



## **Demande d'accès à des préavis établis dans le cadre d'attributions de mandats par le Département de l'économie et de l'emploi (DEE)**

### **Recommandation du 20 septembre 2023**

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

1. Dans un courriel du 24 août 2023, M. X, se référant à un article de presse de la veille publié sur le site internet de Léman Bleu (<https://www.lemanbleu.ch/fr/Actualites/Geneve/Fabienne-Fischer-a-arrose-de-fonds-publics-les-projets-de-son-compagnon.html>), a requis l'accès auprès du Département de l'économie et de l'emploi (DEE) à tous les préavis établis dans le cadre de l'attribution des mandats mentionnés dans ledit article.
2. Le lendemain, la responsable LIPAD du DEE a indiqué ne pas pouvoir donner une suite favorable à la demande, car conformément à l'art. 26 al. 3 LIPAD, les notes échangées entre les membres d'une autorité collégiale ou entre ces derniers et leurs collaborateurs sont exclues du droit d'accès. Elle a invoqué également l'art. 7 al. 3 RIPAD, concluant que les documents requis n'étaient dès lors pas publics. Finalement, elle a indiqué au requérant la possibilité de saisir le Préposé cantonal conformément à ce que prévoient les art. 28 al. 5 et 30 al. 1 LIPAD.
3. Le 25 août 2023, dans la foulée, le requérant a saisi le Préposé cantonal d'une demande de médiation. Il a indiqué que *« l'approche du DEE est erronée: les préavis rendus font partie du processus administratif et décisionnel habituel ayant mené à la décision de conclure les mandats litigieux, et donc soumis à l'exigence de transparence. On ne se trouve pas dans un cas où une décision politique particulière aurait été préparée en vue d'une séance du Conseil d'Etat »*. Il a ajouté que *« l'intérêt public désormais notoire en marge de l'affaire Fischer commande la révélation de ces documents »*.
4. Une médiation a eu lieu le 11 septembre 2023, en présence du requérant, de Me Y, son avocat, de M. Z (responsable LIPAD de la Chancellerie), du Préposé cantonal et de Mme B (juriste auprès du Préposé cantonal). Elle n'a pas abouti sur un accord.
5. En date du 14 septembre 2023, la Préposée adjointe a pu prendre connaissance des documents querellés, en vue de la rédaction de la présente recommandation.

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

6. 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.
7. En édictant la LIPAD, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> 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 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).
10. 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).
11. 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).
12. 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.
13. 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).
14. 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).
15. 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).
16. 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).
17. 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.

18. Selon l'art. 26 al. 3 LIPAD, « *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 présente loi* ».
19. Selon l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi, en excluant purement et simplement du droit d'accès aux documents, les notes échangées entre les membres d'autorités collégiales (comme le Conseil d'Etat et les exécutifs communaux) ainsi qu'entre eux et leurs collaborateurs, l'article 26 alinéa 3 renforce l'exception tirée du risque d'entrave notable au processus décisionnel mentionnée à l'article 26 alinéa 2, lettre c. Le but de cette disposition est ainsi d'une part « *de permettre la libre formation de l'opinion du collège gouvernemental, en mettant ses membres à l'abri des pressions auxquelles les exposerait la communication de leur opinion souvent provisoire formulée au stade antérieur à la prise collective de décisions. Comme il est admis que les séances du Conseil d'Etat et des exécutifs communaux doivent se tenir à huis clos (cf. art. 7 et 11 LIPAD), il faut préserver à ces autorités collégiales un espace de délibération et de préparation de leurs décisions collectives en dehors de tout regard extérieur. Le caractère catégorique de cette exception, en particulier le fait qu'une décision contraire de l'autorité collégiale elle-même ne soit pas réservée, se justifie par le souci d'engager chacun de ses membres dans le processus collégial et de les empêcher d'exercer un jeu de pouvoir des uns sur les autres sur la scène publique* ». D'autre part, toujours selon l'exposé des motifs, « *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 disposition est complétée par l'art. 7 al. 3 RIPAD qui prévoit que sont également soustraits au droit d'accès au sens de l'article 26 alinéa 3 de la loi les notes, avis de droit, correspondances, courriels, rapports et autres écrits échangés: a) entre membres du Conseil d'Etat, de délégations de celui-ci, du collège des secrétaires généraux ou des collèges spécialisés; b) entre cadres supérieurs de la fonction publique ou collaborateurs de l'entourage immédiat des conseillers d'Etat et du chancelier d'Etat ainsi qu'entre ces cadres ou proches collaborateurs et les membres des collèges visés à la lettre a.
21. Selon la jurisprudence, cette exception s'applique aussi longtemps que le message n'a pas été transmis à l'extérieur de l'autorité collégiale; dès le moment où le document en question a été acheminé à une autorité extérieure, il a perdu cette qualité (ATA/195/2010 du 23 mars 2010). Ainsi, des documents adressés à une tierce personne ne peuvent être considérés comme des documents internes (ATA/576/2917 du 23 mai 2017 consid.12).
22. En application de l'art. 26 al. 3 LIPAD, le Tribunal fédéral a retenu qu'un rapport d'un mandant externe ayant pour but de proposer une vision intégrée de la fonction RH et destiné au Conseil administratif ne peut être soustrait au droit d'accès. Il a considéré que « *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). Dans un arrêt du 30 octobre 2018, la Cour de justice a considéré qu'une note adressée à la commandante de la police par un officier de police ne pouvait être soustraite au droit d'accès, les art. 26 al. 3 LIPAD et 7 al. 3 RIPAD ne pouvant être invoqués, car la commandante de la police étant par définition une

personne physique unique et non une autorité collégiale, ni Conseillère d'État ni secrétaire générale (ATA/1141/2018).

23. A l'inverse, deux rapports datés et signés, adressés au Chancelier, mais dont le destinataire est le Conseil d'Etat, par une cellule juridique de l'administration au sujet de questions de droit, s'inscrivent dans le cadre des rapports qu'entretient cette autorité collégiale avec ses collaborateurs dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives et sont donc soustraits à l'accès du public, en vertu de l'art. 26 al. 3 LIPAD (ATA/295/2010 du 4 mai 2010). Des notes de la Direction des ressources humaines, de la Conseillère administrative en charge du Département des finances et du logement, et du directeur général adressées au Conseil administratif tombent également sous le coup de l'exception de l'art. 26 al. 3 LIPAD (ATA/1809/2019 du 17 décembre 2019). La Cour de justice a retenu qu'il en allait de même des fiches d'élaboration du plan financier quadriennal 2020-2023 relatives au processus d'internalisation d'activités de convoyage des détenus: 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 et doivent donc être soustraites au droit d'accès (ATA/1173/2020 du 24 novembre 2020, consid. 10b.).
24. Le Préposé cantonal a notamment rendu deux recommandations concernant l'application de l'art. 26 al. 3 LIPAD. Dans une recommandation du 29 avril 2019, il a considéré qu'il fallait retenir qu'un avis de droit interne à l'administration peut être soustrait au droit d'accès, conformément à l'art. 26 al. 3 LIPAD, alors qu'un avis de droit émis par un mandataire externe à l'administration est accessible (<https://www.ge.ch/document/19068/telecharger>). Dans une recommandation du 27 septembre 2021, il a considéré qu'un courrier entre conseillers d'Etat qui a pour but d'orienter la prise de décision du Conseil ne saurait être transmis (<https://www.ge.ch/document/26917/telecharger>).
25. 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).
26. 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.
27. 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 LIPAD).
28. 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).

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

32. Le Département de l'économie et de l'emploi (DEE) est l'un des sept départements de l'administration cantonale (art. 1 al. 1 litt. f du règlement sur l'organisation de l'administration cantonale du 1<sup>er</sup> juin 2023; ROAC; RSGe B 4 05.10). De la sorte, la LIPAD lui est applicable (art. 3 al. 1 litt. a).
33. Présentement, le requérant sollicite l'accès à des préavis établis dans le cadre d'attribution de mandats par le DEE.
34. 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.
35. Selon l'art. 26 al. 3 LIPAD, 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 présente loi. L'art. 7 al. 3 RIPAD dispose que « *sont également soustraits au droit d'accès au sens de l'article 26, alinéa 3, de la loi les notes, avis de droit, correspondances, courriels, rapports et autres écrits échangés : a) entre membres du Conseil d'Etat, de délégations de celui-ci, du collège des secrétaires généraux ou des collèges spécialisés; b) entre cadres supérieurs de la fonction publique ou collaborateurs de l'entourage immédiat des conseillers d'Etat et du chancelier d'Etat ainsi qu'entre ces cadres ou proches collaborateurs et les membres des collèges visés à la lettre a* ».
36. Pour rappel, selon l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi, le but de cette disposition était notamment de permettre aux collaborateurs des membres d'autorités collégiales d'exprimer librement leurs opinions et propositions à l'intention de ces derniers.
37. Après consultation des documents querellés et sans en dévoiler le contenu, la Préposée adjointe a constaté qu'ils étaient rédigés par des membres du personnel de l'entourage immédiat de la Conseillère d'Etat en charge du DEE à l'attention de cette dernière. Les personnes en copie desdits documents sont également des membres du personnel de l'entourage immédiat de la Conseillère d'Etat. En effet, les personnes concernées, outre la magistrate, ont notamment les fonctions de Directeur général, Secrétaire général ou Secrétaire général adjoint, ou encore cheffe de

cabinet. L'on peut encore préciser que les documents querellés contiennent une présentation du projet, son analyse et un compte-rendu, voire une recommandation.

38. Au vu des émetteurs et destinataire des documents requis, ces derniers sont soustraits au droit d'accès conformément aux art. 26 al. 3 LIPAD et 7 al. 3 LIPAD.
39. En effet, le texte de la loi est clair et couvre la situation présentement soumise à recommandation. De plus, le but de l'exception est de permettre aux collaborateurs et collaboratrices des membres d'autorités collégiales d'exprimer librement leurs opinions et propositions à l'intention de ces derniers, ce qui est le cas dans les documents soumis.
40. Ainsi, selon la Cour de justice, des notes de la Direction des ressources humaines, de la Conseillère administrative en charge du Département des finances et du logement, et du directeur général adressées au Conseil administratif tombent sous le coup de l'exception de l'art. 26 al. 3 LIPAD (ATA/1809/2019 du 17 décembre 2019); de même, des fiches d'élaboration du plan financier quadriennal 2020-2023 relatives au processus d'internalisation d'activités de convoyage des détenus 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 et doivent donc être soustraites au droit d'accès (ATA/1173/2020 du 24 novembre 2020, consid. 10b.).
41. Ces situations, tout comme le cas présentement soumis, diffèrent de l'affaire jugée par le Tribunal fédéral le 29 novembre 2016 (1C\_277/2016) où les documents querellés avaient été rédigés par un tiers externe à l'administration et non pas par des proches collaborateurs d'une Conseillère d'Etat.
42. Dès lors, au vu de ce qui précède, il est recommandé de ne pas transmettre au requérant les documents requis.

## **RECOMMANDATION**

43. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande au Département de l'économie et de l'emploi (DEE) de maintenir son refus de transmettre les préavis requis établis dans le cadre d'attribution de mandats par le DEE.
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:
  - Me Y
  - Mme A, responsable LIPAD, Département de l'économie et de l'emploi (DEE), Secrétariat général, place de la Taconnerie 7, Case postale 3860, 1211 Genève 3

Joséphine Boillat  
Préposée adjointe

<i>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.</i>
--