



Demande d'accès à un rapport d'analyse en mains du Département du territoire (DT)

Recommandation du 5 mai 2025

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

1. Par courrier du 5 juillet 2024 adressé à X., le Département du territoire (DT) a fait savoir à ce dernier que sa candidature à l'exploitation de la parcelle n°13865 de la commune de Bardonnex n'avait pas été retenue.
2. Le 22 juillet 2024, le précité a demandé au DT de le renseigner sur la procédure d'attribution ainsi que sur les critères de sélection retenus pour le choix du nouveau locataire.
3. Dans sa réponse du 8 octobre 2024, le DT a indiqué au requérant qu'un autre candidat avait répondu à plus de critères listés dans les priorités d'attribution de la "Procédure d'attribution des terrains agricoles propriété de l'Etat".
4. Le 18 novembre 2024, X. a sollicité du DT la transmission du rapport d'analyse final ayant permis de déterminer le choix du locataire dans le cadre de l'attribution de la parcelle n°13865 située sur la commune de Bardonnex.
5. Le 16 janvier 2025, la directrice générale de l'Office cantonal de l'agriculture et de la nature, ainsi que la responsable LIPAD du DT, ont proposé au susnommé de le recevoir pour discuter de sa demande.
6. La rencontre s'est déroulée le 23 janvier 2025.
7. Par pli du 24 février 2025 adressé au demandeur, le DT a estimé que la parcelle n°13865 de la commune de Bardonnex faisait partie du patrimoine financier de l'Etat, dès lors qu'il lui permet d'en tirer un revenu et qu'il ne sert pas directement à l'accomplissement d'une tâche publique. L'attribution de ladite parcelle relèverait ainsi de la gestion du patrimoine financier de l'Etat. En conséquence, le rapport d'analyse complet ne pouvait être communiqué. Était enfin mentionnée la faculté de saisir le Préposé cantonal d'une procédure de médiation.
8. Par recommandé du 3 mars 2025 adressé au Préposé cantonal, le requérant a souhaité une procédure de médiation. Il avance de manière succincte ne pas être d'accord avec les conclusions auxquelles arrive le Département.
9. Une séance de médiation s'est déroulée le 3 avril 2025, en présence de la Préposée adjointe, du demandeur et de trois représentants du Département du territoire.
10. La médiation n'a pas abouti.
11. Le 4 avril 2025, le Préposé cantonal a reçu le document querellé par l'entremise de la responsable LIPAD du DT.
12. Il a précisé dans la foulée 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:

13. 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).
14. 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).
15. 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).
16. 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).
17. 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.
18. 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).
19. 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).
20. 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>).
21. 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).

22. 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).
23. 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).
24. 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).
25. 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).
26. 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).

27. 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.
28. L'institution peut notamment refuser de donner suite à une demande d'accès lorsque l'accès aux documents est propre à rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers (art. 26 al. 2 litt. f LIPAD). La lettre f a donné lieu à plusieurs arrêts de la Cour de justice afin de clarifier cette exception; exception qu'il ne faut cependant pas admettre trop facilement selon elle, *"sauf à priver de toute effectivité – vu que presque tous les documents détenus par l'administration contiennent des données concernant des tiers – la volonté du législateur de renverser, avec l'application de la LIPAD, le principe du secret de l'administration pour faire primer celui de la publicité (MGC 2000/VIII 7694)"* (ATA/560/2015 du 2 juin 2015).
29. Par données personnelles ou données, la LIPAD vise toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable (art. 4 litt. a LIPAD). Sont de même qualifiées de données personnelles sensibles, notamment, les données personnelles sur la santé, la sphère intime ou des sanctions pénales ou administratives (art. 4 litt. b ch. 2 et 4 LIPAD).
30. La Cour a précisé que *"l'exception au droit d'accès prévue à l'art. 26 al. 2 let. f LIPAD vise à ce que l'accès aux documents ne rende pas inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers. Ces restrictions légales-ci sont prévues à l'art. 39 LIPAD (ATA/758/2015 du 28 juillet 2015 consid. 9; ATA/767/2014 précité). La communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé est réglée par l'art. 39 al. 9 LIPAD"* (ATA/213/2016 du 8 mars 2016, consid. 7b). Ainsi, l'art. 26 al. 2 litt. f LIPAD renvoie à l'art. 39 al. 9 LIPAD s'agissant de la possibilité de divulguer à une personne de droit privé des documents contenant des données personnelles. Cette dernière disposition requiert l'existence d'un intérêt privé digne de protection du requérant, devant être mis en balance avec l'intérêt privé des personnes au sujet desquelles lesdites données sont traitées. Au demeurant, la LTrans ne connaît pas d'exception similaire. Son art. 7 al. 2 se réfère uniquement à la notion de sphère privée, prévue en droit genevois par l'art. 26 al. 2 litt. g LIPAD.
31. Par exemple, à la suite d'une demande d'accès à une décision concernant une sanction administrative infligée à un médecin, la Cour de justice a considéré qu'il y avait un intérêt privé manifeste du médecin à ce que les sanctions disciplinaires le concernant, autres que celles publiées dans la FAO, ne soient pas dévoilées à des tiers et que cet intérêt s'opposait à la communication requise (ATA/767/2014 du 30 septembre 2014).
32. 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).
33. 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).

34. 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 requête en médiation lorsque sa demande n'est pas honorée ou lorsque l'autorité tarde à répondre.
35. 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).
36. 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).
37. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
38. 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).
39. 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:

40. Le Département du territoire (DT) est l'un des sept départements de l'administration cantonale (art. 1 al. 1 litt. d du règlement sur l'organisation de l'administration cantonale du 1^{er} juin 2023; ROAC; RSGe B 4 05.10). De la sorte, la LIPAD lui est applicable (art. 3 al. 1 litt. a).
41. Le document querellé est le rapport d'analyse complet ayant permis de déterminer le choix du locataire dans l'attribution de la parcelle n°13865 de la commune de Bardonnex.
42. En préambule, le Préposé cantonal note que le requérant a obtenu le rapport d'analyse concernant sa propre candidature.
43. Pour le DT, le document susvisé ne serait pas soumis au droit d'accès prévu par la LIPAD, dès lors qu'il ne contiendrait pas des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique au sens de l'art. 25 al. 1 LIPAD. Il serait en effet en lien avec la gestion du patrimoine financier de l'Etat.

44. A ce propos, le Préposé cantonal rappelle que, selon le Tribunal fédéral, 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. Par exemple, 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>).
45. En l'espèce, la question peut rester indécise, au regard de l'exception tirée de l'art. 26 al. 2 litt. f LIPAD.
46. En effet, à la lecture du document querellé, le Préposé cantonal remarque qu'à côté des données personnelles "ordinaires" (art. 4 litt. a LIPAD), telles que le nom ou le prénom, figurent aussi des données personnelles sensibles au sens de l'art. 4 litt. b ch. 4 LIPAD en l'occurrence des indications sur les poursuites.
47. Or l'exception tirée de l'art. 26 al. 2 litt. f LIPAD renvoie à l'art. 39 al. 9 LIPAD s'agissant de la possibilité de divulguer à une personne de droit privé des documents contenant des données personnelles. Cette dernière disposition requiert l'existence d'un intérêt privé digne de protection du requérant, devant être mis en balance avec l'intérêt privé des personnes au sujet desquelles lesdites données sont traitées.
48. En l'occurrence, l'on ne voit pas quel intérêt prépondérant du demandeur à connaître des données personnelles, y compris sensibles de tiers, pourrait l'emporter sur l'intérêt des personnes ayant fait acte de candidature à garder ces données secrètes.
49. Au surplus, un caviardage n'entre pas en ligne de compte, dès lors que le contenu informationnel du document s'en trouverait déformé au point d'induire en erreur sur le sens ou la portée du document (art. 27 al. 1 et 2 LIPAD).
50. Dès lors, le Préposé cantonal est d'avis que l'exception tirée de l'art. 26 al. 2 litt. i LIPAD fait échec au droit d'accès au document querellé.

RECOMMANDATION

51. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande au Département du territoire (DT) de ne pas transmettre au requérant le rapport d'analyse complet ayant permis de déterminer le choix du locataire dans l'attribution de la parcelle n°13865 de la commune de Bardonnex.
52. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, le DT doit rendre une décision sur la communication du document considéré (art. 30 al. 5 LIPAD).
53. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à:

- X.,

- Département du territoire (DT), OCBA, 1A route des Jeunes, 1227 Les Acacias

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.