



Demande d'accès aux échanges de correspondance entre le Conseil d'État et le conseil d'administration de l'IMAD, relatif à la rémunération de la directrice de cette dernière

Recommandation du 10 octobre 2024

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

1. Par courriel du 23 août 2024, X., journaliste, a requis la mise sur pied d'une médiation par le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après le Préposé cantonal).
2. A ce propos, il explique avoir sollicité du Conseil d'État, par courriel du 11 juillet 2024, l'accès à un courrier du 5 juillet 2023, adressé par le précité au conseil d'administration de l'Institution genevoise de maintien à domicile (ci-après IMAD), ainsi qu'à toute correspondance survenue en 2023 entre le gouvernement et l'IMAD au sujet de la rémunération de sa directrice, de même que les courriers adressés par l'IMAD au Conseil d'État, dans ce même contexte.
3. Dans son courrier recommandé du 22 août 2024 refusant de faire droit à la requête du journaliste, le Conseil d'État justifie sa position en invoquant les art. 26 al. 2 let. b, c et d à f et 27 al. 3 LIPAD.
4. Sur le principe, le Conseil d'État n'est pas opposé à transmettre les documents sollicités, caviardés toutefois des données personnelles dont la communication rendrait inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers.
5. Cependant, selon le Conseil d'État, les documents sollicités sont au cœur des négociations qu'il mène actuellement avec l'IMAD. Il est ainsi prématuré, à ce stade, de les transmettre. Selon lui, avant la résolution du différend, une transmission "*pourrait notamment entraver les positions de négociation du Conseil d'État, respectivement de l'IMAD, voire mettre en péril les intérêts patrimoniaux légitimes ou les droits immatériels d'une institution et compromettre le cas échéant l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par la loi et, au sens respectivement de l'article 26, alinéa 2, lettres b, c et d*".
6. Une rencontre de médiation a eu lieu le 17 septembre 2024, en présence de la Préposée cantonale adjointe, du requérant, de la Direction des affaires juridiques de la Chancellerie d'État (CHA) et du Département des finances, ressources humaines et affaires extérieures (DF). Elle n'a pas abouti.
7. Le même jour, les documents litigieux suivants ont été transmis au Préposé cantonal afin qu'il puisse rendre sa recommandation, soit:
 - une lettre recommandée émanant de l'IMAD, du 5 décembre 2022, adressée au Conseil d'État, concernant la "*[r]émunération de Y., Directrice générale*";
 - la réponse du Conseil d'État à ce recommandé, du 14 décembre 2022;
 - un courrier du 15 juin 2023, du Conseil d'État, adressé à l'IMAD, qui faisait suite à une séance de prise de contact du 7 juin 2023;

- un courrier du Conseil d'État, du 5 juillet 2023, adressé au président de l'IMAD;
 - un pli recommandé du 18 août 2023, émanant de l'IMAD, en réponse au courrier du 5 juillet 2023 susmentionné, qui inclut un avis de droit du Professeur Gabriel Aubert, sur la question de la rémunération de la directrice de l'IMAD, du 4 mai 2021;
 - la réponse du 27 septembre 2023, du Conseil d'État, au courrier du 18 août précité.
8. Par courriel du 19 septembre 2024, le responsable LIPAD du DF a complété son argumentation, en rapport avec le point presse du 3 juillet écoulé invoqué par le requérant, à l'occasion duquel le Conseil d'État a communiqué au sujet de la rémunération de la directrice générale de l'IMAD. A cet effet, le susnommé a relevé que *"[s]i le Conseil d'État a bel et bien communiqué le 3 juillet 2024 sur le sujet de la rémunération de la directrice générale de l'IMAD, au titre de la diffusion active des informations prévue à l'article 18 LIPAD, cela ne signifie pas pour autant que les documents demandés en lien avec le dossier sont devenus sitôt accessibles au public, au titre de la transparence, en particulier lorsqu'il est envisagé de prendre des décisions et/ou d'ouvrir des procédures pour rétablir une situation conforme au droit. Par ailleurs, dans l'hypothèse où l'utilisation des voies de droit s'avérerait nécessaire, l'article 26, alinéa 2, lettre e LIPAD trouverait également application, car sinon l'accès aux documents serait propre à rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives. En effet, ni les médias, ni le public n'ont accès aux pièces et écritures des parties à une procédure, quelle que soit la loi qui les met en œuvre (LPA, CPC et CPP). En amont d'éventuelles procédures et comme relevé dans la détermination du 8 août dernier de la Chancellerie à X., la défense des intérêts patrimoniaux légitimes des institutions, tant de l'IMAD que celles de l'État de Genève (art. 26 al. 2, let. b LIPAD), ainsi que de la défense de la position de négociation de ces derniers (art. 26 al. 2 let. c LIPAD), de même que concurrentement la préservation du cadre pour l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par la loi (art. 26 al. 2 let. d LIPAD), justifient de surseoir à la remise des documents demandés, le temps de la résolution du différend"*.
9. Par courriel du 20 septembre 2024 adressé au Préposé cantonal, le requérant s'est interrogé sur la suite formelle qu'il devait donner au courriel du DF. Il a expliqué que, quoi qu'il en soit, à son sens, ces observations n'apportaient pas véritablement de nouvel éclairage; il a donc, en tout état de cause, persisté dans sa vision de la situation, soit que l'obtention des courriers requis était à même d'éclairer le public sur la chronologie et les faits qui avaient conduit à cette situation entre l'État de Genève et l'IMAD, respectivement son conseil d'administration et sa directrice générale.
10. Par courriel du 23 septembre 2024, le Préposé cantonal a accusé réception du mail précité. Il a informé le requérant qu'un délai au 27 septembre 2024 lui était accordé s'il souhaitait encore apporter un complément d'information.
11. Le même jour, le demandeur a répondu au Préposé cantonal en ces termes: *"[n]'ayant pas le sentiment, à la lecture du message de Z., que de nouveaux arguments sont avancés, je renonce à formuler des observations complémentaires et demeure d'avis que ces documents peuvent être partagés et ne nuisent nullement à la position de négociation des parties (État, Imad et sa directrice générale), ni à d'éventuelles procédures judiciaires qui seraient initiées à l'avenir, dans la mesure où ces courriers sont connus de ces mêmes parties. Obtenir ces courriers permettrait, en suivant la chronologie des échanges entre l'Etat et l'Imad, de comprendre pourquoi les parties en sont arrivées à cette situation"*.

12. Il convient de relever que la présente demande intervient dans un contexte déjà relativement médiatisé, en relation avec la question des rémunérations versées aux directions générales des établissements publics genevois, notamment lors du point presse du Conseil d'État tenu le 3 juillet 2024.
13. A ce propos, le communiqué hebdomadaire du 3 juillet 2024 du Conseil d'État en la matière relevait ceci: "*[I]e contenu du rapport permet d'observer que les rémunérations versées en 2023 sont conformes au cadre normatif en vigueur, exception faite pour l'Institution genevoise de maintien à domicile (IMAD). Le Conseil d'État a constaté le versement d'indemnités à la directrice générale de l'établissement, soit 60'000 francs pour 2023 et, respectivement, 50'000 et 60'000 francs à titre rétroactif pour 2021 et 2022. Ces compléments de rémunération, qui ont été accordés par le précédent conseil d'administration de l'IMAD le 29 juin 2023, sont contraires au cadre normatif et à la volonté du Conseil d'État. Il sied de rappeler que le versement des indemnités avait été suspendu à l'issue du rapport n° 20-40 du service d'audit interne de l'État de décembre 2020. Sans ce versement, la rémunération de la personne en charge de la direction générale aurait été de 290'464 francs, au lieu des 460'464 comptabilisés en 2023. Le nouveau conseil d'administration, entré en fonction le 1^{er} février 2024, a immédiatement rétabli la conformité des rémunérations avec le cadre légal et les recommandations émises par le service d'audit interne. Le Conseil d'État, qui a pris connaissance de la situation à travers le présent rapport 2023, a prié le conseil d'administration de réclamer le remboursement des indemnités à l'intéressée. Il examinera l'opportunité d'agir par toutes voies de droit utiles"* (<https://www.ge.ch/document/communiqué-hebdomadaire-du-conseil-etat-du-3-juillet-2024>).

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

1. 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).
2. 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 let. a LIPAD).
3. A ce propos, l'exposé des motifs à l'appui du PL 8356 relève: "*[I]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).
4. 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).

5. 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.
6. 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).
7. 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).
8. 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).
9. 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).
10. 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).
11. 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).
12. 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.
13. Tel est notamment le cas si l'accès au document est susceptible d'entraver notablement le processus décisionnel ou la position de négociation d'une institution (art. 26 al. 2 let. c LIPAD). Le but du législateur avec cette disposition est, d'une part, de préserver la faculté des institutions de réfléchir, de consulter, de rédiger plusieurs projets avant d'arrêter leur choix et de limiter de la sorte le refus d'accès aux documents relatifs à une décision en préparation au cas où une telle communication serait de nature à entraver notablement le processus décisionnel. D'autre part, il sied que la communication de documents "*ne compromette pas des négociations en cours, que ce soit sur un plan purement politique (par exemple dans le cadre de discussions avec les représentants de la fonction publique), sur le plan de relations avec d'autres institutions ou collectivités publiques, sur le plan de relations de droit public (par exemple en matière d'octroi de concessions) ou encore sur le plan de relations contractuelles soumises au droit privé*" (MGC 2000 45/VIII 7696).

14. Cette exception à la transparence a été invoquée à diverses reprises par des institutions publiques genevoises, de sorte que la jurisprudence a pu en préciser les contours. Le Tribunal administratif a retenu que le fait que l'émetteur du rapport n'ait plus la maîtrise du processus décisionnel, entièrement concentré dans les mains du destinataire et que le rapport date de plus de deux ans sans qu'une décision n'ait été prise à son sujet, sont des éléments plaidant en faveur de la publicité dudit rapport, car on ne voit pas quel processus décisionnel pourrait être entravé par sa remise. Il a ajouté que "*l'idée du législateur est d'éviter que l'administration soit mise sous une pression publique trop forte qui l'empêcherait ainsi de se forger une opinion en toute objectivité et sérénité*", ce qui n'était pas le cas en l'espèce (ATA/647/2007 du 18 décembre 2007). Dans le même sens, la Cour de justice a considéré qu'une large diffusion d'un rapport du service du contrôle financier, une fois les premières mesures mises en œuvre, serait de nature à faciliter l'application des recommandations admises par le Conseil administratif (ATA/427/2020 du 30 avril 2020). En outre, dans un arrêt portant sur deux extraits du procès-verbal du Conseil administratif relatifs au contenu des dispositions prises par le Conseil administratif dans le domaine du contrôle du contenu des affiches apposées sur le domaine public de la Ville de Genève, la Cour n'a pas retenu l'exception de l'entrave au processus décisionnel. En effet, ces extraits ne donnaient aucune indication sur la façon dont les magistrats de la ville ont été amenés à arrêter les critères, ni d'indication sur la position adoptée par l'un ou l'autre des membres de l'autorité collégiale et ne faisaient que donner le résultat du processus décisionnel, de manière objective (ATA/1099/2017 du 18 juillet 2017).
15. Dans certaines affaires toutefois, la Chambre administrative de la Cour de justice a retenu le bien-fondé de l'exception soulevée par les institutions publiques. Par exemple, après avoir examiné un contrat et ses annexes entre les SIG et une société, elle a considéré que les citoyens avaient le droit de prendre connaissance des contrats qui n'avaient plus qu'une valeur historique, mais que certaines annexes contenant des indications sur le potentiel énergétique des sites concernés étaient susceptibles de divulguer des données couvertes par le secret d'affaires, d'avantager des concurrents, d'affaiblir la position des SIG dans ses négociations avec des partenaires potentiels, et partant, tombaient sous le coup de l'exception prévue par l'art. 26 al. 2 litt. c LIPAD. Les SIG étaient ainsi en droit de refuser la transmission de ces deux documents pour cette raison (ATA/560/2015 du 2 juin 2015).
16. Selon l'art. 26 al. 2 let. d et e LIPAD, sont soustraits au droit d'accès les documents qui sont de nature à compromettre l'ouverture, le déroulement, ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par la loi ou à rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives. Ces deux dispositions établissent le lien entre la LIPAD et, principalement, les lois de procédure.
17. Sont également soustraits au droit d'accès les documents qui pourraient mettre en péril les intérêts patrimoniaux légitimes ou les droits immatériels d'une institution (art. 26 al. 2 let. b LIPAD).
18. A ce propos, le Préposé cantonal constate qu'il y a peu de doctrine ou jurisprudence en la matière. Il relève toutefois qu'en 2006, le Tribunal fédéral a confirmé son analyse et celle de la Cour de justice en regard d'une demande d'accès à l'annexe d'une convention portant sur la mise à disposition, par la Fondation, à la Ville, d'une collection d'objets d'art dans le but qu'ils soient exposés dans un musée municipal. Dans ce cas, il était prévu que la propriété de la collection reste en mains privées, soit celles de la Fondation ou de son fondateur, et leur nombre pouvait fluctuer au gré des années. La Cour de justice avait pris en considération l'intérêt privé de la Fondation ou du propriétaire des objets d'art à ne pas voir divulguer des renseignements

sur les caractéristiques, le nombre et la valeur des objets qu'elle mettrait à disposition du musée au fil des années, susceptibles de servir des intérêts malveillants. Elle a considéré que, face à cela, *"on ne voyait pas quel intérêt public à la divulgation de ces éléments pourrait être prépondérant et imposerait de les rendre accessibles"*. Elle en a déduit que *"c'était à juste titre qu'en application de l'art. 26 al. 2 let. b LIPAD, la Ville avait refusé de transmettre l'annexe litigieuse, conformément à ce que préconisait la Préposée, ceci par principe et sans qu'il y ait lieu de traiter la question au regard du contenu concret de ladite annexe"*. Pour le Tribunal fédéral, la Cour de justice avait procédé à une pesée des intérêts concrète de laquelle il ressortait que les intérêts privés patrimoniaux de la Fondation l'emportaient sur l'intérêt public à la transparence de l'information. Notre Haute Cour a rappelé que *"les intérêts privés pris en compte par l'instance précédente sont ceux de la Fondation ou du propriétaire des objets d'art à ne pas voir divulguer des renseignements sur les caractéristiques, le nombre et la valeur des objets mis à disposition du musée au fil des années, susceptibles de servir des intérêts malveillants"*. Pour le Tribunal fédéral, les éléments pris en considération par l'instance précédente étaient *"suffisamment concrets pour être pris en considération dans la pesée des intérêts, sans qu'il soit nécessaire d'avoir connaissance du contenu exact du contrat d'assurance"*. L'exception prévue à l'art. 26 al. 2 let. b LIPAD n'avait donc pas été appliquée de manière arbitraire par la Cour de justice (arrêt du Tribunal fédéral du 7 décembre 2011, consid. 2.2.2. et 3.4).

19. Conformément à l'art. 26 al. 2 let. f LIPAD, l'accès aux documents peut être refusé s'il est propre à rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers. Cette lettre constitue un renvoi à l'art. 39 al. 9 LIPAD (ATA/758/2015 du 28 juillet 2005 consid. 9b; ATA/767/2014 du 30 septembre 2014 consid. 3c; ATA/919/2014 du 25 novembre 2014 consid. 4b). Or, selon l'art. 39 al. 9 LIPAD, la communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé n'est possible, alternativement, que si une loi ou un règlement le prévoit explicitement (let. a) ou qu'un intérêt privé digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose (let. b). Selon l'exposé des motifs relatif au PL 8356: *"La lettre f coordonne quant à elle l'application de la LIPAD avec la législation (au sens large) sur la protection des données personnelles, dont l'application est d'ailleurs également réservée par l'article 2, alinéa 4 LIPAD"* (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII 7697).
20. 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).
21. De même, lorsque l'obstacle à la communication d'un document a un caractère temporaire, l'accès au document doit être différé jusqu'au terme susceptible d'être précisé plutôt que simplement refusé (art. 27 al. 3 LIPAD).
22. 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.
23. 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).

24. 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).
25. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
26. 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).
27. Le Préposé cantonal et la Préposée cantonale 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.

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

28. A teneur de l'art. 1 al. 1 de la loi sur l'institution genevoise de maintien à domicile du 18 mars 2011 (LIMAD; RSGe K 1 07), l'IMAD est un établissement de droit public autonome. De la sorte, elle est soumise à la LIPAD, conformément à son art. 3 al. 1 litt. c.
29. Le requérant sollicite l'accès à un courrier du 5 juillet 2023 adressé par le Conseil d'État, au conseil d'administration de l'IMAD ainsi qu'à toute correspondance survenue en 2023 entre le gouvernement et l'IMAD au sujet de la rémunération de sa directrice, de même que les courriers adressés par l'IMAD au Conseil d'État, dans ce même contexte.
30. Le Préposé cantonal constate que, sur le principe, le Conseil d'État n'est pas opposé à transmettre les documents sollicités, caviardés des données personnelles dont la communication rendrait inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers. Au vu de la situation cependant, le Conseil d'État estime qu'une telle transmission est prématurée, car les documents sollicités sont au cœur des négociations qu'il mène actuellement avec l'IMAD et qu'avant la résolution du différend, elle *"pourrait notamment entraver les positions de négociation du Conseil d'État, respectivement de l'IMAD, voire mettre en péril les intérêts patrimoniaux légitimes ou les droits immatériels d'une institution et compromettre le cas échéant l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par la loi et, au sens respectivement de l'article 26, alinéa 2, lettres b, c et d"*.
31. Le Préposé cantonal relève qu'au titre de la transparence active des informations prévue à l'art. 18 LIPAD, le Conseil d'État, dans un communiqué de presse du 3 juillet 2024, a informé le public de la question des rémunérations versées aux directions générales des établissements publics genevois. Cela démontre la volonté du gouvernement de communiquer sur un sujet d'intérêt général, favorisant ainsi la libre forma-

tion de l'opinion et la participation à la vie publique, conformément à l'un des deux buts de la loi (art. 1 al. 2 let. a LIPAD).

32. Le Préposé cantonal prend néanmoins note que le Conseil d'État juge qu'actuellement, la remise des documents querellés serait susceptible d'entraver notablement son processus décisionnel ou sa position de négociation (art. 26 al. 2 let. c LIPAD), à tout le moins jusqu'à l'issue desdites négociations.
33. A cet égard, il sied de constater que le premier document querellé remonte à presque deux ans. Cependant, il fait partie d'un tout, dont le dernier écrit date du 27 septembre 2023. Ces documents s'inscrivent tous dans un contexte de négociations en cours, engagées dans un cadre strictement confidentiel. Pour le Préposé cantonal, la révélation de certains éléments des documents requis, notamment techniques et juridiques, pourrait effectivement mettre les parties en cause, tant le Conseil d'État que l'IMAD, sous pression et, de la sorte, entraver le processus décisionnel. Ainsi, il sied de retenir un intérêt public prépondérant au maintien secret des documents requis à ce jour. Dès lors, l'exception prévue à l'art. 26 al. 2 let. c LIPAD trouve application.
34. Le Préposé cantonal relève toutefois le caractère temporaire de l'obstacle à la communication, au sens de l'art. 27 al. 3 LIPAD. Le Conseil d'État lui-même n'est d'ailleurs pas opposé, sur le principe, à une transmission des documents querellés. En l'occurrence, s'il est délicat d'établir le terme susceptible de l'aboutissement des négociations en cours, l'on peut retenir que l'exception prévue par l'art. 26 al. 2 let. c LIPAD ne s'opposera plus à ce que les documents litigieux soient rendus publics au plus tard lors de l'aboutissement desdites négociations, pour autant qu'aucune procédure judiciaire ne soit alors ouverte, en fonction de l'issue de celles-ci.
35. Il sied encore d'examiner si les autres exceptions invoquées par le Conseil d'État s'opposent à la publicité des documents, lorsque les négociations auront abouti.
36. S'agissant de l'argument selon lequel la mise à disposition des documents demandés serait de nature à compromettre l'ouverture, le déroulement, ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par la loi ou à rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives, la présente autorité constate qu'aucune procédure n'est actuellement en cours à sa connaissance; les seules mentions en la matière sont des possibilités évoquées dans des hypothèses abstraites, notamment lors du communiqué de presse du Conseil d'État du 3 juillet 2024. Le Préposé cantonal estime donc que l'art. 26 al. 2 let. d et e LIPAD ne trouve pas à s'appliquer ici.
37. Enfin, quant à la question d'un accès qui pourrait mettre en péril les intérêts patrimoniaux légitimes ou les droits immatériels d'une institution (art. 26 al. 2 let. b LIPAD), le Préposé cantonal, au vu de la jurisprudence précitée et de la situation d'espèce, ne voit pas quels intérêts patrimoniaux seraient mis en péril en l'occurrence.

RECOMMANDATION

38. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande au Conseil d'État de refuser l'accès au courrier du 5 juillet 2023 adressé par le deuxième cité, au conseil d'administration de l'IMAD ainsi qu'à toute correspondance survenue en 2023 entre le gouvernement et l'IMAD au sujet de la rémunération de sa directrice, de même

que les courriers adressés par l'IMAD au Conseil d'État, dans ce même contexte, jusqu'à l'aboutissement des négociations en cours, pour autant qu'aucune procédure judiciaire ne soit alors ouverte, en fonction de l'issue de celles-ci.

39. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation le Conseil d'État doit rendre une décision sur la communication des documents considérés (art. 30 al. 5 LIPAD).

40. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à :

- X., journaliste, ...

- Chancellerie d'État (CHA), Direction des affaires juridiques, rue de l'Hôtel-de-Ville 2, Case postale 3964, 1211 Genève 3

- Département des finances, ressources humaines et affaires extérieures (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 de bien vouloir le tenir informé de la suite donnée à la présente recommandation en lui faisant parvenir une copie de sa décision.
--