



Demande de Me T. au nom de MM. R., M. et X. Sàrl d'obtenir l'accès à l'audit de gestion *Gouvernance de la Fondation des immeubles pour les organisations internationales (FIPOI) n° 90/ juin 2015 de la Cour des comptes*

Recommandation du 15 février 2016

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

1. Par lettre recommandée du 13 octobre 2015, Me T. a adressé une requête de médiation au Préposé cantonal visant à d'obtenir l'accès à l'intégralité de l'audit de gestion n° 90/ juin 2015 de la Cour des comptes (ci-après CdC) intitulé "Gouvernance de la Fondation des immeubles pour les organisations internationales (FIPOI)".
2. L'avocat agit en tant que mandant de M. R., M. M. et X. Sàrl et explique que ses clients sont en litige avec le cabinet d'architectes Z. ainsi qu'indirectement avec la FIPOI et son ancien directeur M. F.
3. Le litige porte sur un projet architectural au Grand-Lancy visant un ensemble de villas à vendre sur plan disposées sur un grand terrain voisin de la parcelle propriété privée de M. F., par ailleurs directeur de la FIPOI.
4. La demande de médiation de Me T. fait suite au refus de la Cour des comptes, le 7 octobre 2015, de lui transmettre une version non caviardée du rapport n° 90 concernant la FIPOI suite à sa demande dans ce sens envoyée le 1^{er} octobre 2015.
5. La CdC expose à l'appui de son refus avoir *"effectué une pesée d'intérêts à l'issue de laquelle les intérêts publics liés à l'activité de la FIPOI s'opposant à la divulgation de certaines informations sont apparus prépondérants"*. La CdC précise en outre dans sa lettre que *"le rapport de la Cour dont la communication est demandée ne porte pas sur des points en relation avec le litige impliquant vos mandants"*.
6. Dans sa requête au Préposé cantonal, Me T. relève que la FIPOI fournit des mandats au cabinet d'architectes Z. et, qu'en sa qualité de directeur de cette institution, M. F. aurait fait pression sur les architectes dudit cabinet pour que :
 - le projet architectural en cause corresponde *"à tous ses désirs ... que les villas soient «tassées» au fond du terrain, le plus loin possible de sa parcelle, avec une grande zone vide entre le projet et sa propre habitation, pour son confort personnel"*
 - *"un arbre qui avait obtenu une autorisation d'abattage (entre les deux parcelles) soit finalement «protégé» par le service compétent, se préservant ainsi une zone «tampon» entre le projet et sa propre habitation, pour son confort personnel. De même avec un bac de rétention toujours dans le même but"*.
7. L'avocat explique encore que ses clients se sont brouillés avec leurs architectes en raison du fait que, de leur point de vue, les plans et le projet auraient été dessinés uniquement *"pour protéger les intérêts d'un grand fournisseur de mandat du cabinet Z., soit M. F. en tant que directeur de la FIPOI, autre client visiblement très proche du*

cabinet Z., qu'une procédure civile – ayant trait au paiement contesté des honoraires des architectes – est pendante et qu'elle fait suite à un jugement du Tribunal de première instance (TPI - C/28953/2010-7 annexé à la requête), que, par ailleurs, une plainte pénale (Ministère public – P/6727/2013) au titre d'*"une gestion déloyale de leurs intérêts"*, a été classée faute de preuve.

8. Or, les clients de l'avocat ont eu connaissance de l'audit n° 90 de la Cour des Comptes, qui a été caviardé par la CdC afin de ne pas mettre en péril les relations internationales de la Suisse. Me T. voit dans ce rapport une preuve utile dans le litige qui oppose ses mandants au bureau d'architectes susmentionné. Pour cette raison, ses clients ont un intérêt à obtenir un accès à l'intégralité du document ; ils précisent contester *"que l'utilisation pour eux de ce rapport dans le cadre d'une procédure civile, afin que le jugement obtenu dans ladite procédure soit juste et équitable, mette en danger les intérêts internationaux de la Suisse d'une quelconque façon. Au contraire, il y a un intérêt certain à ce que la justice, in casu civile, bénéficie de toutes les informations pour trancher de manière correcte un litige"*.

9. La Préposée adjointe a pris connaissance du jugement du TPI transmis par l'avocat au Préposé cantonal contre lequel un recours est pendant devant la Chambre civile de la Cour de justice. A cet égard, le considérant J, page 23, sur le sujet qui nous intéresse ici, précise :

"Les défendeurs ont argué que les plans étaient affectés de graves défauts, car ils avaient été dessinés dans l'intérêt du voisin F. et non dans l'optique d'une utilisation maximale du potentiel à bâtir. Ils ont notamment relevé que la villa 9 avait été incluse au milieu des autres, sans tenter de la rapprocher de la parcelle de F.

In casu, le projet élaboré par la demanderesse concentrait les villas dans la partie nord des parcelles, ce qui laissait une zone libre de toute construction au sud de celles-ci.

Il est certain qu'une répartition des villas sur l'ensemble du terrain aurait permis de réduire leur vis-à-vis, d'augmenter la surface de jardin les entourant et d'optimiser leur orientation, les rendant plus attractives dans le cadre de leur commercialisation.

Il n'est également pas contesté que la zone libre de toute construction au sud des parcelles apporte un avantage considérable aux parcelles sises au sud de celles-ci, en réduisant les nuisances pour celles-ci.

L'instruction de la présente cause n'a en effet pas établi un lien de connivence entre Z., les représentants de celle-ci et F.

Il ressort davantage que l'accord trouvé avec les voisins l'a été suite à des négociations et qu'il a été l'objet d'un compromis.

Cet accord permettait de s'assurer que F., qui en tant qu'ancien secrétaire général du Département de l'aménagement, du logement et de l'énergie avait une connaissance approfondie du domaine et qui s'était montré particulièrement actif dans ce dossier, ne recourrait pas contre l'autorisation de construire et qu'ainsi la promotion pourrait débiter.

X. SARL, R. et M. qui ont assisté aux différentes réunions avec les voisins et qui sont des professionnels de l'immobilier ont en outre eux-mêmes ratifié cet accord en signant le 29 mars 2010 la convention conclue avec F. et leurs autres voisins en ne l'invalidant pas".

10. Deux rencontres de médiation ont eu lieu les 6 et 27 novembre 2015 avec le Préposé cantonal. La médiation n'a pas abouti.

11. Par lettre datée du 31 décembre 2015 et par télécopie du 4 janvier 2016 au Préposé cantonal, Me T. a renouvelé sa requête visant à lui transmettre une version non caviardée du rapport n° 90 de la CdC à laquelle étaient annexées différentes pièces: un communiqué de la Délégation des finances du Parlement fédéral à Berne, des articles de presse et l'autorisation de construire.
12. Dans le communiqué de la Délégation des finances, du 17 novembre 2015, figure en préambule et en gras les éléments suivants : *"La Délégation des finances (DéFin) salue la décision du Conseil de fondation de la FIPOI de réorganiser cette institution d'une grande importance pour la Genève internationale et de confier sa direction à une nouvelle personne. Les lacunes en matière de gestion et de gouvernance qui ont été décelées par le Contrôle fédéral des finances, la Cour des comptes du canton de Genève ainsi que par un expert externe doivent être comblées rapidement et durablement. La DéFin suivra de près la mise en œuvre des mesures d'amélioration, la réorganisation de la FIPOI et la nomination de la nouvelle Direction"*.
13. Le 17 novembre 2015, sur le site internet agefi.com relayant les informations données par l'ambassadeur FASEL, Président du Conseil de fondation de la FIPOI, on pouvait par ailleurs lire : *"La Fondation des immeubles pour les organisations internationales (FIPOI) se restructure. Son fonctionnement a été mis en cause par plusieurs audits. Elle sera dotée d'une nouvelle organisation à la tête de laquelle sera nommé un nouveau directeur (...) Les quatre divisions seront directement subordonnées au directeur, le système actuel de direction bicéphale étant abandonné. La procédure de nomination du nouveau directeur est en cours. Jusqu'à sa nomination, les deux directeurs actuels assurent l'interim en étroite collaboration avec le Conseil de fondation de la FIPOI. Ce changement de la direction est nécessaire afin de mettre en œuvre une série de mesures visant à rendre la FIPOI plus efficace (...) Les principaux problèmes sont liés à un manque de réflexion stratégique, à une culture d'entreprise insuffisante, ainsi qu'à des lacunes dans les procédures d'adjudication"*.
14. L'article du journal Le Courrier du 20 novembre 2015 relatait l'absence de caractère pénal du dossier en cause et ajoutait au sujet du caviardage du rapport : *"Selon nos informations, la confidentialité aurait notamment été décidée pour préserver la sphère privée des personnes visées par l'audit, à savoir les membres de la direction."* L'article rappelait également les propos de l'ambassadeur Alexandre FASEL, Président du Conseil fondation de la FIPOI : *"Le rapport comporte nombre de renseignements sur la Genève internationale qui se trouve en situation de concurrence avec d'autres villes. Une polémique autour de la fondation risque d'affaiblir inutilement cette institution, juste au moment où elle est en train d'améliorer son organisation interne et son système de gouvernance"*. M. Michel HUISSOUD, directeur du Contrôle fédéral des finances, autorité qui avait sollicité l'audit de la Cour, a également été interviewé par le journaliste : *"Revenant sur la confidentialité hors normes qui entoure l'affaire, il souligne que la situation est aujourd'hui «sous contrôle» car «les mesures qui s'imposaient ont été décidées notamment le renouvellement de la direction"*.
15. Un autre article de 20 minutes du 4 décembre 2015, titrait *"Fondation trop proche de certains architectes"* et relatait notamment *"... des gros projets ? Un unique bureau d'architectes genevois en a réalisé cinq pour plusieurs dizaines de milliers de francs. Or, la faïtière des architectes n'a eu connaissance d'aucun appel d'offres. ... les deux audits caviardés et tenus secrets ... La «Tribune de Genève» révèle aussi que les deux audits caviardés et tenus secrets (celui de la Cour des comptes et de l'ancien juge fédéral Claude Rouiller) qui ont entraîné la chute des dirigeants de la FIPOI et sa réorganisation font état de travers moins graves mais moyenâgeux; certains employés changeaient les pneus de leurs supérieurs, jardinaient dans leurs villas ou y réalisaient des travaux d'intérieur"*.

16. Dans un article de la Tribune de Genève, dont la date n'apparaît pas, la Cour expose qu'elle s'est attachée à analyser la gouvernance de la fondation. Les propos tenus par le magistrat de la CdC en charge du dossier sont rapportés : *"Nous n'avons pas épiluché sa comptabilité. Les éléments recueillis lors des investigations ne permettent en outre pas de penser que des infractions pénales ont pu être commises. «Si nous avons découvert de telles infractions, nous aurions dû les dénoncer au Ministère public» a souligné M. Paychère. En revanche, des problèmes sérieux de gouvernance à la FIPOI ont été constatés par la Cour des comptes"*.
17. L'article de la Tribune de Genève du 3 décembre 2015 relatait les événements, soulignant entre autres : *"Les procédures d'adjudication sont au cœur du problème. Il suffit de surfer sur internet pour se rendre compte que certaines entreprises trustent les mandats. Un bureau d'architectes genevois a notamment réalisé cinq gros projets au profit de différentes organisations internationales pour des dizaines de millions de francs (...). La FIPOI explique qu'en tant que fondation de droit privé, elle n'est pas soumise à la loi sur les marchés publics. Elle a toutefois dû se doter d'un règlement en 2013 pour adjuger ses mandats selon des normes plus strictes. Certains gros projets ont fait l'objet de concours. Mais pas tous (...). Cela fait quelques années qu'à Berne, on s'inquiète des montants colossaux dévolus à Genève internationale. La FIPOI a aussi dû réagir à une dénonciation, qui a conduit au renvoi en 2014 de deux employés accusés d'attribuer des mandats à des proches. Mais le CDF à Berne y a vu une manière de faire sauter deux petits fusibles. Elle a ainsi demandé à la Cour des comptes d'enquêter (...). Le CDF se dit très satisfait du travail réalisé par la Cour des comptes et des mesures prises"*.
18. L'article paru dans Le Temps le 4 décembre 2015 faisait référence à un article paru dans le Tages Anzeiger selon lequel F. aurait demandé à des employés de faire des travaux à son domicile privé, lequel relevait à cet égard : *"Depuis que je suis directeur de la Fipoi, aucun de mes employés n'a changé une roue ou un pneu de ma voiture et aucun collaborateur n'a jamais touché un brin d'herbe de mon jardin"*. Concernant le caviardage du rapport de la CdC, le magistrat de la Cour soulignait : *"C'était une demande du Conseil de fondation de la Fipoi. La nécessité de ne pas donner d'arguments aux concurrents de Genève primait sur l'intérêt public de publier l'entier du rapport"*.
19. Le 12 janvier 2016, la Préposée adjointe a écrit à la CdC pour demander à pouvoir se rendre à la Cour afin de consulter le rapport n° 90 (FIPOI).
20. Le 27 janvier 2016, la CdC a accordé à la Préposée adjointe le droit de consulter le rapport dans ses locaux; elle s'est rendue sur place le 4 février 2016 et a pu lire le rapport en question. Dans sa lettre, la Cour ajoute que *"l'activité de la Cour est marquée par le souci de permettre au public un large accès aux documents qu'elle produit: ses rapports de mission sont en règle générale publics et exposés en conférence de presse, ses examens sommaires font l'objet d'une publication dans ses rapports annuels, certains autres étant en outre détaillés dans des communiqués de presse, voire en conférence. (...). A teneur de l'article 43 al. 4 la loi sur la surveillance de l'Etat du 13 mars 2014 (LSurv – D 1 09), la Cour peut limiter l'étendue des informations contenues dans ses rapports «en tenant compte des intérêts publics et privés susceptibles de s'opposer à la divulgation de certaines informations"*.
21. La Cour souligne également dans ce même courrier qu'elle n'est pas mentionnée à l'art. 3 al. 1^{er} LIPAD concernant les entités soumises à la loi. La CdC remarque également qu'elle n'est pas une autorité "décisionnaire" et n'est pas soumise à la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA – E 5 10) ainsi que l'a cons-

taté le Tribunal fédéral dans son arrêt 1C_471/2012 du 23 mai 2013 et que, dès lors, la Cour ne saurait ainsi rendre une décision au sens de l'art. 30 al. 5 LIPAD.

22. Outre son caviardage, le rapport n° 90 n'a pas fait l'objet de communiqué de presse de la Cour. C'est un cas très particulier. Sur un total de 96 rapports au 10 février 2016, seuls deux autres rapports de la CdC ont ainsi été caviardés pour des raisons liées à des risques pressentis : le rapport de décembre 2015 N°95 d'audit de gestion relatif à la sécurité des smartphones à l'Etat de Genève paraît avec la mention suivante en encadré à la première page "*Le contenu du présent rapport public tient compte des intérêts publics et privés en jeu en application de l'art. 43 al. 4 LSurv.*" et le rapport N° 45 de juin 2011 relatif au DCTI concernant l'audit de gestion relatif à la gestion des identités numériques et des autorisations (GINA).
23. Début février 2016, plusieurs articles parus dans la presse locale ont annoncé l'entrée en fonction au 1^{er} mai d'un nouveau directeur à la FIPOI en la personne de M. P.
24. Le 10 février 2016, sur appel auprès de la FIPOI, la Préposée adjointe a appris que le directeur général M. F. était toujours en fonction et qu'il quitterait la FIPOI juste avant l'arrivée du nouveau directeur.

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

25. L'entrée en vigueur de la LIPAD, le 1^{er} mars 2002, a signifié un changement important pour les institutions publiques soumises à la loi puisqu'il s'est agi de passer du principe du secret à celui de la transparence.
26. Avec la LIPAD, en matière de transparence, le législateur s'est donné pour objectif de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique (art. 1, al. 2, let. a LIPAD).
27. Le principe de transparence n'est toutefois pas absolu. Des exceptions à l'information du public sont possibles si l'une ou plusieurs des conditions d'exceptions prévues par l'article 26 LIPAD sont réalisées. L'art. 26 al. 2 lettre a prévoit que tel peut être le cas si l'accès au document pourrait "*mettre en péril la sécurité de l'Etat, la sécurité publique, les relations internationales de la Suisse ou les relations confédérales*". C'est à cette disposition que s'est référée la CdC pour refuser l'accès.
28. Il peut arriver d'ailleurs que les lois spéciales précisent aussi les contours de la transparence de la communication de certaines institutions spécifiques. Tel est le cas de la Cour des comptes avec l'art. 43 qui pose le principe de publicité des rapports de la Cour et lui permet de déterminer "*l'étendue des informations contenues dans ses rapports en tenant compte des intérêts publics et privés susceptibles de s'opposer à la divulgation de certaines informations*" (art. 46 al. 4 LSurv).
29. Le volet relatif à la transparence de la LIPAD s'applique aux institutions publiques cantonales et communales genevoises désignées à l'art. 3 al. 1 de la loi, en particulier aux "*pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire cantonaux*" (lettre a) et aux "*établissements et corporations de droit public cantonaux*" ainsi qu'aux personnes morales de droit privé subventionnées (art. 3 al. 2, lettres a et b).
30. La CdC n'est pas mentionnée expressément dans la LIPAD et l'exposé des motifs relatifs à l'appui de celle-ci n'évoque pas cette question¹, la loi ayant été adoptée avant la création de la Cour des comptes. La révision de la LIPAD en 2008 pour lui ajouter le volet concernant la protection des données personnelles n'a pas non plus été l'oc-

¹ https://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/540311/45/540311_45_partie41.asp

casion de traiter de ce point particulier durant les travaux préparatoires. La CdC est une institution autonome et indépendante qui n'est pas rattachée au pouvoir judiciaire. Cette entité n'est pas non plus mentionnée dans le projet de loi sur l'organisation des institutions de droit public (LOIDP) (A 2 24) présenté par le Conseil d'Etat au Grand Conseil le 14 février 2014 (PL 11391).

31. Sur son site internet www.cdc-ge.ch, la Cour relève :

"À teneur de l'article 128 de la Constitution cantonale du 14 octobre 2012, la Cour des comptes assure un contrôle indépendant et autonome de l'administration cantonale, des communes, des institutions de droit public et des organismes privés subventionnés ou dans lesquels les pouvoirs publics exercent une influence prépondérante ; elle a également pour tâche l'évaluation des politiques publiques. Malgré son nom, la Cour des comptes n'est pas un tribunal. Elle ne prononce pas de sanctions et ne rend pas de décisions ; elle n'a pas pour rôle de résoudre des litiges.

Elle fonctionne selon le principe de l'autosaisine, choisissant librement les sujets de ses missions ; elle dispose de son propre budget, soumis à l'approbation du Grand Conseil. Les agents publics ne peuvent pas lui opposer le secret de fonction.

Sur le plan législatif, la loi instituant la Cour des comptes du 10 juin 2005 a été abolie lors de l'entrée en vigueur, le 1^{er} juin 2014, d'une loi sur la surveillance de l'État dont les articles 27 à 44 règlent l'organisation de la Cour ainsi que le cadre de ses missions d'audit et d'évaluation.

La Cour des comptes, l'une des quatre autorités décrites par le titre IV de la Constitution cantonale du 14 octobre 2012 (articles 80 à 131), occupe ainsi une place originale : si sa première mission est de s'assurer du bon emploi des fonds publics et de l'adéquation de lois et règlements aux buts poursuivis, elle favorise aussi et soutient les réformes des institutions publiques et des organismes subventionnés sans pour autant vouloir les cogérer. Il s'agit ainsi de développer une culture du conseil et de l'accompagnement, au-delà du contrôle et de l'évaluation. La Cour vise à améliorer l'action de l'État grâce à son indépendance garantie par la Constitution et la loi".

32. Dans son arrêt 1C_471/2012 du 23 mai 2013, le Tribunal fédéral, qui a examiné attentivement la LICC alors en vigueur et les travaux préparatoires soulignait (considérant 3.3.1) : *"En dépit d'un premier projet de loi prévoyant de rattacher la Cour des comptes au pouvoir judiciaire, le législateur a considéré que, pour garantir l'indépendance la plus totale de la cour, elle devait bénéficier d'un statut détaché à la fois du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif et judiciaire (Secrétariat général du Grand Conseil genevois, Rapport du 3 mai 2005 de la Commission des finances chargée d'étudier le projet de loi instituant une Cour des comptes, p. 3). Le législateur n'a toutefois pas entendu instaurer un «quatrième pouvoir», aucune compétence de décision ni de coercition n'étant attribué à la Cour des comptes".*

33. L'arrêt du Tribunal fédéral mis en avant par la Cour concerne une requête d'un haut cadre de la Ville de Genève visant à la rectification du rapport annuel de la CdC 2010-2011 – tome 2 p. 109 (audit relatif au processus de recrutement à la Ville de Genève) ayant publié dans son rapport relatif à l'audit du service en question qu'*"un poste de haut cadre avait été attribué sans mise au concours à un collaborateur de la Ville de Genève dont l'expérience et la formation professionnelle ne correspondaient pas aux exigences du poste. (...)"*. Il était également précisé dans ce même rapport que *"des conditions de sortie particulièrement avantageuses avaient été prévues contractuellement"*. Le nom du cadre n'y était pas mentionné. En revanche, différents ar-

tibles de presse s'étaient fait l'écho de ce rapport et mentionnaient le nom de cette personne.

34. La Cour s'était refusé à rectifier son rapport sans que son courrier ne mentionne de voies de droit. L'avocat du recourant avait attaqué le refus de la CdC en partant de l'idée, bien que les formes prescrites par la LPA n'aient pas été respectées, qu'il s'agissait là d'une décision administrative au sens de l'art. 4 de la loi sujette à recours auprès de la Chambre administrative dans les 30 jours. Or, la Chambre administrative de la Cour de justice avait conclu à l'irrecevabilité de la cause, la LPA n'étant pas applicable à la Cour. Le Tribunal fédéral a ensuite confirmé la décision.
35. En se fondant sur l'art. 132 de la loi du 26 septembre 2010 sur l'organisation judiciaire (LOJ ; RSGe E 2 05), la Chambre administrative de la Cour de justice était arrivée à la conclusion que la Cour n'était pas habilitée à rendre des décisions de sorte que le refus de la Cour de rectifier le rapport échappait au contrôle judiciaire et ne pouvait être assimilé à un déni de justice: *"La Cour des comptes établit des rapports pouvant comporter des recommandations qui n'ont pas d'effet juridique. La Cour des comptes n'est ainsi pas habilitée à rendre des décisions dans ses rapports selon l'art. 4 LPA et n'est donc pas une autorité administrative au sens de l'art. 5 let. g LPA"* (ATA/414/2012, considérant 3, p. 5).
36. Le Tribunal fédéral remarquait à cet égard dans son considérant 3.4 que *"la Cour des comptes, non seulement n'était pas listée parmi les autorités de l'art. 5 LPA/GE, mais n'avait de plus pas pour tâche de rendre des décisions au sens de la lettre g. Les juges cantonaux ont ainsi interprété à la lettre une disposition faite d'une énumération exhaustive, dépourvue de toute ambiguïté. Cette façon de faire est conforme à la jurisprudence selon laquelle il n'y a pas lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair"*.
37. Le Tribunal fédéral explorait plus avant (considérant 4.2) l'absence de voie de droit dans la LICC en se référant à un avis de droit rendu par le Professeur Blaise KNAPP durant le processus d'adoption de la loi : *"La question du caractère illicite des actes de la Cour n'avait pas échappé à l'auteur de l'avis de droit, pour qui la responsabilité de l'Etat pouvait être engagée dans le cadre de la responsabilité de l'Etat et des communes (LREC; RSGe A 2 40) puisque les membres de la Cour des comptes seraient des magistrats au sens de l'art. 1 de cette loi au même titre que les juges ou les conseillers d'Etat (...). Les débats au Grand Conseil n'ont pas abordé la question de l'instauration d'une voie de droit spécifique contre les décisions de procédure de la Cour des comptes. La volonté du législateur demeure ainsi floue, car il est difficile de déterminer si l'absence de toute discussion sur cette question est délibérée ou résulte au contraire d'un oubli"*.
38. Le Tribunal fédéral examina encore un point qui n'avait pas retenu l'attention de la Cour de justice genevoise, celui de savoir si l'arrêt cantonal respectait bien les garanties constitutionnelles invoquées par le recourant, à savoir le droit, en vertu de l'art. 29a Cst, à ce que toute personne ait droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. Il souligna tout d'abord la faculté pour le recourant d'intenter une action en responsabilité de l'Etat si par hypothèse l'on devait admettre l'existence d'une atteinte illicite à sa personnalité.
39. Par ailleurs, notre haute Cour souligna aussi, à son considérant 4.1, que si cette procédure devait se révéler inapplicable, il subsisterait encore *"la procédure de la LIPAD. L'art. 47 de cette loi prévoit expressément, en complément à la LREC, une procédure en cessation de traitement illicite de données ou en constatation du caractère illicite du traitement (al. 1 let. b et c), ainsi qu'une procédure tendant à faire rectifier, compléter ou mettre à jour des données inexactes, incomplètes ou dépassées"*

(al. 2 let. b), à faire figurer, en regard des données dont ni l'exactitude ni l'inexactitude ne peuvent être prouvées, une mention appropriée (al. 2 let. c) ou encore à publier une décision prise à la suite d'une requête d'une personne dont les données n'étaient pas pertinentes et nécessaires ou inexactes (al. 2 let. e). Ainsi, *prima facie*, il n'apparaît pas que la mise en œuvre de ces deux procédures laisse encore subsister une lacune qui devrait ouvrir la voie subsidiaire de la procédure générale de la LPA/GE".

40. En faisant ainsi référence à la procédure d'accès aux données personnelles propres en vue de leur rectification prévue par la LIPAD, le Tribunal fédéral souligne que cette voie aurait pu être choisie pour s'adresser à la CdC, sans se déterminer sur ses chances de succès au fond.
41. La Fondation des immeubles pour les organisations internationales (FIPOI) est une fondation de droit privé à but non lucratif, soumise à la LIPAD s'agissant de ses règles relatives à la transparence. Créée en 1964 par la Confédération et le canton de Genève, dans le but de répondre de manière coordonnée aux besoins des organisations internationales en matière d'infrastructure immobilière, les buts de cette entité particulière où autorités fédérales et cantonales collaborent étroitement sont précisés par l'art. 2 de ses statuts :

Article 2

BUTS

1.1 La fondation a pour but de mettre divers immeubles dans le canton de Genève à la disposition des bénéficiaires institutionnels suivants, s'ils jouissent d'un statut privilégié conformément à la loi du 22 juin 2007 sur l'Etat hôte (LEH, RS 192.12) :

- a) les organisations intergouvernementales (art. 2, al. 1, let. a, LEH);
- b) les institutions internationales (art. 2, al. 1, let. b, LEH);
- c) les secrétariats ou autres organes créés par un traité international (art. 2, al. 1, let. i, LEH);
- d) les tribunaux internationaux (art. 2, al. 1, let. k, LEH).
- e) les organisations internationales quasi gouvernementales (art. 2, al. 1, let. c, LEH);

1.2 La fondation peut, à titre exceptionnel, fournir des locaux d'accueil aux bénéficiaires institutionnels suivants, tels qu'ils sont définis dans la LEH, s'ils jouissent d'un statut privilégié conformément à la LEH:

- a) les conférences internationales (art. 2, al. 1, let. h, LEH);
- b) les commissions indépendantes (art. 2, al. 1, let. j, LEH);
- c) les tribunaux arbitraux (art. 2, al. 1, let. l, LEH).
- d) les autres organismes internationaux (art. 2, al. 1, let. m, LEH).

1.3 La fondation peut, à titre exceptionnel, mettre à disposition ou louer des locaux d'accueil à d'autres rencontres internationales se déroulant dans le Canton de Genève, ainsi qu'à des organisations internationales non gouvernementales (art. 24, al. 2, LEH).

2. A cet effet, la fondation peut notamment :

- construire ou acheter ses propres biens immobiliers ;
- construire des immeubles pour le compte des bénéficiaires institutionnels ;
- octroyer des prêts de constructions et de rénovation aux bénéficiaires institutionnels ;
- louer des locaux et les sous-louer, cas échéant les gérer ;
- conseiller les bénéficiaires institutionnels en matière de construction et d'entretien d'immeubles.

3. La fondation peut, à titre exceptionnel, dans le cas où l'intérêt de la politique d'accueil de la Suisse le requiert de manière impérative, exercer ses activités en faveur de bénéficiaires institutionnels mentionnés aux alinéas 1.1 et 1.2 du présent article dans les autres cantons accueillant de tels bénéficiaires institutionnels. Une fois la décision de principe prise par la fondation, les représentants des autorités cantonales concernées peuvent être invités à participer, avec voix consultative, aux délibérations du Conseil de fondation pour traiter de ces objets.

4. Avec l'accord du Conseil de fondation, la fondation est habilitée à traiter toutes activités de gestion et de conseils dans le domaine immobilier en lien avec la Genève internationale.

5. La fondation ne poursuit aucun but lucratif".

42. La Constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012, contient deux dispositions, les articles 146 et 147 Cst - montrant l'attachement du canton à la Genève internationale - stipulant que "*L'Etat soutient la vocation internationale de Genève en tant que centre de dialogue, de décision et de coopération internationale, fondé sur la tradition humanitaire et le droit, ainsi que sur les valeurs de paix et de solidarité*" (art. 146 al. 1), que "*L'Etat offre des conditions d'accueil favorables aux acteurs de la coopération internationale*" (art. 147 al. 1).
43. En application de l'art. 30, al. 1 LIPAD, toute personne peut déposer une requête de médiation lorsque sa demande d'accès à un document n'est pas honorée ou lorsque l'autorité tarde à répondre.
44. La loi précise que le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30, al. 5 LIPAD). 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*" (art. 10, al. 11 LIPAD).
45. S'agissant de 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 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.
46. 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. 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.
47. La demande d'accès à un document n'est soumise à aucune exigence de forme (art. 28, al. 1 LIPAD). Il n'est pas nécessaire de motiver ou de justifier la demande.
48. La notion de document est définie par l'art. 25, al. 1 LIPAD. Il s'agit de "*tous les supports d'informations détenus par une institution contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique*". Il peut ainsi s'agir tout autant de documents en format papier, que d'extraits de base de données ou d'images. Pour les informations qui n'existent que sous la forme électronique, l'impression sur papier grâce à l'aide d'un traitement informatique simple constitue un document au sens de l'art. 25, al. 3 LIPAD.

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

49. Outre la question de fond qui est celle de savoir si c'est à juste titre que des parties essentielles de ce rapport ont été occultées, la présente requête soulève nombre de questions qui mériteraient un examen juridique plus attentif – application de la LIPAD à la CdC, étendue du droit d'accès à des documents selon la LIPAD lorsqu'une action civile est pendante et que la requête n'a manifestement pas trait à la libre forma-

tion de l'opinion du citoyen – que cette petite autorité indépendante composée de deux Préposés travaillant à temps partiel (70% pour l'une et 80% pour l'autre) ne peut mener à défaut de ne pouvoir assumer correctement ses autres missions quotidiennes. Dans le domaine de la transparence, les requêtes sont extrêmement variées et n'ont pas toujours pour objectif "de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique".

50. Il apparaît que la demande est en relation avec un litige entre voisins de nature privée concernant d'un côté plusieurs particuliers et personne morale et de l'autre M. F., que ce conflit a donné lieu à des actions civiles – toujours en cours – et une procédure pénale – close. Le jugement du TPI, transmis au Préposé cantonal, révèle d'ailleurs que le tribunal en question s'est penché attentivement sur la problématique. Reconnaissant que l'aménagement en cause favorisait manifestement les terrains situés au sud des parcelles considérées, il conclut qu'il n'y a eu pas de lien de connivence entre le bureau d'architectes et M. F., qu'en revanche ces plans étaient le résultat de négociations qui avaient ensuite donné lieu à une convention signée par toutes les personnes concernées par la présente requête.
51. Quant au champ d'application de la LIPAD, la Préposée adjointe relève qu'à l'instar du Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence, la CdC n'est pas la seule autorité indépendante à ne pas être mentionnée dans la LIPAD.
52. L'expérience montre que la CdC est très attachée à la LIPAD, loi qui a figuré jusqu'à peu sur la page d'accueil de son site internet et qui est toujours accessible sur le site, rubrique "Bases légales" (voir <http://www.cdc-ge.ch/fr/Qui-sommes-nous/Bases-legales.html>). La CdC a aussi traité la requête d'accès de Me T. en y répondant de façon circonstanciée. Elle a ensuite accepté de participer à la médiation mise sur pied par le Préposé cantonal afin de rechercher une solution consensuelle à la demande.
53. La Préposée adjointe relève aussi que l'arrêt du Tribunal fédéral mis en évidence par la Cour, s'il reconnaît bien la non applicabilité de la loi genevoise sur la procédure administrative, semble toutefois considérer que le recourant aurait pu choisir la voie de la procédure en rectification de données personnelles propres, prévue par l'art. 47 LIPAD. Or, selon la LIPAD (art. 49 al. 4 LIPAD), une telle procédure peut donner lieu à une prise de décision de la part de l'autorité en cause, décision elle-même sujette à recours auprès de la Chambre administrative.
54. La Préposée adjointe voit d'ailleurs quelques similitudes entre les caractéristiques intrinsèques de la CdC et sa propre autorité, composée d'un Préposé cantonal et d'un Préposé adjoint "qui s'acquittent de leurs tâches en toute indépendance et de manière autonome" (art. 54 al. 1 LIPAD), dont le nom n'est pas mentionné à l'art. 3 et qui n'a pas non plus vocation à rendre des décisions administratives. A son sujet, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt 1C_359/2013 du 14 novembre 2013, précisé qu'elle n'avait pas la capacité en justice, à l'exception du droit de recours et de participation aux procédures et autres cas prévus par les art. 56 et 62 LIPAD.
55. Dans l'intérêt de la sécurité du droit, face à des enjeux aussi essentiels que la transparence et la protection des données personnelles, les exceptions au champ d'application personnel de la LIPAD devraient en tous les cas être les plus restreintes possible. Dès lors, en l'absence d'une exclusion expresse du champ d'application de la LIPAD, le silence de la loi devrait être considéré comme une lacune non voulue par le législateur.

56. L'absence de clarté quant à la soumission ou non de la CdC au champ d'application personnel de la LIPAD ne devrait en tous les cas pas permettre d'éluider la question de fond concernant la transparence du rapport litigieux.
57. En effet, il n'est pas inutile de rappeler ici que la LIPAD autorise toute personne à demander l'accès à un document qui est en mains d'une institution publique, qu'elle en soit l'auteur ou simplement dépositaire. Ainsi, la requête présentement en cause pourrait parfaitement être adressée directement à la FIPOI - qui en a reçu une version complète - puisqu'elle est chargée de mettre en œuvre les recommandations formulées par la Cour ou même encore au CDF, soumis à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans; RS 152.3), qui en a également reçu une copie non caviardée.
58. Le rapport n° 90 répond bien à la notion de document telle que définie par la LIPAD en vertu de laquelle le principe de la transparence doit en principe prévaloir sauf si l'un des motifs d'exclusion prévus par l'art. 26 al. 2 LIPAD. Ce sont les intérêts de la Genève internationale qui sont ici mis en avant par la Cour lorsqu'elle dit que *"les intérêts publics liés à l'activité de la FIPOI s'opposant à la divulgation de certaines informations sont apparus prépondérants"*.
59. Pour rappel, la CdC a pris cette mesure suite à une requête dans ce sens de l'ambassadeur FASEL, alors Président du Conseil de fondation de la FIPOI.
60. La Préposée adjointe n'a pas demandé de précisions sur la façon dont cette évaluation a été effectuée par la Cour. Cela dit, la presse se fait régulièrement l'écho des risques de déplacement du siège de différentes organisations internationales, d'ONG ou de grandes entreprises multinationales. Ces risques peuvent mettre en danger non seulement les intérêts de Genève mais aussi ceux de l'ensemble de la Suisse au vu de leur impact potentiel sur l'économie et l'emploi ou sur l'image d'intégrité de notre pays.
61. Face à cet intérêt public, qui dépasse ainsi le contexte strictement genevois, il faut mettre en balance l'intérêt légitime de MM. R., M. et X. Sàrl qui considèrent avoir été trompés par leurs architectes, lesquels auraient eu des liens très étroits avec le directeur de la FIPOI, que les mandats que ce dernier leur auraient attribués régulièrement auraient sensiblement influencé les aménagements des plans de villas sur la parcelle dont ils sont les propriétaires.
62. Ces intérêts privés ne peuvent renverser l'intérêt public susmentionné à occulter les détails du rapport pour les raisons suivantes:
- Bien que le rapport ait été caviardé dans ses parties essentielles et que l'on a dès lors pas accès à celui-ci dans les détails, tant la FIPOI, la CdC que le CDF ont communiqué à la presse les constats et mesures à prendre de sorte qu'il convient de considérer qu'une communication active est tout de même intervenue sur ce sujet
 - Si ces communications à la presse ont révélé des pratiques non conformes en matière d'adjudications de marchés ou de ressources humaines, aucune infraction à caractère pénal n'a été observée, auquel cas une dénonciation aurait été adressée au Procureur général
 - La plainte pénale P/6727/2013 a été rejetée
 - Le directeur général de la FIPOI n'a pas dû quitter ses fonctions avec effet immédiat; au contraire, il est encore en place à ce jour et ne quittera ses fonctions qu'au moment de l'arrivée de M. F. le 1^{er} mai 2016

- Le travail de remise à niveau de la FIPOI est à l'œuvre
- Le Tribunal de 1^{ère} instance a semble-t-il largement étudié la situation en cause et conclu à l'absence de connivence entre le bureau d'architectes et le directeur général de la FIPOI
- De plus, les requérants ont encore une autre voie à leur disposition, celle de convaincre le juge de la Chambre civile de la Cour de justice de demander une version non caviardée dudit rapport à la Cour des comptes afin qu'il puisse se faire sa propre opinion, sans que ce rapport n'ait à être versé au dossier accessible aux parties
- Si la Préposée adjointe ne peut dévoiler le contenu du rapport dont elle a pris connaissance, elle peut toutefois confirmer, ainsi que la CdC l'a remarqué dans sa lettre du 7 octobre 2015, que *"le rapport de la Cour dont la communication est demandée ne porte pas sur des points en relation avec le litige impliquant"* les mandants de Me T..

RECOMMANDATION

1. Se fondant sur les considérations qui précèdent, le Préposé cantonal recommande à la Cour des comptes de maintenir son refus de donner l'accès à l'audit de gestion Gouvernance de la Fondation des immeubles pour les organisations internationales (FIPOI) n° 90/ juin 2015.
2. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à :
 - Me T., avocat, [REDACTED]
 - Cour des comptes, 54, route de Chêne, 1208 Genève.

Pascale Byrne-Sutton
Préposée adjointe

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.