



Demande d'accès de Me X auprès de la Cour des comptes aux échanges entre cette dernière et la société A, ainsi qu'au procès-verbal d'audition de A.

Recommandation du 30 janvier 2020

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

1. Par courrier du 31 juillet 2019 à la Cour des comptes (CdC), Me X, représentant les intérêts de Y, a sollicité l'accès au procès-verbal de l'audition de A, ainsi qu'à l'intégralité des échanges survenus avec cette dernière dans le cadre d'un audit concernant sa mandante. Il fondait la demande tant sur le droit d'être entendu de sa mandante que sur la LIPAD.
2. Le 19 août 2019, par la voix de son Président, la CdC a répondu ne pas être une autorité décisionnaire, et que dès lors, l'on ne pouvait évoquer le droit d'être entendu. S'agissant de la demande d'accès aux documents fondée sur la LIPAD, la CdC a exposé ce qui suit: *"Sans s'arrêter à la question de la soumission de la Cour à la LIPAD, il est porté à votre connaissance que la Cour ne dispose d'aucun autre document ayant vocation à être rendu public que son rapport du [REDACTED], qui a été dûment publié sur le site internet de la Cour et que vous connaissez manifestement. S'agissant plus précisément de la page 26 dudit rapport, elle est bien de la plume de ladite institution. Afin d'éviter d'inutiles détours et dans le souci d'efficience qui l'anime, la Cour transmettra donc en copie la présente lettre à la société évoquée en page 26."*
3. Le 20 septembre 2019, Me X a fait savoir que sa mandante persistait dans sa demande, considérant que la CdC est soumise à la LIPAD et qu'elle est tenue, *"à tout le moins à ce titre d'autoriser l'accès aux documents d'intérêt public"*.
4. Par courrier du 4 octobre 2019, la CdC a renvoyé aux éléments figurant dans son pli du 19 août 2019.
5. Le 17 octobre 2019, Me X a adressé une requête de médiation au Préposé cantonal suite au refus de la Cour des comptes de lui communiquer les documents requis dans son courrier du 31 juillet 2019. Il y a expliqué que dans le cadre d'un audit [REDACTED] de Y, la CdC avait auditionné la société A, mandataire de [REDACTED] Y. La CdC avait mentionné dans son rapport d'audit que *"la société en charge de la Hotline a indiqué à la Cour avoir informé le Conseil administratif des difficultés rencontrées par certains collaborateurs avec le Secrétaire général"*, ce qui est contesté par Y. Cette dernière s'interrogeant sur l'origine des propos erronés, elle a sollicité de la CdC les documents qui font l'objet de la présente recommandation.
6. Le 18 octobre 2019, le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (PPDT) a accusé réception de la demande de médiation, indiquant ne pouvoir mettre sur pied ladite médiation, la demanderesse étant une institution publique soumise à la LIPAD; or la procédure d'accès aux documents ne prévoit pas un tel cas de figure.

7. Les ■■■ Conseillers administratifs de Y ont dès lors soumis la requête en leur nom propre.
8. Une rencontre de médiation a eu lieu le 27 novembre 2019 avec le Préposé cantonal, M. François Paychère, Président de la CdC, MM. B, C et D, Conseillers administratifs de Y, accompagnés de leurs conseils, Me X et Me Z. La médiation n'a pas abouti.
9. Le 16 décembre 2019, Me X a confirmé solliciter une recommandation au sens de l'art. 30 al. 4 LIPAD. Il a également motivé la demande d'accès aux documents sous l'angle de l'art. 47 LIPAD afin de faire valoir la cessation d'un traitement illicite de données concernant sa mandante. Il a joint à l'appui de sa demande les projets de rapport d'audit communiqués à sa mandante par la CdC et sur lesquels Y avait émis des commentaires.
10. Le 17 décembre 2019, la Préposée adjointe a écrit à la CdC afin de consulter les documents sollicités.
11. Par courrier du 8 janvier 2020, la CdC a répondu ne pas figurer au nombre des entités visées à l'art. 3 LIPAD, ni être soumise à la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA – E 5 10), ni être une autorité décisionnaire. Elle a relevé qu'elle serait "*donc dans l'incapacité de statuer après que vous auriez émis une recommandation*" et qu'elle n'entendait pas "*participer à ce qui constituerait un inutile détour procédural*".

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

12. 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.
13. 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).
14. A ce propos, l'exposé des motifs relatif à l'avant-projet (PL 8356) relève: "*La transparence des activités étatiques et para-étatiques visée par la LIPAD a pour finalité de favoriser la libre formation de l'opinion publique et la participation des citoyens à la vie publique. En raison de l'importance que les collectivités publiques ont prises dans la vie moderne, une transparence accrue dans leur fonctionnement est de nature à permettre une meilleure formation de l'opinion publique. Elle est propre également à renforcer l'intérêt des citoyens pour le fonctionnement des institutions et à les inciter à mieux s'investir dans la prise des décisions démocratiques. Dans une démocratie semi-directe, qui appelle fréquemment les citoyens aux urnes sur les sujets les plus variés, la recherche d'une participation accrue grâce à une opinion publique librement formée présente un intérêt majeur*".
15. Le volet relatif à la transparence 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).

16. La CdC n'est pas mentionnée expressément à l'art.3 LIPAD et l'exposé des motifs relatifs à l'appui de celle-ci n'évoque pas cette question, 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'occasion de traiter de ce point particulier durant les travaux préparatoires. Toutefois, l'art. 41 al. 2 LIPAD mentionne la CdC et réserve les compétences et règles de fonctionnement de cette dernière s'agissant du traitement des données personnelles à des fins générales de statistique, de recherche scientifique, de planification ou d'évaluation de politiques publiques. L'art. 53A al. 1 litt. b LIPAD indique en outre que la qualité de Préposé cantonal ou de Préposée adjointe est incompatible avec celle de magistrat de la Cour des comptes.
17. 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 et, conformément à l'art. 222 de la Constitution, la Cour révisé les comptes de l'État. Selon l'al. 2 de l'art. 128 de la Constitution, les contrôles opérés par la Cour des comptes relèvent du libre choix de celle-ci et font l'objet de rapports rendus publics, pouvant comporter des recommandations. Ces rapports sont communiqués au Conseil d'Etat, au Grand Conseil ainsi qu'à l'entité contrôlée.
18. Sur son site internet www.cdc-ge.ch, la Cour relève : "*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 ajoute : "*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*".
19. Concernant le statut de la CdC, dans son arrêt 1C_471/2012 du 23 mai 2013, le Tribunal fédéral, qui a examiné attentivement la loi instituant une Cour des comptes (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*".
20. L'arrêt susmentionné 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 articles de presse s'étaient fait l'écho de ce rapport et mentionnaient le nom de cette personne.

21. 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 loi sur la procédure administrative (LPA; RSGe E 5 10) 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.
22. 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).
23. 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"*.
24. Toutefois, le Tribunal fédéral considère que *"le cas d'espèce ne saurait donner lieu à une exception à la garantie d'accès à la justice, une éventuelle atteinte à la réputation et à l'honneur du recourant se prêtant au contrôle du juge. Le recourant a un droit à la rectification des données le concernant si celles-ci sont fausses. L'acte par lequel la Cour des comptes se refuse à un tel examen doit être attaquant, ce quelle que soit la nature de cette institution. Le canton doit dès lors ouvrir une voie de recours judiciaire à cet effet"*. 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"*.
25. Par ailleurs, notre haute Cour souligna aussi, à son considérant 4.3, que si la procédure en responsabilité de l'Etat 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'.

26. Toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la loi (art. 24 al. 1 LIPAD). L'accès aux documents comprend la consultation sur place et l'obtention de copies des documents (art. 24 al. 2 LIPAD).
27. Il n'est pas nécessaire de motiver la demande (art. 28 al. 1 LIPAD). Le droit d'accès aux documents est ainsi un droit reconnu à chacun, sans restriction liée notamment à la démonstration d'un intérêt digne de protection.
28. Les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution publique contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique (art. 25 al. 1 LIPAD).
29. 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).
30. Pour les informations n'existant que sous forme électronique, seule l'impression qui peut en être obtenue sur un support papier par un traitement informatique simple est un document (art. 25 al. 3 LIPAD).
31. Les notes à usage personnel, les brouillons ou autres textes inachevés ainsi que les procès-verbaux non encore approuvés ne constituent pas des documents au sens de la loi (art. 25 al. 4 LIPAD).
32. 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.
33. Notamment, l'accès aux documents doit être refusé s'il est propre à rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers (art. 26 al. 2 litt. f LIPAD). Cette lettre constitue un renvoi à l'art. 39 al. 9 LIPAD (ATA/758/2015 du 28 juillet 2005 consid. 9b; ATA/767/2014 du 30 septembre 2014 consid. 3c; ATA/919/2014 du 25 novembre 2014 consid. 4b). Or, selon l'art. 39 al. 9 LIPAD, la communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé n'est possible, alternativement, que si une loi ou un règlement le prévoit explicitement (litt. a) ou qu'un intérêt privé digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose (litt. b). Selon l'exposé des motifs relatif au PL 8356: "*La lettre f coordonne quant à elle l'application de la LIPAD avec la législation (au sens large) sur la protection des données personnelles, dont l'application est d'ailleurs également réservée par l'article 2, alinéa 4 LIPAD*".
34. Un accès partiel doit être préféré à un simple refus d'accès à un document dans la mesure où seules certaines données ou parties du document considéré doivent être soustraites à la communication. Les mentions à soustraire au droit d'accès doivent être caviardées de façon à ce qu'elles ne puissent être reconstituées et que le conte-

nu 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).

35. Des lois spéciales précisent 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 de la loi sur la surveillance de l'Etat du 13 mars 2014 (LSurv; RSGe D 1 09) qui prévoit le principe de publicité des rapports de la Cour et veut que cette dernière détermine 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.
36. 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.
37. 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. Il entend les parties et peut les réunir. Il s'efforce de les amener à un accord. Il leur soumet, si nécessaire, des propositions (art. 10 al. 8 et 9 RIPAD).
38. 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).
39. 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.
40. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
41. 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).
42. Le Préposé cantonal et la Préposée adjointe, dans le souci de garantir un double regard neutre, impartial et indépendant sur la situation portée à leur connaissance, ont fait le choix de traiter séparément le processus de médiation proprement dit de la rédaction de la recommandation en faisant de sorte que lorsque c'est le Préposé cantonal qui veille à la médiation, c'est la Préposée adjointe qui rédige la recommandation et inversement.
43. Comme mentionné ci-dessus, en 2008, la loi a fait l'objet d'une révision importante. Au volet relatif à la transparence, le domaine de la protection des données personnelles a été ajouté. A ce titre, la loi a pour but de "protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant" (art. 1 al. 2 litt. b LIPAD). Dans cette autre matière, la loi "tend d'abord à favoriser le confinement des informations susceptibles de porter atteinte à la personnalité" (Rapport de la Commission judiciaire et de la police chargée d'étudier

le projet de loi du Conseil d'Etat sur la protection des données personnelles (LPDP) (A 2 12) PL 9870-A, p. 5). Ce volet est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2010.

44. Par données personnelles, il faut comprendre "toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable" (art. 4 litt. a LIPAD). Tant que les données n'ont pas été rendues anonymes, l'on se trouve face à des questions relatives à la protection de données personnelles.
45. Selon les dispositions prévues par la loi, les institutions publiques ont l'obligation de respecter les principes fondamentaux qu'elle pose à ses art. 35 à 38, en particulier:

Légalité (art. 35 al. 1 LIPAD). Les institutions publiques ne peuvent traiter de telles données que si l'accomplissement de leurs tâches légales le rend nécessaire.

Bonne foi (art. 38 LIPAD). Les données doivent avoir été obtenues de manière loyale, en toute connaissance des personnes concernées. Le principe de transparence de la collecte de données a pour but de veiller à ce que les personnes dont les données sont traitées soient bien informées de ces traitements. A noter que l'art. 38 al. 2 LIPAD réserve "les cas dans lesquels le caractère reconnaissable de la collecte compromettrait l'engagement, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes menées également sur le respect de conditions ou d'obligations légales".

Proportionnalité (art. 36 LIPAD). Seules peuvent être collectées les données personnelles aptes et nécessaires à atteindre un but déterminé.

Finalité (art. 35 al. 1 LIPAD). Les données personnelles ne doivent être traitées que dans le but indiqué lors de leur collecte, prévu par une loi ou qui ressort des circonstances.

Exactitude (art. 36 LIPAD). Quiconque traite des données personnelles doit s'assurer qu'elles sont correctes (par exemple qu'elles ont été saisies correctement ou qu'il n'y a pas eu confusion). A défaut, elles doivent être corrigées ou mises à jour.

Sécurité (art. 37 LIPAD). Les données doivent être protégées, tant sur le plan technique que juridique, conformément aux risques présentés par la nature des données en cause, à la lumière de l'ingérence à la sphère privée des personnes concernées.

46. Le droit d'accès aux données personnelles institué par l'art. 44 al. 1 LIPAD traite de la possibilité pour une personne de demander au responsable de l'institution publique requise si des données la concernant sont traitées et, le cas échéant, que soient communiquées: "a) toutes les données la concernant contenues dans un fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données; b) sur demande, les informations relatives au fichier considéré contenues dans le catalogue des fichiers" (art. 44 al. 2 LIPAD).
47. A la forme, l'art. 45 LIPAD prévoit que "*la communication de ces données et informations doit être faite sous une forme intelligible et, en règle générale, par écrit et gratuitement*". Est réservé le cas dans lequel la requête implique un traitement informatique, des recherches ou des opérations dont le temps excède la demi-heure (art. 24 al. 2 LIPAD).
48. L'art. 46 LIPAD traite des restrictions au principe consacré par l'art. 44 LIPAD: "*1 L'accès aux données personnelles ne peut être refusé que si un intérêt public ou privé prépondérant le justifie, en particulier lorsque : a) il rendrait inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures*

judiciaires et administratives; b) la protection de données personnelles sensibles de tiers l'exige impérativement; c) le droit fédéral ou une loi cantonale le prévoit expressément. 2 Un accès partiel ou différé doit être préféré à un refus d'accès dans la mesure où l'intérêt public ou privé opposé reste sauvegardé".

49. L'art. 47 LIPAD détermine les prétentions que toute personne physique ou morale de droit privé peut exiger des institutions publiques à propos des données la concernant, soit qu'elles s'abstiennent de procéder à un traitement illicite, le cas échéant qu'elles mettent fin à un tel traitement et en suppriment les effets, ou qu'elles constatent le caractère illicite de ce traitement, qu'elles détruisent celles qui ne sont pas pertinentes ou nécessaires (sauf disposition légale contraire), rectifient, complètent ou mettent à jour celles qui sont respectivement inexactes, incomplètes ou dépassées, ou fassent figurer, en regard de celles dont ni l'exactitude ni l'inexactitude ne peuvent être prouvées, une mention appropriée, à transmettre également lors de leur communication éventuelle.
50. Selon l'art. 49 LIPAD, une institution publique qui n'entend pas donner suite à une prétention fondée sur les art. 44, 47 ou 48 LIPAD doit transmettre la requête au Préposé cantonal avec ses observations afin qu'il rende une recommandation écrite à son attention.

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

51. La CdC ne figure pas parmi les entités visées à l'art. 3 LIPAD; toutefois, la Préposée adjointe relève que, bien que la CdC ne soit pas mentionnée dans le champ d'application de la LIPAD, de nombreux éléments font penser qu'il s'agit d'une lacune de la loi et non d'une volonté délibérée du législateur.
52. En effet, la LIPAD a été adoptée avant la création de la CdC, ce qui peut expliquer qu'elle ne figure pas à l'art. 3. S'il est vrai que la CdC n'a pas été ajoutée dans les institutions publiques entrant dans le champ d'application de la loi lors de modifications subséquentes, cette dernière est toutefois mentionnée dans la loi à l'art. 41 al. 2, qui réserve ses compétences et règles de fonctionnement, tout comme celles de l'office cantonal de la statistique, s'agissant spécifiquement des traitements à des fins générales. Cette réserve laisse penser que les autres dispositions de la LIPAD sont en conséquence applicables à la CdC, tout comme elles le sont à l'office cantonal de la statistique. De surcroît, l'art. 53A al. 1 litt. b LIPAD indique que la qualité de Préposé cantonal ou de Préposée adjointe est incompatible avec celle de magistrat de la Cour des comptes.
53. En outre, l'expérience montre que la CdC est très attachée à la LIPAD, loi qui est accessible sur son site internet, sous la rubrique "Bases légales"¹. Toujours sur le site internet, sous la rubrique "Loi sur l'information du public et l'accès aux documents (LIPAD)"², la CdC expose ce qui suit: "*En vertu de la Loi sur l'information du public et l'accès aux documents (LIPAD), les documents produits par la Cour des comptes et accessibles au public sont les rapports et examens sommaires issus de ses contrôles ainsi que son rapport annuel et ses annexes. Les rapports sont disponibles sur le site internet de la Cour des comptes, et les examens sommaires sont*

¹ <http://www.cdc-ge.ch/fr/Qui-sommes-nous/Bases-legales.html> (état au 15 janvier 2020)

² <http://www.cdc-ge.ch/fr/Qui-sommes-nous/Bases-legales/Loi-sur-l-information-du-public-et-l-acces-aux-documents-LIPAD.html> (état au 15 janvier 2020)

présentés de manière résumée dans le rapport annuel. Les examens sommaires peuvent aussi être publiés sur le site internet ou transmis sur demande, cas échéant de façon anonymisée, selon l'intérêt public qu'ils présentent. Pour le surplus, la Cour des comptes applique les critères d'exceptions prévus à l'article 26 de la LIPAD".

54. Par ailleurs, la CdC a déclaré des fichiers au catalogue des fichiers tenu par le Préposé cantonal et a indiqué un responsable LIPAD en la personne de son Président³. Elle a accepté de participer à la médiation mise sur pied par le Préposé cantonal dans la présente situation afin de rechercher une solution consensuelle, tout comme elle avait accepté de le faire suite à une demande qui avait fait l'objet d'une recommandation du Préposé cantonal du 15 février 2016⁴.
55. La Préposée adjointe relève aussi que l'arrêt du Tribunal fédéral susmentionné, 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. 6 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.
56. Comme cela avait été relevé dans la recommandation du Préposé cantonal du 15 février 2016 susmentionnée, *"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"*.
57. Toutefois, malgré les éléments susmentionnés, l'absence de clarté quant à la soumission ou non de la CdC au champ d'application personnel de la LIPAD rend l'émission d'une recommandation difficile, dans la mesure où la Préposée adjointe n'a pas eu accès aux documents sollicités, la CdC n'entendant pas *"participer à ce qui constituerait un inutile détour procédural"*.
58. Il est dès lors impossible de se prononcer sur le caractère public ou non du procès-verbal de l'audition de A, ainsi que de l'intégralité des échanges survenus avec cette dernière.
59. Il en va de même s'agissant de prétentions émises en application de l'art. 47 LIPAD.

RECOMMANDATION

60. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal n'est pas en mesure de rendre une recommandation, ni s'agissant de la demande d'accès, ni des prétentions liées à la protection des données personnelles.
61. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à :

- a. Me X, avocat, 15, rue Général-Dufour, case postale 5556, 1211 Genève 11
- b. Cour des comptes, 54, route de Chêne, 1208 Genève.

³ <http://outil.ge.ch/chacatfich/#/catalog/institution/214/215>

⁴ <https://www.ge.ch/ppdt/doc/documentation/Recommandation-15-fevrier-2016.pdf>

Joséphine Boillat
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.