



Demande d'accès de X. à l'Aéroport international de Genève de procès-verbaux de délibérations dans le cadre de marchés publics

Recommandation du 22 août 2018

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

1. Le 23 mai 2018, X., responsable de la rédaction genevoise au journal Y., a adressé une demande d'accès à divers documents auprès de Z., Directeur général de l'Aéroport international de Genève (AIG).
2. Par courrier du 28 mai 2018, A., secrétaire générale et affaires juridiques et responsable LIPAD, ainsi que B., Présidente du Conseil d'administration de l'AIG, ont répondu que celui-ci n'est pas autorisé à communiquer les documents sollicités aux motifs que:
 - Les séances du Conseil d'administration de l'AIG et de ses commissions ne sont pas publiques, en vertu de l'art. 17 al. 2 LIPAD; il en va de même des procès-verbaux adoptés à la suite de ces séances, en vertu de l'art. 28 LOIDP;
 - Lesdits documents contiennent des données personnelles et des secrets d'affaires, de sorte qu'ils sont soustraits au droit d'accès en application de l'art. 26 litt. f et i LIPAD;
 - Une instruction judiciaire étant en cours, les documents sont soustraits au droit d'accès, puisque selon l'art. 26 al. 2 litt. d LIPAD, ils sont propres à compromettre le déroulement de l'enquête.
3. La possibilité de saisir le Préposé cantonal d'une demande de médiation dans le délai de 10 jours était expressément mentionnée.
4. Par courriel du 7 juin 2018, X. a requis une médiation auprès du Préposé cantonal, conformément à l'article 30 al. 1 LIPAD.
5. La médiation avec la Préposée adjointe a eu lieu le 3 juillet 2018, en présence de X., A. et C., stagiaire chez le Préposé cantonal.
6. La médiation n'a pas abouti.
7. Le Préposé cantonal s'est rendu à l'Aéroport international de Genève pour consulter documents querellés en date du 5 juillet 2018.
8. Ce même jour, le Préposé cantonal et le requérant se sont entretenus téléphoniquement.
9. Le 27 juillet 2018, le requérant a adressé un courriel au Préposé cantonal sollicitant une "*prise de position officielle*", conformément à l'art. 30 al. 5 LIPAD.

10. Il sied encore de préciser qu'un communiqué de presse du Ministère public concernant le voyage d'un Conseiller d'Etat à Abu Dhabi a été publié le 15 mai 2018. Il est ainsi rédigé: "*Le Ministère public a été saisi le 21 août 2017 d'un rapport de police émanant de la brigade financière de la police judiciaire. Ce rapport faisait état de soupçons visant le conseiller d'Etat D. et son directeur de cabinet, en relation avec un voyage entrepris en novembre 2015 par les précités, ainsi que par la famille du conseiller d'Etat, à Abu Dhabi. Pour l'essentiel, le rapport se fondait sur des informations transmises à la police par un journaliste. Une procédure a été ouverte contre inconnu, du chef d'acceptation d'un avantage (art. 322^{sexies} CP). Au vu des liens fonctionnels étroits entre le conseiller d'Etat visé, en sa qualité de supérieur hiérarchique de la police, et le Ministère public, le procureur général a confié la procédure à un collège composé, outre de lui-même, des premiers procureurs E., et F., ce dernier assumant la direction de la procédure. Des actes d'enquête ont été entrepris. D'autres sont en cours. A ce stade, les deux personnes concernées revêtent le statut de personnes appelées à donner des renseignements, l'état actuel de la procédure ne permettant pas de fonder un soupçon de commission d'une infraction pénale. Il ne sera donné aucune autre information*" (<http://ge.ch/justice/voyage-dun-conseiller-detat-precisions-du-ministere-public>).

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

11. 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).
12. 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). A cet égard, l'introduction de la LIPAD a renversé le principe du secret de l'administration en faveur de celui de la publicité.
13. Selon l'art. 3 al. 1 litt. c LIPAD, la loi s'applique aux "*institutions, établissements et corporations de droit public cantonaux et communaux, ainsi que leurs administrations et les commissions qui en dépendent*".
14. 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.
15. Il n'est pas nécessaire de motiver la demande (art. 28 al. 1 LIPAD).
16. 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).
17. 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).

18. 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.
19. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
20. 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).
21. 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 en sorte que lorsque c'est le Préposé cantonal qui veille à la médiation, c'est la Préposée adjointe qui rédige la recommandation et inversement.
22. Selon l'art. 24 al. 1 LIPAD, toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la loi. Selon l'art. 24 al. 2 LIPAD, l'accès comprend dans la règle la consultation sur place des documents et l'obtention de copies des documents.
23. Conformément à l'art. 25 al. 1 LIPAD, les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution publique contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique.
24. Sont par exemple des documents les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions (art. 25 al. 2 LIPAD).
25. Le principe de transparence n'est pas absolu. L'accès aux documents peut être restreint par différentes exceptions s'il existe un intérêt prépondérant au maintien du secret prévu à l'art. 26 LIPAD. Selon l'exposé des motifs (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII p. 7694), "*Une marge d'appréciation subsiste nécessairement. Suivant les cas, les clauses d'exceptions pourront être complétées par voie réglementaire ainsi que, au besoin, par des directives administratives, dans les limites admises par le principe de la légalité*".
26. Sont notamment soustraits au droit d'accès institué par la LIPAD les documents dont l'accès est propre à: compromettre l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes prévues par la loi (art. 26 al. 2 litt. d LIPAD); rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires ou administratives (art. 26 al. 2 litt. e LIPAD); rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers (art. 26 al. 2 litt. f LIPAD); ou encore révéler des informations couvertes par des secrets professionnels de fabrication ou d'affaires, le secret fiscal, le secret bancaire ou le secret statistique (art. 26 al. 2 litt. i LIPAD).
27. En outre, sont également exclus du droit d'accès les documents à la communication desquels le droit fédéral ou une loi cantonale fait obstacle (art. 26 al. 4 LIPAD).

28. Par ailleurs, selon l'art. 17 al. 1 LIPAD, "*Les séances des services administratifs et des commissions dépendant des établissements et corporations de droit public cantonaux et communaux ne sont pas publiques*".
29. La loi sur l'organisation des institutions de droit public du 22 septembre 2017 (LOIDP; RSGe A 2 24), qui règle l'organisation des institutions décentralisées cantonales de droit public (art. 1), précise que "*Toutes les séances des conseils, commissions et sous-commissions font l'objet de procès-verbaux, qui ne sont pas publics*" (art. 28).
30. Pour autant, le caractère non public d'une séance ne restreint pas le devoir d'information et le droit d'accès aux documents, conformément à l'art. 6 al. 2 LIPAD.
31. La Chambre administrative de la Cour de justice de Genève, dans un arrêt du 18 juillet 2017 (ATA/1099/2017), a en ce sens indiqué qu'un accès à des extraits de procès-verbaux d'un conseil administratif devait être autorisé aux motifs que:
- L'accès ne contreviendrait pas aux restrictions de l'art. 26 LIPAD compte tenu du contenu objectif des documents litigieux;
 - La règle de l'art. 43 al. 3 LAC n'a pas d'autre portée que de prévoir l'absence d'un droit d'accès direct au procès-verbal des séances du Conseil administratif, mais n'a pas pour effet d'interdire aux administrés, d'y avoir accès dans certains cas en suivant la procédure prévue par la LIPAD et aux conditions de celles-ci;
 - Leur transmission n'était pas susceptible d'entraver notablement le processus décisionnel des autorités et services.
32. Lorsque 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 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).
33. Lorsqu'un refus d'accès au motif d'un intérêt public ou privé intervient, le Tribunal administratif fédéral a jugé qu'il appartient au détenteur du document demandé de prouver que les conditions de restriction légales sont pleinement remplies. En d'autres termes, c'est à l'autorité qui refuse l'accès aux documents de supporter le fardeau de la preuve destinée à renverser la présomption de libre accès aux documents officiels instituée par la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (arrêts du Tribunal administratif fédéral A-4500/2013 du 27 février 2014, cons. 3.1 et A-6377/2013 du 12 juin 2015, cons. 3.2).
34. Le Tribunal fédéral a rappelé que la LIPAD ne s'applique pas aux procédures civiles, pénales et administratives en cours et que, pour les procédures pendantes, les règles relatives à la consultation du dossier sont fixées par les différentes lois de procédure (arrêt du Tribunal fédéral 1C_604/2015 du 13 juin 2016, cons. 4.4).
35. L'art. 101 du code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP; RS 312.0) régit la question de la consultation du dossier dans le cadre d'une procédure pénale pendante, par les parties (al. 1), d'autres autorités (al. 2) et par les tiers (al. 3). Il dispose à son al. 3 que "*Des tiers peuvent consulter le dossier s'ils font valoir à cet effet un in-*

térêt scientifique ou un autre intérêt digne de protection et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose".

36. Selon l'art. 102 al. 1 CPP, la direction de la procédure statue sur la consultation des dossiers.

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

37. Conformément à l'art. 3 al. 1 litt. c LIPAD, l'Aéroport international de Genève est soumis à la LIPAD.

38. Il entre également dans le champ d'application de la LOIDP (art. 3 al. 1 litt. b).

39. La demande d'accès aux documents porte sur deux documents, à savoir le "*Procès-verbal de la 190^{ème} séance du Conseil de direction du 8 mars 2016*", et le "*Procès-verbal de la 148^{ème} séance du Conseil d'administration du 23 mars 2016*".

40. Il ressort des constatations du Préposé cantonal qu'il s'agit de deux procès-verbaux issus de séances non publiques.

41. Le caractère non public de ces séances ne restreint pas le droit d'accès à ces documents, de sorte qu'il convient d'examiner si les exceptions à la transparence invoquées par l'AIG sont susceptibles d'entrer en ligne de compte.

42. Le Préposé cantonal comprend que le requérant souhaite ces documents en rapport avec le voyage effectué par un Conseiller d'Etat en novembre 2015 à Abu Dhabi et à l'attribution, quelques mois plus tard, d'une concession d'assistance au sol par l'AIG.

43. Le Préposé cantonal relève que, selon le communiqué de presse du Ministère public du 15 mai 2018, une procédure a été ouverte contre inconnu, du chef d'acceptation d'un avantage (art. 322^{sexies} CP).

44. Le Préposé cantonal ignore si le Ministère public s'est adressé à l'Aéroport international de Genève pour demander les deux procès-verbaux.

45. S'il ne peut évoquer les documents querellés dans sa recommandation, il est d'avis que cette hypothèse n'est pas exclue.

46. De la sorte, selon lui, si les documents requis contiennent potentiellement des informations relatives à une procédure pénale en cours, permettre leur accès à ce stade serait susceptible de compromettre une enquête pénale, au sens de l'art. 26 al. 2 litt. d LIPAD.

47. Au surplus, si ces documents font partie du dossier pénal, ce sont les art. 101 et 102 CPP qui trouvent application, la LIPAD leur cédant le pas, conformément aux art. 26 al. 2 litt. e et 26 al. 4 LIPAD. Conformément à l'art. 102 CPP, dans ce cas de figure, il appartient à la direction de la procédure de se prononcer sur une demande d'accès au dossier et d'opérer la pesée des intérêts prévue à l'art. 101 al. 3 CPP, lorsque cette demande d'accès émane d'un tiers.

48. Au vu de ce qui précède, il convient de conclure que les documents requis sont exclus du droit d'accès prévu par la LIPAD, à tout le moins tant que la procédure pénale est pendante.

49. En revanche, une fois la procédure terminée, les autres exceptions invoquées par l'AIG n'apparaissent pas remplies, si bien que l'accès devra alors être accordé. En ef-

fet, le Préposé cantonal estime que les art. 26 al. 2 litt. f LIPAD (rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers) et 26 al. 2 litt. i LIPAD (révéler des informations couvertes par des secrets professionnels de fabrication ou d'affaires, le secret fiscal, le secret bancaire ou le secret statistique) ne sauraient s'appliquer *in casu*. S'agissant du premier, il semble facile de caviarder les données personnelles des tiers.

RECOMMANDATION

50. Au vu de ce qui précède, le Préposé recommande à l'Aéroport international de Genève de maintenir son refus de transmettre les deux documents querellés jusqu'à l'aboutissement de l'enquête pénale ouverte contre inconnu du chef d'acceptation d'un avantage (art. 322^{sexies} CP).
51. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, l'Aéroport international de Genève doit rendre une décision sur la prétention du requérant.
52. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à:
 - a. X.,
 - b. A., Secrétaire générale et affaires juridiques, Genève Aéroport, Case postale 100, 1215 Genève 15.

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.
--