



Demande d'accès à un contrat conclu entre la HES-SO Genève et une entreprise de tabac

Recommandation du 24 mars 2025

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

1. Par courriel du 20 janvier 2025 adressé à la direction de la HES-SO Genève, A., directrice de B., association..., a sollicité, au nom de la LIPAD, l'accès au contrat conclu en 2021 entre l'école et une entreprise de tabac dans le domaine de la recherche agronomique.
2. Dans sa réponse du même jour, la responsable LIPAD de l'institution publique a indiqué ne pas être en mesure de fournir le document précité, en vertu des art. 26 al. 2 litt. i et 28 al. 4 LIPAD. Toutes les informations que l'école pouvait révéler avaient déjà été fournies en septembre 2024, à savoir que la collaboration entre HEPIA et C. a débuté en 2021, que le champ d'application du contrat se situait dans le domaine de la recherche agronomique et que la collaboration entre les parties n'est pas allée plus loin qu'une pré-évaluation. Était précisée la possibilité de saisir le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence, dans un délai de 10 jours à compter du message.
3. Dans la foulée, la susnommée, au nom de B. a sollicité du Préposé cantonal la mise sur pied d'une séance de médiation. Cette demande s'inscrivait dans le cadre d'un mandat du Fonds de prévention du tabagisme (Confédération), visant à comprendre les liens entre l'industrie du tabac et les milieux universitaires.
4. Une médiation s'est déroulée le 4 février 2025, en présence de la Préposée adjointe, de A. et D. (requérants, respectivement directrice et président de B.), ainsi que d'une représentante de la HES-SO Genève.
5. Les parties ont convenu de suspendre le processus de médiation.
6. Le 22 février 2025, le service juridique de la HES-SO Genève a fait savoir au Préposé cantonal qu'il avait pu échanger avec les personnes concernées à HEPIA par la collaboration menée avec C., et qu'il avait à nouveau sollicité ladite société, en vue de requérir la transmission à B. de l'accord de non divulgation y associé.
7. Le 11 mars 2025, la responsable LIPAD de la HES-SO Genève a écrit au Préposé cantonal pour l'informer du fait que C. n'était pas enclin à divulguer le document en cause. Pour l'entreprise, les informations qu'elle était d'accord de partager avaient déjà été fournies et étaient suffisantes. En conséquence, le refus d'accès en vertu de l'art. 26 al. 2 litt. i LIPAD était invoqué. Un accès partiel ou différé ne semblait pas non plus envisageable.
8. Le même jour, A. a requis la rédaction d'une recommandation.
9. Dans cette perspective, la Préposée adjointe s'est adressée aux parties et leur a indiqué qu'une recommandation du Préposé cantonal serait rendue, conformément à l'art. 30 al. 5 LIPAD.

10. Le 13 mars 2025, le Préposé cantonal a sollicité de la responsable LIPAD l'accès au document querellé, lequel lui a aussitôt été remis.
11. Le 19 mars 2025, il a précisé à la susnommée que, conformément à l'art. 10 al. 4 RIPAD, il détruira le document une fois la recommandation rendue.

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

12. 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 (MGC 2000 45/VIII 7671 ss).
13. S'agissant de son volet relatif à l'accès aux documents en mains des institutions publiques, la LIPAD a ainsi pour "*but de favoriser la libre information de l'opinion et la participation à la vie publique*" (art. 1 al. 2 litt. a LIPAD).
14. A ce propos, l'exposé des motifs à l'appui du PL 8356 relève: "*[l]a 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*" (MGC 2000 45/VIII 7676).
15. 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).
16. 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.
17. 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).
18. L'exposé des motifs précise uniquement que le document dont il est question doit concerner l'accomplissement d'une tâche publique, à savoir une activité étatique ou para-étatique (MGC 2000 45/VIII 7695).
19. La jurisprudence a précisé cette notion, considérant que toutes les activités de l'Etat ne relèvent pas d'une tâche publique. Les documents relatifs au patrimoine financier de l'Etat qui n'est pas affecté à une fin d'intérêt public ne sont pas soumis au droit d'accès prévu par la LIPAD, la condition de "l'accomplissement d'une tâche publique" faisant défaut. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, en gérant un immeuble qui ne contient pas de logements sociaux, mais uniquement des appartements en loyer libre, l'Etat agit comme un particulier et n'accomplit pas une tâche publique (arrêt du Tribunal fédéral 1C_379/2014 du 29 janvier 2015). Cette jurisprudence va dans le sens

contraire de l'avis de certains auteurs (voir Bühler, Basler Kommentar, n°15 ad art. 5 LTrans), ainsi que de celui du Préposé cantonal (<https://www.ge.ch/document/19140/telecharger>)

20. Par contre, s'agissant des directives émises par le Ministère public, le Tribunal fédéral a relevé que la poursuite et la répression des infractions pénales étant une tâche publique de même que l'unification de la pratique en la matière, lesdites directives étaient des documents au sens de l'art. 25 al. 1 LIPAD (arrêts du Tribunal fédéral 1C_604/2015 et 1C_606/2015 du 13 juin 2016). Il a également confirmé que le grand livre d'une commune était un document relatif à l'accomplissement d'une tâche publique (arrêt du Tribunal fédéral 1C_25/2017 du 28 août 2017). En outre, la Cour de justice a conclu que des documents contenant des informations sur les conséquences financières du licenciement contraire au droit d'un fonctionnaire se rapportent à l'accomplissement d'une tâche étatique: *"la gestion du personnel constitue une tâche étatique importante, la commune accomplissant ses activités publiques par le biais de ses employés, qui y participent conformément à leur cahier des charges. Par ailleurs, la gestion du personnel est directement liée à la gestion du patrimoine administratif de la commune, les charges de personnel constituant du reste l'un des postes les plus importants parmi les charges de fonctionnement de l'autorité intimée, dont le budget 2014 s'élevait à un peu plus de CHF 3'100'000.-. Ainsi, les coûts liés à un licenciement contraire au droit, générés par une violation du droit par l'institution publique dans la gestion de ses relations avec un employé et prélevés sur les ressources de la commune, sont directement liés à l'activité publique de cette dernière"* (ATA/758/2015 du 28 juillet 2015). Finalement, constitue également l'exercice d'une activité étatique *"la façon dont la ville a défini sa politique d'admission du contenu des affiches qu'elle accepte de voir apposées sur ses espaces d'affichage, la façon dont elle s'est organisée pour la mettre en œuvre, et la façon dont elle l'a jusque-là mise en pratique"* (ATA/576/2017 du 23 mai 2017, consid. 7).
21. 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).
22. 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).
23. 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).
24. Selon la Cour de justice, *"par souci d'harmonisation verticale et dans la mesure où les différentes législations sur la transparence visent le même but et reprennent des principes de base globalement identiques, la jurisprudence rendue sur la base de la LTrans peut en principe être transposée à la LIPAD"* (ATA/154/2016 du 23 février 2016, consid. 5.a).
25. Il ressort de la jurisprudence applicable à la LTrans que si l'institution publique décide de limiter ou de refuser l'accès à des documents officiels, elle doit alors démontrer que les conditions aux exceptions à la transparence sont réalisées dans le cas d'espèce (arrêt du TF 1C_428/2016 du 27 septembre 2017, consid. 2.3). A cet égard, ses explications doivent être convaincantes, à savoir être précises et claires, complètes et cohérentes (arrêt du TAF A-6/2015 du 26 juillet 2017, consid. 4.1; Recommandation du PFPDT du 29 août 2018). Si l'institution publique ne parvient

pas à renverser la présomption du libre accès aux documents officiels, elle supporte les conséquences du défaut de preuve et l'accès doit en principe être accordé (arrêt du TAF A-6755/2016 du 23 octobre 2017, consid. 3.2).

26. Le principe de transparence n'est pas absolu. L'accès aux documents est restreint par différentes exceptions s'il existe un intérêt prépondérant au maintien du secret prévu à l'art. 26 LIPAD.
27. Ainsi, sont notamment soustraits au droit d'accès institué par la LIPAD les documents dont l'accès est propre à révéler des informations couvertes par des secrets professionnels de fabrication ou d'affaires, le secret fiscal, le secret bancaire ou le secret statistique (art. 26 al. 2 litt. i LIPAD). Concernant cette disposition, l'exposé des motifs relatif au PL 8356 (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII p. 7697-7698) précise: *"L'exception tirée des différents secrets institués par la législation représente en réalité un cas particulier d'exceptions justifiées par la protection de la sphère privée. Il apparaît néanmoins utile de faire une mention explicite des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, ainsi que, comme cela a été réclamé de plusieurs parts au cours de la procédure de consultation, du secret fiscal. Les institutions jouent un rôle important dans l'économie locale, en particulier par les commandes qu'elles passent et les travaux qu'elles adjugent. Les entrepreneurs ou autres fournisseurs de prestations entrant en contact avec elles doivent admettre d'emblée d'agir dans la transparence. Il importe néanmoins que de telles relations ne les mettent pas dans une situation d'infériorité par rapport à des concurrents en mettant ces derniers au bénéfice d'informations normalement confidentielles"*.
28. En lien avec cette disposition, la Cour de justice a considéré que la simple insertion d'une clause de confidentialité dans un contrat entre une institution publique et un tiers ne saurait faire échec au principe de la transparence en permettant d'invoquer l'exception de l'art. 26 al. 2 litt. i LIPAD; en effet, elle a jugé que si l'existence d'une clause de confidentialité mettait certes en exergue une volonté des parties contractuelles de maintenir le contenu de leur accord dans leur sphère privée, cet élément pouvait être pris en considération à ce titre dans la pesée des intérêts commandée par l'art. 26 LIPAD, mais ne conduisait pas à exclure la mise en œuvre, sur le document concerné, des droits d'accès conférés par la loi (ATA/154/2016 du 23 février 2016 et jurisprudence citée).
29. Constitue un secret d'affaires toute connaissance particulière qui n'est pas de notoriété publique, qui n'est pas facilement accessible, dont le détenteur a un intérêt légitime à conserver l'exclusivité et qu'en fait, il n'entend pas divulguer. Cela couvre les données techniques, organisationnelles, commerciales et financières qui sont spécifiques à l'entreprise et qui peuvent avoir une incidence sur le résultat commercial et en conséquence sur la capacité concurrentielle. Il y a dans la règle un intérêt objectif à maintenir secret les parts de marché des entreprises, les chiffres d'affaires, les prix, les rabais et primes, les sources d'approvisionnement, l'organisation interne de l'entreprise – mais pas celle d'un cartel illicite –, les stratégies et la planification d'affaires, les listes des clients et des relations d'affaires (ATF 142 II 268, consid. 5.2.2, 5.2.3 et 5.2.4; Chappuis Grégoire/Kuonen Nicolas, La protection des secrets d'affaires, une mosaïque à synthétiser, SJ 2025, p. 70).
30. Un accès partiel doit être préféré à un simple refus d'accès à un document dans la mesure où seules certaines données ou parties du document considéré doivent être soustraites à la communication. Les mentions à soustraire au droit d'accès doivent être caviardées de façon à ce qu'elles ne puissent être reconstituées et que le contenu informationnel du document ne s'en trouve pas déformé au point d'induire en erreur sur le sens ou la portée du document (art. 27 al. 1 et 2 LIPAD).

31. De même, lorsque l'obstacle à la communication d'un document a un caractère temporaire, l'accès au document doit être différé jusqu'au terme susceptible d'être précisé plutôt que simplement refusé (art. 27 al. 3 LIPAD).
32. 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.
33. 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).
34. 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).
35. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
36. 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).
37. Le Préposé cantonal et la Préposée cantonale adjointe, dans le souci de garantir un double regard neutre, impartial et indépendant sur la situation portée à leur connaissance, ont fait le choix de traiter séparément le processus de médiation proprement dit de la rédaction de la recommandation en faisant de sorte que lorsque c'est le Préposé cantonal qui veille à la médiation, c'est la Préposée adjointe qui rédige la recommandation et inversement.

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

38. La Haute Ecole Spécialisée de Suisse occidentale (HES-SO) est un établissement autonome de droit public doté de la personnalité morale et placé sous la surveillance du Conseil d'Etat qui l'exerce par l'intermédiaire du Département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse (art. 1 al. 3 de la loi sur la Haute école spécialisée de Suisse occidentale – Genève, du 29 août 2013; LHES-SO-GE; RS-GE C 1 26). Six écoles en font partie, dont HEPIA (Haute école du paysage, d'ingénierie et d'architecture). De la sorte, la LIPAD est applicable à la HES-SO (art. 3 al. 1 litt. c LIPAD).
39. Le document querellé est un "Confidentiality Agreement", conclu entre C. et HEPIA le 15 décembre 2021.
40. Il appartient au Préposé cantonal d'examiner si l'exception tirée des différents secrets instituée par l'art. 26 al. 2 litt. i LIPAD trouve application et, partant, est susceptible de s'opposer à la communication du document.

41. En premier lieu, le Préposé cantonal relève que l'institution publique et l'entreprise concernée estiment qu'elles avaient déjà fourni à l'association requérante un certain nombre d'informations, à savoir que leur collaboration avait débuté en 2021, que le champ d'application du contrat se situait dans le domaine de la recherche agronomique et que la collaboration entre les parties n'est pas allée plus loin qu'une pré-évaluation.
42. Cela étant, cet argument ne saurait suffire pour justifier un refus de communication.
43. Le Préposé cantonal rappelle que le secret d'affaires se définit comme toute connaissance particulière qui n'est pas de notoriété publique, qui n'est pas facilement accessible, dont le détenteur a un intérêt légitime à conserver l'exclusivité et qu'en fait, il n'entend pas divulguer, soit les données techniques, organisationnelles, commerciales et financières qui sont spécifiques à l'entreprise et qui peuvent avoir une incidence sur le résultat commercial et en conséquence sur la capacité concurrentielle.
44. Il peut certes arriver que le secret d'affaires l'emporte sur la transparence, par exemple pour éviter aux entrepreneurs ou autres fournisseurs de prestations entrant en contact avec les institutions publiques de se trouver en situation d'infériorité par rapport à des concurrents en mettant ces derniers au bénéfice d'informations normalement confidentielles.
45. Cela étant, à la lecture du document querellé, le Préposé cantonal constate qu'aucun secret d'affaires n'y figure. D'ailleurs, comme son titre le suggère, il s'agit uniquement d'un accord de confidentialité.
46. Par ailleurs, le Préposé cantonal fait sienne l'interprétation de la Cour de justice (ATA/154/2016 du 23 février 2016), selon laquelle la simple insertion d'une clause de confidentialité dans un contrat entre une institution publique et un tiers ne saurait faire échec au principe de la transparence en permettant d'invoquer l'exception de l'art. 26 al. 2 litt. i LIPAD.
47. Présentement, le Préposé cantonal considère que si l'accord de confidentialité conclu entre C. et HEPIA démontre une volonté des parties contractuelles de maintenir le contenu de leur accord dans leur sphère privée, cela ne saurait conduire à exclure la mise en œuvre, sur le document concerné, des droits d'accès conférés par la loi. Au surplus, comme le relèvent d'ailleurs C. et HEPIA, leur collaboration n'est pas allée plus loin qu'une pré-évaluation.
48. Dès lors, le Préposé cantonal est d'avis que l'exception tirée de l'art. 26 al. 2 litt. i LIPAD ne saurait faire échec au droit d'accès au document querellé.

RECOMMANDATION

49. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande à la HES-SO Genève de donner accès à l'association requérant au document intitulé "Confidentiality Agreement", conclu entre C. et HEPIA le 15 décembre 2021.

50. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, la HES-SO Genève doit rendre une décision sur la communication du document considéré (art. 30 al. 5 LIPAD).

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

- A., Directrice, B.,...
- Mme Ksenya Deshusses, responsable des affaires juridiques et responsable LIPAD, HES-SO Genève, secrétariat général, campus Battelle - Bat. F, rue de la Tambourine 2, 1227 Carouge

Stéphane Werly
Préposé cantonal

Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence remercie par avance l'institution publique concernée de l'informer de la suite qui sera donnée à la présente recommandation.