



Demande d'accès à un dossier administratif constituant le dossier d'autorisation à exploiter une entreprise de pompes funèbres

Recommandation du 17 juin 2024

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

1. Le 14 août 2023, Me A., agissant pour le compte de B. et C., a rédigé un courrier à l'attention du Département des institutions et du numérique (DIN). A cette occasion, il sollicitait que lui soit transmis "*l'ensemble des documents composant le dossier d'autorisation d'exploiter délivrée à D., y compris l'autorisation d'exploiter*".
2. La demande a été à nouveau formulée les 12 octobre 2023, 17 novembre 2023 et 2 février 2024.
3. En date du 14 février 2024, la responsable LIPAD du DIN a fait parvenir au susnommé l'arrêté du ... autorisant E., né le ..., originaire de ..., à exploiter une entreprise de pompes funèbres pour le compte de la société D., sise ... L'adresse du responsable était caviardée.
4. Par ailleurs, la responsable LIPAD ajoutait que le reste du dossier administratif constituant le dossier d'autorisation ne pouvait être communiqué, car il comporte des données personnelles relevant de la sphère privée tant de la personne morale que de la personne physique concernée. Il était enfin précisé que, conformément à l'art. 30 al. 2 LIPAD, le requérant avait la possibilité de saisir le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (Préposé cantonal) d'une demande de médiation, dans un délai de 10 jours.
5. En date du 23 février 2024, Me A. a saisi le Préposé cantonal d'une demande de médiation. Il expliquait désirer l'accès au dossier qui a conduit le Département à délivrer une autorisation d'exploiter à E. pour le compte de la société D., afin de "*s'assurer que les précitées satisfont à toutes les conditions légales nécessaires à l'exploitation d'une entreprise de pompes funèbres, domaine particulièrement sensible pour le public*".
6. La médiation a eu lieu le 17 avril 2024, en présence de Me A. et de son stagiaire (requérants), de Mme Hana Sultan Warnier (responsable LIPAD du DIN) et de la Préposée adjointe.
7. A l'issue de celle-ci, il a été convenu d'accorder au DIN un délai échéant le 2 mai 2024 pour indiquer à Me A. si E. acceptait que les pièces de son dossier permettant de déterminer s'il réalisait la condition des cinq années d'expérience dans la branche soit transmises à ses clientes.
8. Le 15 mai 2024, la responsable LIPAD du DIN a fait savoir au demandeur que E. s'opposait à la communication sollicitée.

9. Par mail rédigé le jour suivant, la Préposée adjointe a fait savoir qu'elle considérait que la médiation n'avait pas abouti. Elle indiquait avoir transmis le dossier au Préposé cantonal pour recommandation.
10. Le 27 mai 2024, le Préposé cantonal a sollicité du DIN la consultation du dossier querellé.
11. Il a pu prendre connaissance de ce dernier le 12 juin 2014.

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

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: *"[l]a 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"* (MGC 2000 45/VIII 7676).
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).
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. 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).

20. 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).
21. 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.
22. 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).
23. 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).
24. L'institution peut notamment refuser de donner suite à une demande d'accès lorsque l'accès aux documents est propre à rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers (art. 26 al. 2 litt. f LIPAD). La lettre f a donné lieu à plusieurs arrêts de la Cour de justice afin de clarifier cette exception; exception qu'il ne faut cependant pas admettre trop facilement selon elle, "*sauf à priver de toute effectivité –vu que presque tous les documents détenus par l'administration contiennent des données concernant des tiers – la volonté du législateur de renverser, avec l'application de la LIPAD, le principe du secret de l'administration pour faire primer celui de la publicité (MGC 2000/VIII 7694)*" (ATA/560/2015 du 2 juin 2015).
25. Par données personnelles ou données, la LIPAD vise toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable (art. 4 litt. a LIPAD). Sont de même qualifiées de données personnelles sensibles, notamment, les données personnelles sur la santé, la sphère intime ou des sanctions pénales ou administratives (art. 4 litt. b ch. 2 et 4 LIPAD).
26. La Cour a précisé que "*l'exception au droit d'accès prévue à l'art. 26 al. 2 let. f LIPAD vise à ce que l'accès aux documents ne rende pas inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers. Ces restrictions légales-ci sont prévues à l'art. 39 LIPAD (ATA/758/2015 du 28 juillet 2015 consid. 9; ATA/767/2014 précité). La communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé est réglée par l'art. 39 al. 9 LIPAD*" (ATA/213/2016 du 8 mars 2016, consid. 7b). Ainsi, l'art. 26 al. 2 litt. f LIPAD renvoie à l'art. 39 al. 9 LIPAD s'agissant de la possibilité de divulguer à une personne de droit privé des documents contenant des données personnelles. Cette dernière disposition requiert l'existence d'un intérêt privé digne de protection du requérant, devant être mis en balance avec l'intérêt privé des personnes au sujet desquelles lesdites données sont traitées. Au demeurant, la LTrans ne connaît pas d'exception similaire. Son art. 7 al. 2 se réfère

uniquement à la notion de sphère privée, prévue en droit genevois par l'art. 26 al. 2 litt. g LIPAD.

27. Par exemple, à la suite d'une demande d'accès à une décision concernant une sanction administrative infligée à un médecin, la Cour de justice a considéré qu'il y avait un intérêt privé manifeste du médecin à ce que les sanctions disciplinaires le concernant, autres que celles publiées dans la FAO, ne soient pas dévoilées à des tiers et que cet intérêt s'opposait à la communication requise (ATA/767/2014 du 30 septembre 2014).
28. De plus, l'institution peut également refuser de donner suite à une demande d'accès lorsque celle-ci porte atteinte à la sphère privée ou familiale (art. 26 al. 2 litt. g LIPAD). Il faut, cependant, que l'atteinte à la sphère privée soit *notable*. Elle n'exclut donc pas automatiquement l'accès à tout document dès l'instant qu'il concernerait la sphère privée d'un tiers, mais elle requiert une pesée des intérêts en présence (MGC 2007-2008 XII A 14100).
29. 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). Dans les critères à prendre en considération dans le cadre de la pesée des intérêts, la jurisprudence et la doctrine mentionnent, notamment, la fonction de la personne considérée (par exemple, s'agit-il d'une personne publique ou non?) (voir notamment l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3609/2010 du 17 février 2011) et les conséquences d'une divulgation pour la personne concernée ou l'intérêt à la transparence (les enjeux politiques ou la protection d'un intérêt public) (Häner Isabelle, Basler Kommentar, 3^{ème} éd., Bâle, n°58-65 ad art. 7 LTrans).
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).
37. Selon l'art. 9A de la loi sur les cimetières du 20 septembre 1876 (LCim; RSGE K 1 65) relatif aux entreprises de pompes funèbres, "¹ L'exploitation d'une entreprise de pompes funèbres est soumise à l'obtention préalable d'une autorisation du département. ² L'autorisation d'exploiter est délivrée à condition que la personne physique responsable de l'entreprise : a) soit de nationalité suisse ou titulaire de l'autorisation nécessaire pour exercer une activité lucrative indépendante en Suisse; b) ait l'exercice des droits civils; c) offre, par ses antécédents et son comportement, toute garantie d'honorabilité concernant la sphère d'activité envisagée; d) justifie de sa solvabilité; e) soit au bénéfice d'une formation ou d'une expérience suffisante. ³ Le titulaire de l'autorisation et son personnel doivent exercer leur activité dans le respect des législations fédérale et cantonale ainsi que des règles et usages professionnels définis en concertation avec ces derniers avec une préoccupation sociale envers les familles ou les proches directs. Il est interdit aux entreprises de pompes funèbres ou à leurs employés d'offrir leurs services sur la voie publique et de démarcher à domicile. ⁴ L'autorisation d'exploiter doit être retirée lorsque les conditions de son octroi ne sont plus remplies. ⁵ En cas d'infraction à la loi, le département prononce, selon la gravité ou la réitération de l'infraction et sans préjudice de l'article 9B, les sanctions administratives suivantes : a) l'avertissement; b) la suspension de l'autorisation d'exploiter et l'interdiction d'exploiter toute autre entreprise de pompes funèbres pendant 1 à 12 mois; c) le retrait de l'autorisation d'exploiter et l'interdiction d'exploiter toute autre entreprise de pompes funèbres pour une durée de 1 à 10 ans. ⁶ Le Conseil d'Etat est habilité à préciser, par règlement, les exigences en matière de formation et d'expérience professionnelle prévues à l'alinéa 2, lettre e, ainsi que les règles et usages professionnels visés à l'alinéa 3".
38. Selon l'art. 24 du règlement d'exécution de la loi sur les cimetières du 16 juin 1956 (RCim ; RSGE K 1 65.01), "L'entrepreneur de pompes funèbres doit être au bénéfice d'un brevet fédéral d'entrepreneur/entrepreneuse de pompes funèbres délivré par le Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation, ou au bénéfice d'une expérience d'au moins 5 ans dans une entreprise de pompes funèbres".

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

39. Le Département des institutions et du numérique (DIN) est l'un des sept départements de l'administration cantonale (art. 1 al. 1 litt. c du règlement sur l'organisation de l'administration cantonale du 1^{er} juin 2023; ROAC; RSGe B 4 05.10). De la sorte, la LIPAD lui est applicable (art. 3 al. 1 litt. a).

40. L'objet de la présente recommandation concerne l'ensemble des documents composant le dossier d'autorisation d'exploiter délivrée à D., y compris l'autorisation d'exploiter.
41. A titre liminaire, le Préposé cantonal constate qu'en date du 14 février 2024, la responsable LIPAD du DIN a fait parvenir au requérant l'arrêté du ... autorisant E. à exploiter une entreprise de pompes funèbres pour le compte de la D., moyennant caviardage de l'adresse du précité.
42. Reste donc à examiner si, au regard de la LIPAD, le dossier complet peut être transmis au demandeur.
43. Le DIN s'y oppose, motif pris que le dossier comporte des données personnelles relevant de la sphère privée tant de la personne morale que de la personne physique concernée.
44. A cet égard, le Préposé cantonal constate effectivement que le dossier querellé contient des informations se rapportant tant à E. (personne physique) qu'à la société D. (personnes morales), soit des données personnelles au sens de l'art. 4 litt. a LIPAD.
45. En l'occurrence, l'art. 26 al. 2 litt. f LIPAD (qui vise à ce que l'accès aux documents ne rende pas inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers) renvoie à l'art. 39 al. 9 LIPAD s'agissant de la possibilité de divulguer à une personne de droit privé des documents contenant des données personnelles.
46. Cette dernière disposition requiert l'existence d'un intérêt privé digne de protection du requérant, devant être mis en balance avec l'intérêt privé des personnes au sujet desquelles lesdites données sont traitées.
47. Il convient de souligner que la Chambre administrative de la Cour de justice a estimé que l'intérêt privé à obtenir l'adresse d'une personne pour faire valoir ses droits en justice constitue un intérêt privé prépondérant au sens de la loi et du règlement qui l'emporte sur la protection de la sphère privée du recourant (ATA/819/2012 du 4 décembre 2012; voir également ATA/373/2014 du 20 mai 2014 et ATA/175/2019 du 26 février 2019). En revanche, dans une jurisprudence de 2014 (ATA 767/2014), la Cour de justice a considéré qu'il y avait un intérêt privé manifeste du médecin à ce que les sanctions disciplinaires le concernant, autres que celles publiées dans la FAO, ne soient pas dévoilées à des tiers et que cet intérêt s'opposait à la communication requise.
48. Dans le cas présent, le requérant explique désirer l'accès au dossier qui a conduit le Département à délivrer une autorisation d'exploiter à E. pour le compte de la société D., afin de *"s'assurer que les précités satisfont à toutes les conditions légales nécessaires à l'exploitation d'une entreprise de pompes funèbres, domaine particulièrement sensible pour le public"*.
49. En la matière, il appartient au DIN de délivrer l'autorisation d'exploitation d'une entreprise de pompes funèbres (art. 9A al. 1 LCim). Celle-ci est accordée si la personne physique responsable de l'entreprise: est de nationalité suisse ou titulaire de l'autorisation nécessaire pour exercer une activité lucrative indépendante en Suisse; possède l'exercice des droits civils; offre, par ses antécédents et son comportement, toute garantie d'honorabilité concernant la sphère d'activité envisagée; justifie de sa solvabilité; est au bénéfice d'une formation ou d'une

expérience suffisante (art. 9A al. 2 LCim). La dernière condition est remplie si l'entrepreneur de pompes funèbres est au bénéfice d'un brevet fédéral d'entrepreneur de pompes funèbres délivré par le Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation, ou au bénéfice d'une expérience d'au moins 5 ans dans une entreprise de pompes funèbres (art. 24 RCim).

50. Il appartient donc au Département de vérifier si les conditions requises pour obtenir une autorisation d'exploiter une entreprise de pompes funèbres sont remplies. Il ne serait pas admissible qu'une personne privée cherche à interférer dans un tel processus, sous peine d'empiéter sur une tâche étatique. Si tout un chacun demandait à vérifier les innombrables autorisations délivrées par l'Etat dans les divers domaines, cela reviendrait à remettre en question les tâches dévolues à l'Etat et paralyserait son activité.
51. De surcroît, le Préposé cantonal remarque que E. a expressément refusé que les pièces de son dossier permettant de déterminer s'il réalisait la condition des cinq années d'expérience dans la branche soient transmises.
52. Au demeurant, le demandeur a reçu le document principal du dossier, soit l'autorisation d'exploiter.
53. Ainsi, pour le Préposé cantonal, l'intérêt privé de E. et de la société D. apparaît comme prépondérant et s'oppose à la communication du dossier litigieux, en application de l'art. 26 al. 2 litt. f LIPAD.
54. En conséquence, le Préposé cantonal recommande au DIN de rejeter les prétentions du demandeur relatives à la LIPAD.

RECOMMANDATION

55. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande au Département des institutions et du numérique (DIN) de ne pas transmettre au requérant le dossier d'autorisation d'exploiter délivrée à D.
56. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le DIN doit rendre une décision sur la communication des documents considérés (art. 30 al. 5 LIPAD).
57. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à:
- Me A., ...
 - Mme Hana Sultan Warnier, responsable LIPAD, Département des institutions et du numérique (DIN), Secrétariat général, Direction juridique, rue de l'Hôtel-de-Ville 14, Case postale 3952, 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.

