



Demande d'accès formulée par Me A. pour le compte de Mme B. au Secrétariat des Fondations immobilières de droit public (SFIDP) concernant deux rapports de l'entreprise C.

Recommandation du 5 juin 2019

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

1. Par courriel du 21 mars 2019, Me A., agissant pour le compte de Mme B., a adressé au Préposé cantonal une requête en médiation selon l'art. 30 LIPAD.
2. Cette requête faisait suite au refus du Secrétariat des Fondations immobilières de droit public (SFIDP), daté du 11 mars 2019, de lui transmettre deux rapports de l'entreprise de ventilation C. des 21 septembre 2016 et 4 octobre 2016.
3. Ces documents avaient été demandés le 23 novembre 2018 au Préposé cantonal par la précitée.
4. Le 27 novembre, la Préposée adjointe a transmis la requête au SFIDP par courrier électronique.
5. Par mail du 1^{er} février 2019 adressé au Préposé cantonal, la requérante a fait savoir qu'elle n'avait toujours pas obtenu de réponse de la part du SFIDP.
6. Le 4 février 2019, le Préposé cantonal a relancé par courriel le SFIDP, rappelant que l'art. 28 al. 2 LIPAD exige que l'institution publique traite rapidement les demandes d'accès.
7. Le 7 février 2019, par courrier électronique, Mme E., responsable LIPAD du SFIDP, a répondu à la requérante qu'elle n'avait pas reçu sa demande initiale et qu'il lui fallait plus de détails pour identifier les documents en cause.
8. Le 14 février 2019, Me A., par l'entremise de son stagiaire, a fait savoir par mail à Mme E. qu'il s'agissait de deux rapports de l'entreprise de ventilation C. des 21 septembre 2016 et 4 octobre 2016.
9. Le jour suivant, cette dernière a répondu qu'un accord de médiation daté du 28 août 2017 ayant été signé, elle ne comprenait pas cette nouvelle demande.
10. Le 22 février 2019, Mme B. a envoyé un courrier électronique la responsable LIPAD du SFIDP, précisant qu'il s'agissait de documents autres que ceux ayant abouti à un accord de médiation.
11. Le 26 février 2019, le Préposé cantonal a écrit par courriel à Mme E. afin qu'elle se détermine.
12. Le 11 mars 2019, cette dernière a écrit à l'autorité, avec copie au conseil de la susnommée, que *"ces rapports contiennent des éléments intimement privés d'un autre locataire, en particulier des photos de son appartement. Dans la mesure où ce locataire nous a formellement interdit de transmettre ces éléments et qu'aucun intérêt prépondérant de Madame B. ne justifie que nous donnions suite à sa demande, nous*

maintenons notre position et refusons de transmettre tant le rapport du 21 septembre 2016 que celui du 4 octobre 2016".

13. La médiation a eu lieu le 7 mai 2019. Elle n'a pas abouti.
14. Le 14 mai 2019, Mme E. a transmis les documents querellés au Préposé cantonal. Elle indique notamment dans son message électronique: *"Comme je vous l'ai indiqué par téléphone, le rapport du 21 septembre 2019 n'existe plus. En effet, il était incomplet et suite à notre demande, l'entreprise nous a transmis le rapport du 4 octobre 2016. Par ailleurs, s'agissant du motif de refus de la Fondation HBM Emma Kammacher de transmettre ces documents, celui-ci est basé sur les faits suivants: les deux rapports illustrent l'état de l'appartement d'un locataire du 1er étage et ne sont pas très élogieux à son égard dans leur contenu; le locataire en question, sous la plume de son avocat, nous a interdit de transmettre ces rapports; le locataire a cessé son activité commerciale (fabrication de chanvre légal) dans son logement en mai 2017. Les rapports ne contiennent aucun élément qui pourrait être utile à Mme B. (elle souhaite identifier les produits utilisés par le locataire pour déterminer si elle a été empoisonnée, alors que son appartement se trouve au 3^{ème} étage et que la ventilation n'est pas commune). En l'occurrence, nous considérons que l'intérêt du locataire concerné au maintien de sa vie privée l'emporte sur l'intérêt de Madame B. d'avoir accès à un rapport qui ne contient aucun élément lui étant utile. En effet, les photos ne permettent pas d'identifier des produits toxiques qui auraient été utilisés et qui auraient pu empoisonner Madame B. Par conséquent, à notre sens l'art. 26 LIPAD s'applique en l'espèce".*

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

15. 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 (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII 7671 ss).
16. 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).
17. 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".*
18. En 2008, la loi a fait l'objet d'une révision importante. Au volet relatif à la transparence, le domaine de la protection des données personnelles a été ajouté. A ce titre, la loi a pour but de *"protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant"* (art. 1 al. 2 litt. b LIPAD). Dans cette autre matière, la loi *"tend d'abord à favoriser le confinement des informations susceptibles de porter atteinte à la personnalité"*

(Rapport de la Commission judiciaire et de la police chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat sur la protection des données personnelles (LPDP) (A 2 12) PL 9870-A, p. 5).

19. 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).
20. 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.
21. 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).
22. 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).
23. 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).
24. 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).
25. 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.
26. L'art. 26 al. 2 litt. g LIPAD envisage le cas d'un accès propre à porter atteinte à la sphère privée ou familiale. Selon l'exposé des motifs relatif à l'avant-projet (PL 8356): *"En complément aux autres exceptions énumérées à l'alinéa 2, la lettre g établit une exception au droit d'accès aux documents lorsque celui-ci impliquerait une atteinte notable à la sphère privée, qui peut être celle d'administrés ou d'institutions. Cette disposition n'exclut donc pas automatiquement l'accès à tout document dès l'instant qu'il concernerait la sphère privée d'un tiers ; elle requiert une pesée des intérêts en présence. Par exemple, un avocat mandaté par une institution doit s'attendre à ce que le montant des honoraires qu'il perçoit du chef de ce mandat soit le cas échéant communiqué à des tiers, dès lors qu'il s'agit de l'utilisation des ressources d'institutions chargées de l'accomplissement de tâches de droit public, bien que cette information concerne sa sphère privée économique"*.
27. 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).

28. 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.
29. 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. Enfin, 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).
30. 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).
31. S'agissant des parties à la médiation, il y a toujours d'un côté une institution publique cantonale ou communale genevoise, soit l'entité auprès de laquelle l'accès au document est sollicité, et de l'autre le demandeur.
32. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
33. 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).
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.

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

35. A teneur de l'art. 14F al. 1 de la loi générale sur le logement et la protection des locataires du 4 décembre 1977 (LGL; RSGe I 4 05), le Secrétariat des Fondations immobilières de droit public (SFIDP) est constitué sous forme d'un établissement public. De la sorte, il est soumis à la LIPAD, conformément à son art. 3 al. 1 litt. c.
36. La présente requête vise l'accès à deux rapports d'une entreprise de ventilation datés des 21 septembre 2016 et 4 octobre 2016. Il apparaît qu'un rapport de synthèse a également été établi le 20 décembre 2016. Il en sera également question dans l'appréciation ci-dessous.
37. Sans rien dévoiler du contenu, le Préposé cantonal remarque que les documents querellés contiennent principalement des photos d'un appartement, accompagnées de quelques commentaires. Le premier document mentionne un rapport de passage, lequel a été caviardé par le SFIDP.

38. Le Tribunal fédéral a précisé la notion de données personnelles dans l'arrêt Google Street View: une personne est identifiable lorsque son identité peut être élucidée d'après les circonstances, c'est-à-dire d'après le contexte de l'information ou sur la base d'informations supplémentaires (par exemple lorsque l'identité d'un propriétaire peut être déterminée à partir d'informations sur ses biens-fonds: ATF 138 II 346 c. 6.1 *in* JT 2013 I 71). Il en déduit que des données personnelles peuvent être présentes sur certaines images même lorsqu'aucune personne n'est représentée, ce qui est le cas lorsque des images d'habitation permettent d'opérer un rapprochement avec l'adresse du domicile d'une personne déterminée, permettant des déductions sur la situation concrète des résidents d'un bâtiment; ainsi, des images de jardins, cours, balcons privés et façades de maisons avec vue sur des locaux d'habitation sont également des données personnelles (ATF 138 II 346, cons. 6.3 *in* JT 2013 I 71).
39. Présentement, aucune personne n'est représentée sur les clichés composant les deux documents. Cependant, pour le Préposé cantonal, certaines de ces nombreuses photos, en ce qu'elles montrent les locaux d'habitation, offrent la possibilité d'identifier la situation concrète du locataire, de même que les commentaires les accompagnant. Elles doivent donc être considérées comme des données personnelles au sens de l'art. 4 litt. a LIPAD.
40. L'objection à l'accès soulevée par le SFIDP a trait au fait que les documents tomberaient sous le coup de l'exception de l'art. 26 al. 2 litt. g LIPAD (atteinte à la sphère privée).
41. La disposition requiert une pesée des intérêts en présence. A la différence de l'exemple mentionné au point 26 *supra*, il ne s'agit pas de documents ayant trait à l'activité d'une institution publique, comme le reconnaît d'ailleurs Me A. dans son courriel du 21 mars 2019. Ce dernier y évoque une demande d'accès d'ordre médical, relatif à la santé de sa cliente. Le Préposé cantonal a bien compris que cette dernière souhaite identifier les produits utilisés par le locataire, qui est son voisin, pour déterminer s'ils ont pu avoir un impact sur sa santé. Il constate toutefois, outre le fait que les rapports datent de plus de deux ans et demi, qu'ils ne permettent pas d'identifier des produits toxiques qui auraient été utilisés. Il n'y a donc pas lieu de s'écarter des affirmations énoncées par Mme E. dans son mail du 14 mai 2019. En conséquence, le Préposé cantonal est d'avis que l'intérêt du locataire concerné au maintien de sa sphère privée l'emporte sur l'intérêt de Mme B. aux rapports querellés. Au surplus, le locataire s'est fermement opposé à cette transmission.
42. De plus, quand bien même une demande d'accès n'a pas à être motivée (art. 28 al. 1 LIPAD), il convient de rappeler le but de la LIPAD, soit "*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*", comme le relève l'exposé des motifs relatif à l'avant-projet (PL 8356).
43. Dans le présent cas, le Préposé cantonal estime qu'octroyer l'accès aux documents querellés au titre de la transparence passive constituerait un détournement du but de la loi. Au surplus, la LIPAD n'a pas vocation à régler des problèmes entre privés.

44. Il convient de mentionner finalement les dispositions relatives à l'accès à ses propres données personnelles: le droit d'accès aux données personnelles institué par l'art. 44 al. 1 LIPAD traite de la possibilité pour une personne de demander au responsable de l'institution publique requise si des données la concernant sont traitées et, le cas échéant, que soient communiquées: "*a) toutes les données la concernant contenues dans un fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données; b) sur demande, les informations relatives au fichier considéré contenues dans le catalogue des fichiers*" (art. 44 al. 2 LIPAD).
45. A la forme, l'art. 45 LIPAD prévoit que "*la communication de ces données et informations doit être faite sous une forme intelligible et, en règle générale, par écrit et gratuitement*".
46. L'art. 46 al. 2 LIPAD précise qu'un accès partiel ou différé doit être préféré à un refus d'accès dans la mesure où l'intérêt public ou privé opposé reste sauvegardé.
47. L'art. 47 LIPAD détermine, par ailleurs, les prétentions que toute personne physique ou morale de droit privé peut exiger des institutions publiques à propos des données la concernant, soit qu'elles s'abstiennent de procéder à un traitement illicite, le cas échéant qu'elles mettent fin à un tel traitement et en suppriment les effets, ou qu'elles constatent le caractère illicite de ce traitement, qu'elles détruisent celles qui ne sont pas pertinentes ou nécessaires (sauf disposition légale contraire), rectifient, complètent ou mettent à jour celles qui sont respectivement inexactes, incomplètes ou dépassées, ou fassent figurer, en regard de celles dont ni l'exactitude ni l'inexactitude ne peuvent être prouvées, une mention appropriée, à transmettre également lors de leur communication éventuelle.
48. La lecture du rapport du 20 décembre 2016 fait apparaître des photos de l'appartement de la requérante, ainsi que des passages mentionnant son nom, soit des données personnelles au sens de l'art. 4 litt. a LIPAD.
49. Conformément à l'art. 44 LIPAD, la requérante a droit à obtenir l'accès à ses données personnelles contenues dans le document querellé.
50. Outre les données personnelles de cette dernière, il convient de relever que les données d'autres personnes sont également concernées. Conformément à l'art. 46 LIPAD, un caviardage permettant de préserver suffisamment l'intérêt privé de ces personnes devra être effectué par le SFIDP.

RECOMMANDATION

51. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande au Secrétariat des Fondations immobilières de droit public (SFIDP) de:
- maintenir son refus de transmettre à la requérante le rapport de l'entreprise C. daté du 4 octobre 2016;
 - transmettre à la requérante ses données personnelles contenues dans le rapport de l'entreprise C. daté du 20 décembre 2016, à l'exception des autres données personnelles.

52. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le SFIDP doit rendre une décision sur la communication du document considéré (art. 30 al. 5 LIPAD).

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

- Me A., [REDACTED]
- Mme E., Responsable LIPAD du SFIDP, Rue Gourgas 23^{bis}, Case postale 12, 1205 Genève

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.