



Demande de Me L., avocat, au nom de la société coopérative X, d'avoir accès à une autorisation d'exploiter délivrée par le PCTN

Recommandation du 27 juillet 2017

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

1. Le 10 avril 2017, Me L. a adressé une lettre recommandée au Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence par laquelle il formule une requête de médiation au nom de la société coopérative Z. dont il défend les intérêts.
2. Sa requête d'accès aux documents portant sur une autorisation délivrée à X. relative à l'exploitation d'une discothèque, a été refusée, le 29 mars 2017, par le Service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (PCTN). Ce dernier considère que *"l'art. 7 al. 3 RRDBHD¹ constitue une restriction au droit d'accès au sens des art. 26 al. 2 let. e LIPAD et 26 al. 4 LIPAD en tant qu'il autorise le PCTN à transmettre aux tiers certains renseignements relatifs aux établissements et aux autorisations d'exploiter, mais non l'autorisation elle-même"*.
3. Dans une première lettre adressée au requérant, le 22 février 2017, le PCTN avait toutefois indiqué au requérant pouvoir lui transmettre, sur paiement d'un émolument de CHF 30.- prévu par l'art. 58 al. 3 RRDBHD, les informations relatives à:
 - a) l'existence d'une autorisation en cours de validité,
 - b) le nom du propriétaire et de l'exploitant titulaire de l'autorisation,
 - c) la catégorie attribuée à l'établissement ainsi que
 - d) le nom de l'entreprise et de l'enseigne".
4. Rappelant la LIPAD et précisant l'existence d'un contentieux administratif ayant généré des recours encore pendants, l'avocat non satisfait de la réponse avait réitéré, le 1^{er} mars 2017, sa demande d'avoir accès au contenu de l'autorisation en question. Au surplus, il ajoutait qu'un règlement, tel que le RRDBHD, ne pouvait consacrer une restriction à la LIPAD.
5. L'avocat précise encore dans sa requête que :
 - une autorisation de construire relative au changement d'affectation partiel et provisoire à l'adresse susmentionnée a été délivrée à X. en 2012;
 - la Z. a recouru contre cette décision auprès du TAPI au motif que la zone ne se prêtait pas à une telle activité et en raison de la construction à venir de logements à proximité;
 - les parties à la procédure ont déposé des conclusions communes, en août 2012, à la suite desquelles le TAPI, par jugement du 21 septembre 2012, a entériné une modification de l'autorisation de construire dans ce sens que cette autorisation serait provisoire – du 8 juin 2012 au 31 mars 2016 – et non renouvelable;

¹ Règlement d'exécution de la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement du 28 octobre 2015, RSGe I 2 22.01.

- une nouvelle autorisation a néanmoins été délivrée à X., le 27 juin 2013, sans limitation de temps, laquelle a été contestée devant le TAPI, sans succès – c'est cette autorisation qui fait l'objet de la demande d'accès fondée sur la LIPAD;
- le PCTN n'a pas fourni les informations qu'il estimait pouvoir transmettre à la Z. alors que cette dernière s'était engagée à acquitter tout émolument.

6. Sont annexés à la requête:

- les différents échanges de lettres entre le service et le requérant;
- l'arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice du 24 mai 2016 (ATA/432/2016), dans la cause Z. contre X. et Service du commerce portant sur l'autorisation d'exploiter du 27 juin 2013, sans limitation dans le temps. Dans cet arrêt concluant à l'absence de qualité pour recourir de la Z., il est précisé à son considérant 18, page 4 : *"Le 12 février 2016, le conseiller d'Etat en charge du DSE a indiqué ne pas être en mesure de porter la responsabilité des engagements pris par son prédécesseur. L'autorisation litigieuse n'était pas limitée dans le temps car la loi applicable, qui exigeait néanmoins l'existence d'un bail valide, ne le permettait pas. ... Il serait par ailleurs illégal de mettre fin à une autorisation pendant une éventuelle procédure en prolongation du bail devant les tribunaux compétents, étant précisé que, sitôt que le Scom serait informé de la non-reconduction du bail, il prononcerait la caducité de l'autorisation d'exploiter"*;
- un avis de droit du Préposé cantonal du 20 janvier 2014 concernant une demande d'accès à une recommandation du groupe de confiance dans laquelle il est rappelé page 3 que l'art. 26 al. 4 *"n'est en revanche pas une clause de délégation législative habilitant le Conseil d'Etat ou les autres institutions soumises à la LIPAD à prévoir par la voie de règlement ou de directives des exceptions non couvertes par l'art. 26 LIPAD"*.

7. La médiation du Préposé cantonal a eu lieu le 6 juin 2017 avec Me L., Me S., avocate-stagiaire, M. R., directeur du PCTN, M. A., juriste au PCTN et Mme Hana Sultan Warnier, secrétaire générale adjointe et responsable LIPAD au DSE. Elle n'a pas abouti.

8. Le 23 juin 2017, le PCTN a adressé un courrier au Préposé cantonal dans lequel le service persiste à s'opposer à la communication de l'autorisation soulignant que la requête ne relève pas de la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique (art. 1 al. 2 let. a LIPAD) dans la mesure où elle est en lien direct avec le litige opposant le Z. au X. Se référant, par ailleurs, à l'art. 39 al. 9 LIPAD, il arrive à la conclusion que l'autorisation ne peut pas non plus être transmise en raison de la protection des données personnelles, en particulier parce que le requérant ne fait valoir aucun intérêt digne de protection supérieur à ceux du X, soulignant que : *"à l'évidence aucun texte légal ne prévoit de communiquer plus que ce que le PCTN offre de transmettre à savoir: l'existence d'une autorisation en cours de validité, le nom du propriétaire et de l'exploitant titulaire de l'autorisation, la catégorie attribuée à l'établissement et le nom de l'entreprise et de l'enseigne"*.

9. Enfin, le PCTN est d'avis que la requête est propre à rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives (art. 26 al. 2 let. e LIPAD), car les mandants de Me L. sont parties à la procédure de recours contre la décision en autorisation de construire du DALE, que par ailleurs ils se sont vu dénier la qualité de partie dans le recours

contre la précédente autorisation, que dès lors *"les mandants de Me L. essayent clairement d'obtenir, sous le couvert de la LIPAD, des renseignements, qui leur sont refusés dans le dossier de l'autorisation LRDBHD, faute de qualité pour agir, aux fins d'utilisation dans la procédure contre l'autorisation de construire dans laquelle ils sont parties"*.

10. Dans le cadre de l'élaboration de la présente requête, la Préposée adjointe a écrit au PCTN, afin de prendre connaissance du document. Elle a aussi pris contact avec le requérant et l'a informé de la lettre envoyée le 23 juin par le PCTN.

11. L'avocat lui a ensuite adressé une lettre en date du 23 juillet 2017 par laquelle il dit réagir à la lettre du PCTN en observant que:

- Le PCTN affirmait disposer d'un arrêt confirmant que l'art. 7 al. 3 et 5 RRDBHD était une base suffisante pour limiter les effets de la LIPAD, sans lui communiquer les références, et qu'une disposition de la LRDBHD interdisait la délivrance d'autorisations limitées dans le temps;
- Selon le PCTN, le confinement des informations traitées par une administration serait le principe posé par la LIPAD et leur communication l'exception et que, dès lors, il faudrait une base légale ou un intérêt prépondérant non pas pour retenir une information mais pour la communiquer;
- Le fait que le PCTN présente l'autorisation comme un concentré de données personnelles sensibles ne fait pas illusion. Il rappelle le but de la LRDBHD d'assurer l'ordre public, en particulier la tranquillité, la santé et la moralité publiques et que, dès lors, toutes les informations permettant de vérifier ces points devraient être publiques, dans l'intérêt des clients comme des voisins;
- En l'occurrence, ce qui est en jeu dans cette affaire, ce ne sont pas d'éventuelles données personnelles sensibles relatives aux exploitants – qui pourraient être caviardées au besoin – mais les modalités et conditions notamment techniques et temporelles de délivrance de l'autorisation du PCTN;
- La Z. ne cherche pas à obtenir des informations qu'elle ne peut pas obtenir dans le cadre de la procédure qui l'oppose au DALE et au X. devant le TAPI et que d'ailleurs le contenu de cette autorisation ne serait pas utile pour débattre d'un problème d'aménagement du territoire et de droit de la construction;
- La Z. ne cherche pas à contourner sa prétendue absence de qualité pour agir au sens de la LRDBHD par le biais de la LIPAD. D'ailleurs, la Z. est d'avis que si la CACJ l'a déboutée, ce n'est pas en raison d'un défaut intrinsèque de qualité pour agir, mais parce que son recours a été considéré tardif et dénué d'intérêt "actuel";
- Le postulat de la Cour selon lequel la Z. aurait pu facilement obtenir des informations du Scm avant février 2016 s'est révélé bien éloigné de la réalité par la suite;
- Considérant l'absence d'intérêt "actuel" et la démarchée jugée prématurée de la Z., il résultait du fait que le Scm pouvait attendre de connaître le positionnement du DALE sur la question relative à la prolongation de l'autorisation de changement d'affectation des locaux, avant de décider du sort de sa propre autorisation;

- En l'espèce, l'objectif de la Z. est exclusivement de disposer des données lui permettant de décider si elle doit recourir contre l'autorisation d'exploiter dont semble actuellement disposer le X., ce qu'elle n'est pas à même de déterminer puisque le PCTN lui cache l'existence, le contenu et les éléments ayant motivé ladite décision;
- Le requérant exprime encore son incompréhension face à l'opacité du service voire même son impression que l'objectif pourrait même être de préserver la capacité du X. à exploiter le plus longtemps possible son établissement à ... en empêchant ou en retardant tout recours et, dans les deux cas, la question relève de la formation de l'opinion publique sur le fonctionnement du service en question;
- Il rappelle l'engagement du Président du département des affaires régionales, de l'économie et de la santé (DARES) en 2012 de délivrer une autorisation temporaire non renouvelable et conclut en souhaitant savoir: *"si, avoir violé une première fois les engagements et instructions de son précédent magistrat de tutelle en délivrant une autorisation non limitée dans le temps, puis une seconde fois en instruisant une nouvelle demande pour le même site, le PCTN a erré derechef en omettant de conditionner son autorisation à diverses conditions temporelles et techniques permettant un tant soit peu de protéger les voisins. Dans cette hypothèse, la Z. estime être en droit de recourir, ce qui implique qu'il puisse disposer d'un tirage de cette autorisation et en connaître la motivation"*.

12. Le 24 juillet 2017, la Préposée adjointe a eu un entretien téléphonique avec le directeur du PCTN qui lui a appris qu'une nouvelle autorisation, datée du 22 février 2017, avait été délivrée au X., celle-ci ayant été rendue nécessaire du fait du nouveau bail que la Ville de Genève avait conclu avec le X.. La Préposée adjointe a demandé à pouvoir prendre connaissance de cette autorisation d'exploiter dont le requérant n'est pas informé à ce jour. Le 25 juillet 2017, la Préposée adjointe a reçu l'autorisation délivrée au X.

13. X. est une société coopérative, inscrite au Registre du Commerce du Canton de Genève depuis le 16 novembre 1998, qui a pour but de *"rechercher pour ses membres le développement et l'encouragement de toute forme d'expression culturelle ou de divertissement; pour réaliser son but, la société exploite une ou plusieurs salles autorisant ses activités de discothèque, salle de spectacles, restauration et salle de cours; l'activité principale se déroule au ..."*. Les noms des personnes ayant la signature individuelle et la signature collective à deux y sont indiqués.

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

14. Selon l'art. 3, al. 1 lettre a LIPAD, la loi s'applique aux *"pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire cantonaux, ainsi que leurs administrations et les commissions qui en dépendent"*.
15. Le Service de la police du commerce et de lutte contre le travail au noir (PCTN), qui relève de l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail, est rattaché au DSE selon l'art. 5, al. 1 lettre f, § 3 du Règlement sur l'organisation de l'administration cantonale (ROAC; RSGe B 4 05.10); la LIPAD lui est donc applicable.
16. Les missions du PCTN sont régies par différentes lois fédérales et cantonales, parmi lesquelles la loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertis-

sement (LRDBHD, RSGe I 2 22), du 19 mars 2015, qui a pour but de "régler les conditions d'exploitation des entreprises vouées à la restauration et/ou au débit de boissons à consommer sur place, à l'hébergement, ou encore au divertissement public" (art. 1 al. 1 LRDBH).

17. Toute requête tendant à l'octroi d'une autorisation est adressée au département, accompagnée des pièces nécessaires à son examen. Le département soumet pour préavis la requête et les pièces l'accompagnant aux autres autorités intéressées (art. 20 al. 1 et 2; art. 47 LRDBHD); il délivre ensuite le cas échéant une autorisation d'exploiter, qui n'est pas publique, et doit être tenue à disposition dans l'établissement en vertu de l'art. 49 al. 9 à 11 RRDBHD.
18. L'art. 7 RRBHD, ci-après, précise le droit d'accès au dossier et les renseignements qui peuvent être délivrés aux tiers:

"Art. 7 Accès au dossier et renseignements délivrés aux tiers

Accès au dossier

1 Le dossier tenu par le service est constitué de requêtes en autorisation (autorisation d'exploiter et autorisations accessoires), de pièces déposées à leur appui, de la correspondance échangée avec l'entreprise concernée, ainsi que d'éventuels rapports d'infractions, de décisions et de documents liés à des procédures judiciaires.

2 Le dossier et les pièces sont réputés connus du propriétaire et de l'exploitant au sens de la loi et des articles 39, alinéas 1 et 2, et 40, alinéas 1 et 2, du présent règlement; l'accès au dossier leur est garanti dans les limites prévues aux articles 44 et 45 de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985.

Renseignements délivrés aux tiers

3 Le service est autorisé, sur requête et contre paiement de l'émolument forfaitaire visé à l'article 58, alinéa 3, du présent règlement, à donner au public les informations suivantes :

- a) existence d'une autorisation en cours de validité;*
- b) nom du propriétaire et de l'exploitant titulaire de l'autorisation;*
- c) catégorie attribuée à l'établissement;*
- d) nom de l'entreprise et de l'enseigne.*

4 Les renseignements délivrés aux tiers sont soumis aux dispositions de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001, relatives aux informations.

5 Ils sont fournis sur la base des données enregistrées auprès du service; ils n'impliquent aucune responsabilité de l'Etat, notamment dans le cas où ils ne seraient pas conformes à la réalité.

19. 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).
20. 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). A cet égard, l'introduction de la LIPAD a renversé le principe du secret de l'administration en faveur de celui de la publicité.
21. Depuis le 1^{er} janvier 2010, est entré en vigueur un autre volet au champ d'application de la LIPAD, celui de la protection des données personnelles. Selon les dispositions prévues par la loi depuis lors, les institutions publiques ont l'obligation de respecter les principes fondamentaux qu'elle pose à ses articles 35 à 38, en particulier le principe de légalité en vertu duquel les traitements de données doivent répondre à des prescriptions légales définissant des missions claires, le principe de finalité selon le-

quel les données personnelles recueillies doivent l'être en lien avec l'objectif poursuivi par l'entité publique concernée, le principe de transparence de la collecte de données, dont le but est de veiller à ce que les personnes dont les données sont traitées soient bien informées de ces traitements.

22. Le principe de transparence est inscrit à l'article 18 LIPAD dont le contenu est le suivant :

"1 Les institutions communiquent spontanément au public les informations qui sont de nature à l'intéresser, à moins qu'un intérêt prépondérant ne s'y oppose.

2 L'information doit être donnée de manière exacte, complète, claire et rapide.

3 Les institutions informent par des moyens appropriés à leurs ressources et à l'importance des informations à diffuser. Dans toute la mesure du possible, elles utilisent les technologies modernes de diffusion de l'information."

23. Concernant la transparence des institutions, la LIPAD opère une distinction entre deux modalités d'accès aux informations qui les concernent. Il y a, d'une part, l'information active du public, visée par l'art. 18 LIPAD, qui est souvent qualifiée de proactive, et qui consiste dans l'information transmise directement par l'entité pour communiquer sur tout objet ayant vocation à intéresser le public. Il en va là de la mise en œuvre d'une véritable politique de transparence concernant les activités publiques. C'est souvent par le biais du site internet que les informations sont communiquées en y insérant tout document – projets, rapports, plans, directives, modèles de lettres, etc. L'information peut aussi se faire par le biais de conférences ou de communiqués de presse.

24. Il y a par ailleurs une communication plus réactive, en réponse à une demande d'accès à un document. 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.

25. L'accès aux documents comprend la consultation sur place et l'obtention de copies des documents. La consultation sur place d'un document est gratuite. La remise d'une copie intervient contre paiement d'un émolument (art. 28 al. 7 LIPAD).

26. Selon l'art. 24 al. 1 let. a LIPAD, *"La remise d'une copie d'un document dont l'accès a été octroyé intervient contre le paiement d'un émolument qui est calculé de la manière suivante : a) par photocopie, télécopie ou impression de page (ou fraction de page), au-delà de 10 pages et jusqu'à 20 pages, il est perçu un montant forfaitaire de 30 F, puis 1 F supplémentaire par page à partir de la 21e page"*.

27. Les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution publique contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique. *"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).

28. 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 LIPAD.

29. 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 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).

30. A cet égard, il est précisé, dans un arrêt de la Chambre administrative ATA/560/2015 du 02 juin 2015, considérant 12: *"Lorsqu'une atteinte est à craindre, 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 en vertu de cette disposition, si cela ne requiert pas un travail disproportionné (art. 27 LIPAD). 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"*.
31. Dans son arrêt du 28 juillet 2015 (ATA/758/2015), la Chambre administrative de la Cour de justice rappelait à son considérant 8d: *"Dans le domaine de la LIPAD, l'intérêt personnel et la qualité du demandeur n'interfèrent en aucune manière dans l'examen de ces conditions. Bien que le cercle des bénéficiaires de l'accès à l'information ne soit pas précisé dans le texte de ces dispositions (ATA/341/2015 du 14 avril 2015 consid. 8 ; ATA/805/2012 du 27 novembre 2012 consid. 3e ; ATA/621/2005 du 20 septembre 2005 consid. 3), l'exposé des motifs figurant dans le rapport du Conseil d'État à l'appui du projet de loi précise que le droit d'accès aux documents est un droit reconnu à chacun, sans restriction liée notamment à la démonstration d'un intérêt digne de protection du requérant. Dès lors qu'un document doit être considéré comme accessible à une personne en vertu du principe de la transparence (et non en vertu des dispositions sur la protection des données personnelles ou des droits inhérents à la qualité de partie à une procédure), il n'y a pas de raison d'en refuser l'accès à d'autres personnes. Les exceptions prévues à l'art. 26 LIPAD constituent ainsi des clauses de sauvegarde pour les informations qui ne doivent pas être portées à la connaissance du public. Dès lors, ce qui est décisif dans l'application de la LIPAD, c'est le contenu même de l'information sollicitée et non la qualité du requérant (ATA/341/2015 du 14 avril 2015 consid. 8 ; ATA/805/2012 du 27 novembre 2012 consid. 3e ; ATA/390/2011 du 21 juin 2011 consid. 7b ; ATA/621/2005 du 20 septembre 2005 consid. 3 ; MGC 2000/VIII 7641 p. 7691 s.)"*.
32. Dans un arrêt antérieur, du 25 novembre 2014 (ATA/919/2014), la Cour rappelait également, à son considérant 4c: *"ce qui est décisif dans l'application de la LIPAD, c'est le contenu même de l'information sollicitée et non la qualité du requérant (ATA/805/2012 du 27 novembre 2012 consid. 3e ; ATA/621/2005 du 20 septembre 2005 consid. 3c). En l'espèce, les données sollicitées par le recourant, à l'exception de l'adresse privée et de la date de l'octroi de l'autorisation d'exploiter un taxi, et sous la réserve précitée relative au numéro de téléphone privé, sont, comme expliqué ci-dessus, publiques en raison des obligations imposées par l'art. 34 LTaxis aux chauffeurs de taxi. Leur contenu ne saurait ainsi procurer un avantage indu à l'intéressé, et ce indépendamment de son éventuelle qualité de concurrent ou d'utilisateur"*.
33. Le principe de transparence n'est toutefois 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. Sont soustraits au droit d'accès les documents à la communication desquels un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose (art. 26 al. 1 LIPAD). Tel est le cas notamment 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 let. f LIPAD), ou à porter atteinte à la sphère privée ou familiale (art. 26 al. 2 let. g LIPAD), ou à la révélation d'informations médicales (art. 26 al. 2 let. h LIPAD), ou d'informations couvertes par des secrets professionnels, de

fabrication ou d'affaires (art. 26 al. 2 let. i LIPAD). Il en va de même si l'accès a pour effet de révéler des faits dont la communication donnerait à des tiers un avantage indu, notamment en mettant un concurrent en possession d'informations auxquelles il n'avait pas accès dans le cours ordinaire des choses (art. 26 al. 2 let. j LIPAD).

34. La jurisprudence a permis d'éclairer les conditions dans lesquelles des restrictions étaient admissibles ou non. C'est ainsi que dans l'arrêt susmentionné, la Cour précise encore à son considérant 9b : *"L'art. 26 al. 2 let. g LIPAD établit une exception au droit d'accès aux documents lorsque celui-ci implique une atteinte notable à la sphère privée d'administrés ou d'institutions. Il n'exclut pas automatiquement l'accès à tout document concernant la sphère privée d'un tiers mais exige une pesée des intérêts en présence (ATA/341/2015 du 14 avril 2015 consid. 12 ; ATA/767/2014 du 30 septembre 2014 consid. 3c ; MGC 2000 45/VIII 7641 p. 7697). Le Conseil d'État, dans son message, donnait l'exemple suivant en rapport avec la communication d'informations qu'autoriserait la LIPAD : « 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 de l'institution chargée de l'accomplissement de tâches de droit public, bien que cette information concerne sa sphère privée économique » (MGC 2000/VIII 7641 p. 7697)".*
35. Dans le cadre de la présente analyse, il est aussi utile de rappeler une affaire ayant trait à un refus de donner l'accès à un document pour des raisons liées à la protection des données (en l'occurrence, était invoqué à l'appui du refus l'absence d'un intérêt digne de protection au sens art. 39 al. 2 let. b LIPAD). La requête portait sur l'accès d'une pharmacie concurrente à un rapport d'inspection, du 3 avril 2013, rédigé par le service du Pharmacien cantonal à Genève au sujet des locaux d'une pharmacie voisine. Dans un premier temps, la pharmacie concurrente avait recouru auprès de la Chambre administrative de la Cour de justice en lui demandant d'annuler la décision de refus du DEAS et d'ordonner au contraire l'accès audit rapport d'inspection.
36. Or, la Cour de justice, dans son arrêt ATA/525/2016, du 21 juin 2016, concernant cette même affaire était arrivée à la conclusion que ce rapport d'inspection était bien un document contenant des renseignements relatifs à l'octroi ou non de l'autorisation d'exploiter une pharmacie, que dès lors l'accès à ce rapport d'inspection était possible (considérant 4b), qu'aucun intérêt privé ou public prépondérant ne s'opposait à cet accès car : *"ce document porte sur les locaux et l'équipement de la pharmacie. Il ne contient aucune information couverte par le secret médical, protégé par l'art. 320 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP – RS 311.0), ou encore par le secret des affaires ou de fabrication, l'exploitation de la pharmacie n'ayant pas encore commencé. De plus la communication de ce rapport à la recourante ne lui procurerait aucun avantage indu. Bien que cette dernière soit une pharmacie voisine, partant concurrente, l'accès au document sollicité ne contenant pas d'informations couvertes par le secret d'affaires ou de fabrication ne peut dès lors pas lui procurer un avantage. S'agissant des données personnelles contenues dans le rapport d'inspection, soit uniquement les noms des futurs employés de la pharmacie ou de données touchant à la sécurité de la pharmacie, celles-ci peuvent être aisément caviardées, cela ne nécessitant pas un travail disproportionné au sens de l'art. 27 LIPAD"* (considérant 5). La Cour avait ainsi ordonné la communication du document dûment caviardé des données personnelles.
37. Rejetant le recours du DEAS dans un arrêt 1C_338/2016, du 16 décembre 2016, le Tribunal fédéral remarque: *"compte tenu de ce caviardage obligatoire, ... la Cour cantonale pouvait considérer sans arbitraire que la transmission litigieuse ne comporterait en définitive aucune donnée personnelle, et que l'art. 39 al. 9 LIPAD n'y faisait*

donc pas obstacle puisque cette disposition s'applique exclusivement en cas de transmission de données personnelles" (considérant 2.2 in fine).

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

38. Le requérant souhaite l'accès à une autorisation d'exploiter dont il a connaissance, soit celle délivrée le 27 juin 2013. Il n'a pas demandé l'accès à l'autorisation du 22 février 2017 car le PCTN ne l'a pas informé de son existence.
39. Une autorisation d'exploiter un établissement de catégorie cabaret-dancing, qui est une décision sujette à recours auprès de la Chambre administrative de la Cour de justice, est bien un document au sens de l'art. 25 al. 2 LIPAD.
40. Si un tel document n'est pas public, il peut toutefois faire l'objet d'une demande d'accès fondée sur la transparence au sens de la LIPAD.
41. La LRDBHD ne mentionne la LIPAD dans aucune de ses dispositions. Elle ne délègue pas de compétence au Conseil d'Etat pour restreindre les règles applicables en matière de transparence.
42. S'agissant de la délégation législative en faveur du gouvernement, l'art. 67 LRDBHD est une prescription très générale rappelant que: *"Le Conseil d'Etat édicte les dispositions nécessaires à l'exécution de la présente loi"*.
43. L'art. 7 RRDBHD précise le droit d'accès au dossier et les renseignements qui peuvent être délivrés aux tiers, soit l'existence d'une autorisation en cours de validité, le nom du propriétaire et de l'exploitant, la catégorie d'établissement, le nom de l'entreprise et de l'enseigne, sur paiement d'un émolument de CHF 30.-. Cette disposition réglementaire a pour but est d'éclairer le PCTN sur les éléments qui peuvent être rendus publics. De plus, l'alinéa 4 de cette même disposition renvoie à la LIPAD précisément pour rappeler que les demandes d'accès à des documents doivent être traitées selon les conditions que cette loi prescrit.
44. Selon le RIPAD, la communication de documents qui ne dépassent pas dix pages n'est soumise à aucun émolument. Les deux autorisations d'exploiter du PCTN totalisent moins de dix pages, elles devraient dès lors être communiquées gratuitement. En tant qu'il introduit l'exigence de paiement d'un émolument de CHF 30.- pour la délivrance d'informations qui doivent être communiquées gratuitement en vertu de la LIPAD, l'art. 7 RRDBHD restreint, sans base légale l'y autorisant, le droit d'accès aux documents.
45. Quant aux deux autorisations d'exploiter en cause, elles ne comportent pas d'autres données personnelles que celles relatives à l'exploitant, qui peuvent aisément être caviardées. Dès lors qu'un tel caviardage peut être effectué sans nuire à la compréhension du document, le refus d'accès ne peut être admis pour des raisons tirées de la protection des données personnelles. De ce fait, justifier le refus par l'absence d'un intérêt digne de protection du requérant, au sens de l'art. 39 al. 1 lettre b LIPAD, n'est pas acceptable non plus.
46. Cette argumentation est d'ailleurs d'autant plus incompréhensible que le PCTN est autorisé par l'art. 7 RRDBHD à donner cette information à tout tiers qui en fait la demande.
47. Concernant le risque de rendre inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires, l'objection ne peut

pas être suivie, dès lors qu'il s'agit d'autorisations d'exploiter du DSE et non pas de l'autorisation de construire du DALE.

48. Il faut enfin se souvenir que, dans une autre affaire genevoise citée supra présentant un certain nombre de similitudes avec la présente requête (procédure entre deux pharmacies concurrentes), le droit d'accès à un rapport d'inspection du service de l'Etat compétent a été reconnu par la Chambre administrative de la Cour de justice, puis a été confirmé par le Tribunal fédéral.

RECOMMANDATION

49. Se fondant sur les considérations qui précèdent, la Préposée adjointe recommande au Service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir (PCTN)

- de communiquer à Me L. les deux autorisations d'exploiter délivrées, le 27 juin 2013, et le 22 février 2017 au X.

50. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le Service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir doit rendre une décision sur la prétention du requérant.

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

- a. Me L.
- b. M., directeur, Service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir, Centre Bandol, Rue de Bandol 1, 1213 Onex

Pascale Byrne-Sutton
Préposée adjointe

<p>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.</p>
