du 3 août 2023, le DEE a informé le Préposé cantonal qu'en date du 7 juillet 2023 (reçu par le DEE le 13 juillet), le Ministère public a répondu n'avoir aucune objection à ce que le département donne suite à la demande d'accès formulée par X. Le DEE a ajouté avoir en revanche reçu, le 26 juillet 2023, sous la plume de son conseil, une opposition à la transmission des documents de la part de C. Finalement, se référant à l'engagement pris par le département lors de la séance de médiation du 26 juin 2023, ce dernier indique qu'il remettra à X les documents suivants:
  - l'agenda de A de janvier 2023 à avril 2023 ;

- l'agenda de B de janvier 2023 à avril 2023;
  - l'ensemble des courriels échangés dans le cadre de la campagne électorale de D entre A et des interlocuteurs externes de décembre 2022 à avril 2023;
  - l'ensemble des courriels échangés dans le cadre de la campagne électorale de D entre B et des interlocuteurs externes de décembre 2022 à avril 2023.
8. Le DEE précise encore que les documents qui concernent C ne seront pas remis, vu son opposition. En substance, cette dernière s'oppose à la transmission des documents dont il est question, considérant qu'ils ne portent pas sur une tâche publique et que l'exception de l'art. 26 al. 2 litt. d et e trouve application. En outre, elle invoque que son intérêt privé à éviter une médiatisation et des accusations, telles que celles faisant l'objet de la dénonciation pénale et portant atteinte à son honneur, est prépondérant par rapport au principe de transparence.
9. Tant le Préposé cantonal que la Préposée adjointe ont eu accès aux documents sollicités.

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

10. 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.
11. L'entrée en vigueur de la LIPAD, le 1<sup>er</sup> mars 2002, a signifié un changement important pour les institutions publiques soumises à la loi puisqu'il s'est agi de passer du principe du secret à celui de la transparence.
12. Avec la LIPAD, en matière de transparence, le législateur s'est donné pour objectif de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique (art. 1 al. 2 litt. a LIPAD).
13. A ce propos, l'exposé des motifs relatif à l'avant-projet (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* ».
14. 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).

15. 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).
16. 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.
17. 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), à savoir une activité étatique ou para-étatique (MGC 2000 45/VIII 7695).
18. 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).
19. Dans un arrêt du 23 juin 2016 (ATF 142 II 324, JT 2017 I 13), le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de savoir si l'agenda outlook de l'ancien chef de l'armement, pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2013 au 26 mai 2014, est un document officiel au sens de l'art. 5 LTrans. Notre Haute Cour a retenu que tel est le cas; elle s'est exprimée ainsi: *« les informations contenues dans l'agenda outlook dépeignent globalement l'activité officielle de l'ancien chef de l'armement. Celui-ci a utilisé son agenda en rapport avec l'accomplissement de sa fonction, et donc aussi pour exécuter des tâches publiques. Bien que des rendez-vous privés y aient aussi été consignés, les agendas électroniques et les informations qui y sont contenues servent principalement à l'activité professionnelle et à la direction de l'Office, ce pourquoi on doit considérer que l'art. 5 al. 1<sup>er</sup> let. c LTrans est applicable (...) les inscriptions de l'agenda donnent dans leur ensemble une vision de l'accomplissement de sa fonction par l'ancien chef de l'armement et des processus de la direction militaire »*. Le tribunal fédéral a ajouté: *« Le TAF a passé en revue les diverses fonctions d'un agenda outlook. Il a relevé que cet instrument n'est pas seulement destiné à l'organisation individuelle du temps disponible, à la mémorisation des événements prévus et aux invitations, mais aussi à la communication et à la coopération entre les collaborateurs. Le détenteur peut conférer des droits d'accès différents à divers utilisateurs, variant de la simple indication des périodes libres ou occupées jusqu'à l'affichage de tous les détails. L'agenda outlook permet aussi d'envoyer des invitations à participer à des séances. Il s'agit donc, dans l'ensemble, d'un instrument destiné à soutenir sous divers aspects la coopération de divers utilisateurs (voir c. 5.2.2.2 non publié). De ces constatations de fait qui lient le TF (art. 105 al. 1<sup>er</sup> LTF), il ressort que l'agenda outlook de l'ancien chef de l'armement n'est pas un document destiné à l'usage personnel. Cet agenda n'est pas uniquement un aide-mémoire personnel destiné à la gestion des rendez-vous individuels. Sa portée est notablement plus étendue: son détenteur est l'un des cadres les plus élevés du Département fédéral de la défense. Son agenda a une influence déterminante dans l'ensemble de l'activité et des processus de l'Office fédéral de l'armement. Même si le cercle des personnes habilitées à y accéder se limite aux cadres supérieurs de l'Office, il n'est pas qu'un simple aide-mémoire pour le déroulement de la journée et la gestion des rendez-vous. Il s'agit d'un instrument de conduite essentiel pour la direction de l'Office »*.
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 toutefois pas absolu. Des exceptions à l'information du public sont possibles si l'une ou plusieurs des conditions d'exceptions prévues par l'art. 26 LIPAD sont réalisées.
23. 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). A ce propos, selon la Chambre administrative de la Cour de justice, un rapport portant précisément sur le complexe de faits à élucider ne doit pas être transmis, faute de quoi cela entrerait directement en contradiction avec les dispositions pénales limitant l'accès au dossier (ATA/297/2004 du 6 avril 2004). Le Préposé cantonal a retenu cette exception dans le cadre d'une demande d'accès à des procès-verbaux relatifs à des délibérations dans le cadre de marchés publics et dont le contenu pouvait être pertinent pour le déroulement d'une enquête pénale en cours (<https://www.ge.ch/document/19070/telecharger>), ainsi que s'agissant de la prise de position d'un Conseiller d'Etat auprès du Ministère public, dans le cadre d'une enquête pénale (<https://www.ge.ch/document/19071/telecharger>).
24. 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).
25. Deux ans plus tard, notre Haute Cour avait considéré, 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).*

26. Enfin, le 12 janvier 2021 (1C\_367/2020), les juges de Mon Repos ont examiné l'art. 3 al. 1 litt. a ch. 1 et 2 LTrans, qui prévoit que la LTrans ne s'applique notamment pas à l'accès aux documents officiels concernant les procédures civiles et pénales. Il a rappelé que, dans son Message du 12 février 2003 relatif à la LTrans, le Conseil fédéral a indiqué que *« l'accès aux documents relatifs aux procédures administratives et judiciaires énumérées à l'art. 3 let. a est régi par les lois spéciales applicables. Les documents qui, bien qu'ayant un rapport plus large avec les procédures en question, ne font pas partie du dossier de procédure au sens strict, sont en revanche accessibles aux conditions de la loi sur la transparence. La disposition garantissant la formation libre de l'opinion et de la volonté d'une autorité s'appliquera par conséquent chaque fois que la divulgation d'un document officiel est susceptible d'influencer le déroulement de procédures déjà engagées ou d'opérations préliminaires à celles-ci »* (FF 2003 1850). Se ralliant à l'opinion du Préposé fédéral (recommandation du PFPDT du 2 décembre 2019, ch. 15), les juges ont 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; les autres documents demeurent accessibles en vertu du principe de la transparence.
27. Sont également exclus du droit d'accès les documents dont la communication pourrait rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers ou porter atteinte à la sphère privée (art. 26 al. 2 litt. f et g LIPAD).
28. La LTrans se réfère également à la notion de sphère privée des tiers, dans le cadre d'une exception à l'accès aux documents (art. 7 al. 2 LTrans). Cette notion est une concrétisation des art. 13 al. 2 Cst et 28 CC (Häner, Basler Kommentar, n°51 ad art. 7 LTrans). La doctrine relève des critères à prendre en considération dans le cadre de la pesée des intérêts, à savoir la fonction de la personne considérée, s'il s'agit d'une personne publique ou non (voir notamment l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3609/2010 du 17 février 2011), les conséquences d'une divulgation pour la personne concernée, l'intérêt à la transparence (les enjeux politiques ou la protection d'un intérêt public) (Häner, Basler Kommentar, n°58-65 ad art. 7 LTrans)
29. 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).
30. L'art. 8 LIPAD précise que *« l'éventuelle anonymisation de données soustraites au droit d'accès survenant en application de l'article 27, alinéa 2, de la loi intervient in-*

*dépendamment du fait que le requérant connaisse ou non l'identité de la personne concernée ».*

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. Si la médiation aboutit, l'affaire est classée (art. 30 al. 4 LIPAD).
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).
37. En principe, 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, font 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. Toutefois, si des engagements interviennent lors de la médiation, ces derniers sont communiqués à celui ou celle qui n'a pas participé à la médiation et la recommandation peut être rédigée conjointement.

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

38. Le Département de l'économie et de l'emploi (DEE) est l'un des sept départements de l'administration cantonale (art. 1 litt. f du règlement sur l'organisation de l'administration cantonale du 1<sup>er</sup> juin 2018; ROAC; RSGe B 4 05.10). De la sorte, la LIPAD lui est applicable (art. 3 al. 1 litt. a).
39. En l'espèce, la demande porte sur l'accès aux agendas de trois membres du personnel du Secrétariat général du DEE, ainsi qu'aux échanges qu'ils ont eus dans le cadre de la campagne électorale de D. A ce jour, seul reste en suspens l'accès à l'agenda de C pour la période de janvier à avril 2023, ainsi qu'aux échanges écrits ou numériques qu'elle aurait eus dans le cadre de la campagne électorale de D.

40. En effet, suite au courrier du Ministère public indiquant n'avoir aucune objection à ce que le département donne suite à la demande d'accès formulée par X, le DEE a donné une suite favorable auxdites demandes d'accès portant sur les mêmes documents concernant les deux autres membres du personnel, ces derniers ne s'y étant pas opposés.
41. Les Préposés relèvent que la transmission des documents susmentionnés répond aux engagements pris par le DEE lors de la rencontre de médiation. Or, ces engagements portaient également sur l'agenda et les échanges de C intervenus dans le cadre de la campagne électorale de D. Ils considèrent dès lors qu'en bonne application des engagements pris, ces documents devraient être transmis au requérant.
42. Ceci étant précisé, les Préposés notent au surplus qu'ils ne voient pas en quoi les exceptions prévues par les lettres d et e de l'art. 26 al. 2 LIPAD trouveraient application. En effet, les documents sollicités n'ont pas été expressément élaborés dans le cadre d'une procédure judiciaire, de sorte que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (arrêt 1C\_367/2020 du 12 janvier 2021), ils restent accessibles conformément au principe de transparence. De plus, au vu du courrier du Procureur général, force est de considérer que leur communication ne compromet pas l'enquête en cours, ni ne rend inopérantes les restrictions au droit d'accès qu'apportent les règles de procédure. Seul resterait à examiner si un autre intérêt public ou privé prépondérant pourrait trouver application. A cet égard, C craint que son honneur et sa réputation soit entachée par l'utilisation qui pourrait être faite des documents transmis, au vu des accusations développées par le requérant dans la dénonciation pénale. Les Préposés relèvent qu'il est ensuite de la responsabilité du requérant de faire un usage adéquat et conforme au droit des documents transmis.

## RECOMMANDATION

43. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande au Département de l'économie et de l'emploi de se conformer aux engagements pris lors de la rencontre de médiation et de donner accès aux documents sollicités.
44. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le Département de l'économie et de l'emploi doit rendre une décision sur la communication des documents considérés (art. 30 al. 5 LIPAD).
45. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à:
- Mme Z, responsable LIPAD, Département de l'économie et de l'emploi, Place de la Taconnerie 7, 1211 Genève 3
  - Me Y

Joséphine Boillat  
Préposée adjointe

Stéphane Werly  
Préposé cantonal

Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence remercie par avance l'institution publique de bien vouloir le tenir informé de la suite donnée à la présente recommandation en lui faisant parvenir une copie de sa décision.