



Demande d'accès formulée par Me X à la Chancellerie d'Etat concernant tout document traitant de la question de la compatibilité au droit du refus d'admettre la scolarisation à Genève d'enfants frontaliers

Recommandation du 29 avril 2019

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

1. Par courrier du 21 mars 2019, anticipé par courriel, Me X, agissant pour le compte du Y et de Z, a adressé au Préposé cantonal une requête en médiation selon l'art. 30 LIPAD.
2. Cette requête faisait suite au refus de la Chancellerie d'Etat de lui transmettre les documents sollicités le 26 février 2019, à savoir: tout document (avis de droit notamment) traitant de la question de la compatibilité au droit, notamment européen, du refus d'admettre la scolarisation à Genève d'enfants frontaliers.
3. Par courrier du 19 mars 2019, la Chancellerie d'Etat a fait savoir à Me X que sa demande "*sera traitée comme portant spécifiquement sur un avis de droit dont la presse a fait état le 27 février 2019*".
4. Elle a considéré que le document sollicité était soustrait au droit d'accès conformément à l'art. 26 al. 3 LIPAD, s'agissant d'un document échangé entre les membres du Conseil d'Etat.
5. La médiation a eu lieu le 8 avril 2019. Elle n'a pas abouti.
6. Le 10 avril 2019, la Chancellerie d'Etat a transmis l'avis de droit dont il est question à la Préposée adjointe.

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

7. 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).
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. 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).

10. 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).
11. 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.
12. 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).
13. 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).
14. 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).
15. 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).
16. 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.
17. La démonstration de l'existence d'une exception revient à l'institution publique qui l'invoque (ATA 647/2001, consid. 6a).
18. Sont notamment soustraites au droit d'accès institué par la LIPAD "*les notes échangées entre les membres d'une autorité collégiale ou entre ces derniers et leurs collaborateurs*" (art. 26 al. 3 LIPAD).
19. L'art. 7 al. 3 litt. b LIPAD précise qu'il faut notamment comprendre par là les notes, avis de droit, correspondances, courriels, rapports et autres écrits échangés "*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*". L'exposé des motifs relatif à l'avant-projet (PL 8356) note à ce propos: "*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. Il s'agit 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. 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".

20. Selon le Tribunal fédéral, au sujet d'un rapport commandé par le Conseil administratif de la Ville de Genève établi par des mandataires externes, le but de l'art. 26 al. 3 LIPAD *"étant de préserver le processus décisionnel et le principe de collégialité, 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 29 novembre 2016, 1C_277/2016, consid. 3.5).
21. En outre, l'exception de l'art. 26 al. 3 LIPAD s'applique aussi longtemps que le message n'a pas été transmis à l'extérieur de l'autorité collégiale (ATA/195/2010) ou qu'il s'agit de documents qui s'inscrivent dans le cadre des rapports qu'entretient une autorité collégiale avec ses collaborateurs dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives (ATA/295/2010).
22. 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).
23. 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.
24. 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 LIPAD).
25. 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).
26. S'agissant des parties à la médiation, il y a 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.

27. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
28. 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).
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.

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

30. Conformément à l'art. 3, al. 1 litt. a LIPAD, le Conseil d'Etat est soumis à la LIPAD; la Chancellerie d'Etat étant placée sous l'autorité du département présidentiel selon l'art. 1, al. 2 du Règlement sur l'organisation de l'administration cantonale (ROAC; RSGe B 4 05.10), du 1^{er} juin 2018, la LIPAD lui est donc également applicable.
31. La présente requête vise l'accès à un avis de droit concernant la question de la compatibilité au droit, notamment européen, du refus d'admettre la scolarisation à Genève d'enfants frontaliers.
32. L'objection à l'accès soulevée par la Chancellerie d'Etat a trait au fait que le document en question est un avis de droit qui a été échangé au sein du Conseil d'Etat et qu'il tomberait sous le coup de l'exception de l'art. 26 al. 3 LIPAD.
33. Dans le cas d'espèce, la Préposée cantonale a constaté que l'avis de droit dont il est question a été demandé à un mandataire extérieur à l'administration.
34. Ce cas de figure se distingue de celui d'un arrêt du 4 mai 2010 (ATA/295/2010), affaire dans laquelle les avis de droit avaient été établis par la direction des affaires juridiques de la Chancellerie d'Etat à l'attention du Gouvernement. Le Tribunal administratif avait relevé, s'agissant de ces documents: "*Le premier d'entre eux (annexe 1) a été rédigé en vue d'une séance future de cette autorité, dont la date est mentionnée dans le document. Le deuxième (annexe 2) contient certaines recommandations à l'attention du Conseil d'Etat qui est expressément désigné dans le texte comme son destinataire. Ils 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'article 26 al. 3 LIPAD*" (cons. 7).
35. L'art. 7 al. 3 LIPAD prévoit également de soustraire au droit d'accès les avis de droit 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*". Ainsi, un avis de droit interne à l'administration peut être soustrait au droit d'accès conformément aux art. 26 al.3 LIPAD et 7 al. 3 RIPAD.

36. Le cas présent est différent, puisqu'il s'agit d'un avis de droit émis par un mandataire externe à l'administration.
37. Il s'apparente au cas qui a fait l'objet de l'arrêt du Tribunal fédéral du 29 novembre 2016 (1C_277/2016), concernant un rapport établi par des mandataires externes, commandé par le Conseil administratif de la Ville de Genève. Le Tribunal fédéral avait considéré que *"le rapport ne reflète en rien l'opinion d'un membre de l'exécutif ou d'un service intéressé: il a pour but de proposer une vision intégrée de la fonction RH et a le caractère d'une expertise externe adressée à l'ensemble du Conseil administratif. Il a certes circulé au sein de l'exécutif et de l'administration, dans la perspective d'une réorganisation de la fonction RH, mais cela ne suffit manifestement pas, comme cela est relevé ci-dessus, pour le soustraire au droit d'accès. Tout au plus ce document constitue-t-il une annexe à l'appui des propositions faites dans le cadre de l'administration. Sa production ne révélerait cependant absolument rien sur le processus de décision qui s'en est suivi et sur les opinions qui ont pu être formulées dans ce cadre. Il n'y a aucune atteinte possible au processus décisionnel (lequel a d'ailleurs déjà pris fin), ni au principe de collégialité"* (consid. 3.5).
38. Cette argumentation peut être reprise s'agissant de l'avis de droit demandé présentement.
39. Au vu de ce qui précède, il convient de recommander que la Chancellerie d'Etat communique à Me X l'avis de droit traitant la question de la compatibilité au droit, notamment européen, du refus d'admettre la scolarisation à Genève d'enfants frontaliers. Les rares données personnelles y figurant peuvent être facilement caviardées, sans que le contenu informationnel du document ne s'en trouve déformé.

RECOMMANDATION

40. Au vu de ce qui précède, la Préposée adjointe recommande à la Chancellerie d'Etat de transmettre au requérant l'avis de droit traitant la question de la compatibilité au droit, notamment européen, du refus d'admettre la scolarisation à Genève d'enfants frontaliers, après caviardage des données personnelles y figurant.
41. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, la Chancellerie d'Etat doit rendre une décision sur la communication du document considéré (art. 30 al. 5 LIPAD).
42. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à :
- Me X
 - M.A, Directeur de la direction des affaires juridiques de la Chancellerie d'Etat, rue Henri-Fazy 2, 1204 Genève

Joséphine Boillat
Préposée adjointe

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.